

APORTES INTEGRATIVISTAS AL DERECHO DE SUCESIONES

(La sucesión como hora de la verdad de la persona física)

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI *

Resumen: Se considera a la sucesión como respuesta cultural a la muerte, instalada en los pronombres personales y según la teoría de las respuestas jurídicas. Se utiliza la propuesta de construcción integrativista tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, que incluye una realidad social de repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica a la vida humana), captados normativamente y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia, para estudiar el fenómeno sucesorio en relación con las características comunes a todo fenómeno jurídico, a las ramas del Derecho y a sus horizontes de tiempo y espacio.

Palabras clave: Sucesión - Teoría de las respuestas jurídicas - Integrativismo - Tridimensionalismo - Teoría trialista del mundo jurídico - Teoría General del Derecho - Ramas del mundo jurídico - Autonomías - Historia del Derecho - Derecho Comparado.

Abstract: Succession is considered a cultural answer to death, settled on personal pronouns and according to the theory of legal responses. The proposal used consists in the integrationist, "tridimensional" construction of the Trialist Theory of the Juridical World. This includes the social reality of allotments of power and powerlessness (what favours or is detrimental to human life), grasped by norms and assessed by a complex of values which culminates in justice. All this in order to study the succession phenomenon as to the common features of every legal phenomenon, the branches of the juridical world and their time and space horizons.

Key words: Succession - Theory of legal responses - Integrationism - Trialist Theory of the Juridical World - General Theory of Law - Branches of the juridical world - Autonomies - History of Law - Comparative Law.

I. Ideas fundamentales

1. La sucesión "mortis causa" pone a alguna o algunas personas en el lugar de otra, cuya personalidad se ha extinguido, a través de un nexo establecido entre ellas¹.

* Profesor titular de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador principal del CONICET.

Como entendemos que la vida en sentido amplio es una *continuidad*, afirmar que la vida de una persona se ha extinguido, así como considerar que ha comenzado, y establecer que hay un “nexo” entre personas es el producto de recortes generadores de “*construcciones*”².

Los debates acerca de la muerte relacionados con las posibilidades de los trasplantes han llamado especialmente la atención sobre la “procesualidad” de la muerte “física”; en realidad la vida de una persona y su “extinción” son sumamente complejas. Tal vez pueda entenderse que, de cierto modo, comenzamos a vivir con el principio de la vida en el Planeta y quizás terminaremos de morir cuando ella se extinga. Incluso

1 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Sucesión, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sucesión (20-7-2008). En cuanto a la etimología, relacionada con “ceder”: COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. II, 1980, págs. 12/3.

Pueden v. por ej. ALTERINI, Atilio Aníbal, “Derecho Privado”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1981; y colab., “Derecho Privado: derechos reales, de familia y sucesorio”, 3ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989; AZPIRI, Jorge O., “Derecho Sucesorio”, 4ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2006; BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil - Sucesiones”, 8ª ed., Bs. As., LexisNexis - Abeledo-Perrot, t. I, 2003, págs. 9 y ss.; BUERES, Alberto J. (dir.), “Código civil y normas complementarias”, Bs. As., Hammurabi, 2007, t. 6-B; CORDOBA, Marcos y otros, “Derecho Sucesorio”, 2ª ed., Bs. As., Universidad, 1992; FASSI, Santiago C., “Tratado de los Testamentos”, Bs. As., Astrea, 1970; DE GÁSPERI, Luis, “Tratado de Derecho Hereditario”, Bs. As., TEA, 1953; FERRER, Francisco A. M. y MEDINA, Graciela (dir.), “Código Civil comentado - Sucesiones”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003; GOYENA COPELLO, Héctor R., “Tratado de Derecho de Sucesión”, Bs. As., La Ley, 1972/75; JÖLD, Carlos, “Manual Práctico de Sucesiones”, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1981; LLAMBIAS, Jorge J. y MÉNDEZ COSTA, María J., “Código Civil anotado”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988/2001; MAFFÍA, Jorge O., “Manual de Derecho Sucesorio”, 5ª ed., Bs. As., LexisNexis - Depalma, 2002; MEDINA, Graciela y colab., “Digesto Práctico La Ley. Sucesiones y Proceso Sucesorio”, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2006; MÉNDEZ COSTA, María Josefa y FERRER, Francisco A. M., “Sucesiones”, en ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dir.), “Reformas al Código Civil”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997; PÉREZ LASALA, José Luis, “Derecho de Sucesiones”, Bs. As., Depalma, 1978/81; SALAS, Acdeel Ernesto y TRIGO REPRESAS, Félix A., “Código Civil anotado”, Bs. As., Depalma; TORRES-RIVERO, Arturo Luis, “Teoría General del Derecho Sucesorio”, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981; TRIGO REPRESAS, Félix – LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias anotados”, Bs. As., Depalma; SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 2 ts., 1946/50; ZANNONI, Eduardo A. y otros, “Derecho de las Sucesiones”, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 1997; Sistema de Bibliotecas e Información de la UNC, Búsqueda de “Derecho de Sucesiones”, <http://www.bibliotecas.unc.edu.ar/cgi-bin/LibreoUncor?accion=buscar&expresion=DERECHO+DE+SUCESIONES> (27-7-2008); Instituto de Derecho Sucesorio, <http://webs.satlink.com/usuarios/c/colabro/inst036.htm> (12-2-2008); De las sucesiones, <http://legales.com/Tratados/h/haceptacion.htm> (28-7-2008); Graciela Medina, <http://www.gracielamedina.com/archivos/ResJuris/pdf/000006.pdf> (28-7-2008).

Nos referimos a la institución sucesoria en general, tomando como principal objeto la institución sucesoria de la cultura occidental.

2 Es posible v. GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento. Decisiones Metodológicas”, Bs. As., Colihue, 2004.

manifestaciones mucho más “sencillas”, como la ausencia con presunción de fallecimiento y la muerte civil, muestran esa complejidad vital.

La muerte y las maneras de encararla son expresiones muy cercanas a la “última verdad” de la vida³. La muerte es, de algún modo, “contralectura” de la vida. La sucesión es *hora de la verdad* de la persona física (como el concurso es hora de la verdad de un régimen, sobre todo en sus aspectos económicos)⁴. La vida, la muerte y la sucesión son momentos de una relativa “dialéctica” en que la cultura y la vida resuelven su renovación y su conservación.

2. Cada *cultura* tiene una concepción diferente de la vida y de la muerte y, de manera consecuente, de la sucesión⁵. Creemos que a menudo, como lo decía Gabriela Mistral, “Los huesos de los muertos / pueden más que la carne de los vivos”⁶ y nos parece que mucho se edifica sobre ellos, tampoco dejamos de lado el carácter “fáustico” de Occidente, donde tanta resistencia hay al morir, pero el “*hombre débil*” de la postmodernidad es de cierto modo también “*amortal*”⁷. Estamos muy lejos de la sucesión “fuerte” que suele presentar la tragedia griega, por ejemplo en el caso de “Edipo”; vivimos en días de una “sucesión débil”, de referencia mucho más patrimonial que personal.

En la sucesión se establecen “*denominadores comunes*”, de afectos, creencias, comunidades económicas, necesidades, etc. entre causante, herederos y legatarios que es importante esclarecer⁸. En *Roma* el contacto entre el causante y sus sucesores “mortis

3 Puede v. nuestro artículo “La ignorancia de la muerte”, en “La Capital” de Rosario, 4-IV-1977 y en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, págs. 266 y ss.

4 Es posible c. nuestra nota a fallo “Las partes del subordenamiento jusprivatista internacional argentino. El concurso, la hora de la verdad de un régimen”, en “La Ley. Suplemento de Concursos y Quiebras a cargo de Héctor Alegría”, 28 de agosto de 2003, págs. 21/6, t. 2003-B, págs. 1160 y ss. La “universalidad” suele acercar más a la “verdad”.

5 Una expresión del carácter cultural de la muerte está en los plazos para la ausencia con presunción de fallecimiento y sus consecuencias.

6 Palabra Virtual, Antología de poesía iberoamericana, http://www.palabravirtual.com/index.php?ir=ver_poema3.php&pid=4556 (25-7-2008).

7 Es posible c. nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.

Ya Benedetto Croce decía: “¿Qué debemos hacer con los difuntos, las criaturas que nos son queridas y eran como parte de nosotros mismos? *Olvidarlas*, responde, aunque con diversos eufemismos, la sabiduría de la vida. *Olvidarlas*, confirma la ética, ‘¡Adelante por encima de las tumbas!’ exclamaba Goethe, y con él otros grandes espíritus. Y el hombre olvida” (CROCE, Benedetto, “Ética y Política”, trad. Enrique Pezzoni, Bs. As., Imán, 1952, “Los difuntos”, pág. 26).

8 Es posible c. por ej. nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 205 y ss.

causa” era más directo porque con criterio más individualista, al menos en determinado período, se recurrió a la “ficción” de que el heredero continuaba la persona del causante. Entre los *germanos* la relación era indirecta, porque los bienes se referían más a la comunidad. En los tiempos más antiguos, la sucesión germánica era un acrecentamiento en la posesión de otros integrantes de la familia del causante. El criterio romano ha tenido en medios como el nuestro notable éxito, aunque en la postmodernidad su fundamentación resulta extraña.

¿La “invocación” hereditaria proviene de la voluntad del causante, de la voluntad divina, de la voluntad del legislador, etc.? Vale recordar, por ejemplo, que en la Edad Media se sostuvo la regla “Deus solus heredem facere potest, non homo”⁹. Nuestras culturas más “antropocéntricas” están lejos de compartirlo. Pese a las limitaciones que señalaremos, en nuestro tiempo la sucesión tiene vinculación con la lógica del capitalismo. Mucho importa que la vida económica no se interrumpa¹⁰.

3. La sucesión contribuye de alguna manera a que el “yo” del causante se integre en el complejo social que indican los *pronombres personales*, aunque a veces lo haga más en el “tú” o el “vosotros” de los herederos, con relativa afinidad romana, y en otros casos se relacione más con el “nosotros” del conjunto social, con más cercanía a la concepción germánica. Sería traumático que en ese momento sólo se refiriera a “él” o “ellos”, aunque al menos en nuestro tiempo, los muertos no tarden en ser “él o “ellos”¹¹.

La sucesión significa el “contacto” entre distintas “temporalidades” y al fin entre diversas “respuestas” vitales¹². De alguna manera, la sucesión “transtemporaliza” la

9 En la Edad Moderna: GLANVILLA, Ranolphus de, “Tractatus de legibus & consuetudinibus regni Anglae...”, Londres, 1604, VII, 1 (cit. por COING, Helmut, “Derecho Privado Europeo”, trad. Prof. Dr. Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, t. I, 1996, pág. 704).

Si se dice que la sucesión es en la persona del causante ¿cuánto ha de referirse al patrimonio y cuánto a la obra del causante?

10 No obstante la existencia del denominador común antes referido, para apreciar la “construcción” sucesoria importa tener en cuenta que Kant llamó a la adquisición hereditaria “adquisición ideal”, porque consideró que tiene por fundamento una idea de la razón; no es imaginaria pero no puede llamarse real porque el acto de adquisición no es empírico, de una persona que deja de existir o no existe ya (KANT, “Principios metafísicos del Derecho”, trad. G. Lizarraga, Madrid, Victoriano Suárez, 1873, págs. 135 y ss. –párrafo XXXII–).

11 Es posible c. nuestro artículo “Comprensión del ‘complejo personal’ a través de los pronombres personales”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 14, págs. 13 y ss.

12 Pueden v. nuestros estudios “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación y Docencia”, N° 37, págs. 85/140); “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 3, págs.

temporalidad del causante, la proyecta al porvenir¹³. Si bien el causante se encuentra en situación de debilidad vital, es interesante saber quién predomina jurídica y culturalmente. Es relevante apreciar, por ejemplo, si entre el causante y sus herederos y legatarios se establece una vinculación de relativa “*coexistencia*” (sucesiva) de vidas independientes, de “dominación” de la vida del causante o de “dominación” inversa.

Las posiciones respectivas se establecen, por ejemplo, según las posibilidades de fraude y de rechazo. La responsabilidad “*ultra vires*”, que viabiliza el fraude a los herederos y sus acreedores, parece ser una expresión de dominación de la persona del causante; la posibilidad del beneficio de inventario, que rechaza el avance de los acreedores del causante, tiende a mostrar una coexistencia de vidas independientes.

A veces la *familia* domina a la sucesión, imponiendo el carácter hereditario, v. gr., en la legítima; a veces la sucesión domina a la familia, por ejemplo, impulsando a la existencia de pocos hijos¹⁴. La reducción del número de hijos o al menos de herederos suele ser un instrumento de la preservación de la posición en la jerarquía social¹⁵.

4. Cada *teoría jurídica* construye el concepto de sucesión de una manera relativamente específica. Por ejemplo, para el positivismo normológico se trata de lo que las normas establezcan; para el positivismo sociológico de una vinculación fáctica; para el jusnaturalismo apriorista más común, de un derecho natural inherente a la propiedad que, a su vez, es uno de los derechos incuestionables del ser humano; para el marxismo puede ser, en su vinculación con la propiedad, una pieza importante de las relaciones de producción y de la dominación que éstas suelen llevar consigo.

En nuestro caso, presentaremos algunas de las perspectivas que respecto de la sucesión brinda el *integrativismo tridimensionalista* de la *teoría trialista del mundo jurídico*. Conforme a esta teoría el mundo jurídico ha de construirse incluyendo *repartos* de “potencia” e “impotencia” (*dimensión sociológica*), *captaciones normativas* que los describen y los integran (*dimensión normológica*) y un complejo de valores culminante en la *justicia*, referido a los repartos y las normatividades (*dimensión dikelógica*). “Potencia” es sobre todo lo que favorece a la *vida humana*; “impotencia” lo que la

83 y ss.; “Aportes desde la teoría de las respuestas jurídicas y vitales al Derecho de la Educación”, en “Investigación...” cit., N° 38, págs. 51/5.

13 Puede v. nuestro artículo “El Derecho, la temporalidad y la transtemporalidad”, en “Anuario” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, N° 3, págs. 33 y ss.; también “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

14 En relación con la adjudicación de legítima y la sucesión intestada puede v. por ej. CAFFERATA, José. J., “Legítima y sucesión intestada”, Bs. As., Astrea, 1982. Cabe c. CANTELMO, Vincenzo Ernesto, “Fondamento e natura dei diritti del legittimario”, Università di Camerino, 1972.

15 A menudo el tributo se impone a la sucesión; a veces se elude la sucesión para eludir el tributo.

perjudica¹⁶. La vida humana es una referencia difícil de precisar, pero ineludible, porque se trata de lo que más nos importa. La sucesión queda, así, claramente reconocida como parte de nuestra *vida*.

Creemos que el valor de cada teoría jurídica se evidencia según su capacidad para esclarecer los *problemas concretos* del Derecho. A nuestro parecer, una teoría filosófica vale sobre todo por su capacidad de aclarar las cuestiones generando *preguntas*. El objetivo principal del presente trabajo es, en gran medida, mostrar estos cauces de valor en el integrativismo tridimensionalista trialista a través de las sucesiones¹⁷.

II. La sucesión en el mundo jurídico

1. El mundo jurídico en general

A) Dimensión sociológica

5. El mundo jurídico se refiere a adjudicaciones de potencia e impotencia que

16 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía..." cit., 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Lecciones de Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; "Lecciones de Filosofía del Derecho Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001; también por ej. la recopilación "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, 2008. Asimismo cabe c. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> (27-7-2008); Escuela Superior de Derecho, Cartapacio de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/> (27-7-2008).

El desarrollo de la teoría trialista del mundo jurídico no debe llevar a desconocer que su despliegue tiene diversas posibilidades de exposición según el "lugar" desde el cual se desarrolle. Puede ser diverso lo que es viable manifestar desde los puntos de vista de los investigadores, los docentes, los litigantes, los jueces, los legisladores, los administradores, etc. Sin embargo, dado que las sucesiones suelen plantearse siempre en términos "voluntarios", es más viable que respecto de ellas pueda exponerse la complejidad del mundo jurídico en toda su plenitud desde diversos puntos de vista.

17 Hay filosofías más referidas a la pregunta o a la respuesta y, en nuestro caso, preferimos el primer enfoque. Pueden v. nuestros artículos "Justicia y Filosofía (La dignidad de la pregunta)", en "Investigación..." cit., N° 9, págs. 71 y ss.; "Dignidad jusfilosófica de la pregunta", en "Boletín del Centro...", N° 16, págs. 15 y ss.

son distribuciones originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar y principalmente repartos, que provienen de la conducta de seres humanos determinables¹⁸. La muerte se produce normalmente por *distribuciones*, de la naturaleza o las influencias humanas difusas y excepcionalmente por repartos. Como el hombre, y especialmente el hombre Occidental, es un ser con vocación de supervivencia y, de todos modos, algún destino hay que dar a los elementos del patrimonio de los causantes, se procura salvar la circunstancia de la muerte a través de *repartos* sucesorios, que se hacen con el deseo de “reencauzar” los efectos de la muerte.

6. Un tema de especial significación es reconocer el *espacio de los repartos sucesorios*. Las normas sucesorias pueden generar una idea de universalidad de aplicación, sobre todo en cuanto a los bienes pero también respecto de los casos, que no condice formalmente con los hechos. Hay cursos sucesorios con los que a menudo grandes poderes económicos pasan “por encima” de las sucesiones formales, como ocurre cuando se las elude mediante sociedades, y cursos relativamente “paralelos” a ellas, según acontece con las donaciones y los usufructos. Hay sucesiones que se dirimen “de hecho”, excluyendo los marcos legales, por ejemplo por la posibilidad de producir transferencias relativamente clandestinas o por el escaso valor de los bienes¹⁹.

En términos de la teoría de las respuestas jurídicas, puede decirse que el avance fáctico de las sociedades, la donación y el usufructo sobre la sucesión formal, que por el contrario retrocede en el mismo sentido, significa que hay una “*sobreactuación*” de los tres primeros y un “*vaciamiento*” sucesorio, sobre todo en cuanto se refiere a los bienes, ya que a menudo los trámites sucesorios, “empobrecidos”, se producen igual.

7. 1. Para conocer un *reparto* es necesario referirse a sus repartidores (conductores), sus beneficiarios, sus objetos (potencias e impotencias), sus formas y sus

18 La conducta supone una *libertad* que es discutible, pero se trata de una construcción en la que se apoya todo nuestro pensamiento del Derecho.

19 En una investigación relativamente “sociográfica” de esta dimensión, podría establecerse por ejemplo la relación entre la cantidad de fallecimientos y el número de sucesiones abiertas, de carácter testamentario, y ab intestato; podrían reconocerse cuantitativa y cualitativamente los beneficiarios y los bienes, etc. Así, como una mera indicación de una *vía de investigación* y aunque la coincidencia geográfica no sea plena, cabe señalar que en el año 2006 en el Departamento Rosario de la Provincia de Santa Fe se inscribió el fallecimiento de 10.616 personas, en tanto en el Distrito del mismo nombre se iniciaron 5.448 procesos sucesorios (fies. Municipalidad de Rosario, Secretaría General, Dirección General de Estadística, “Anuario Estadístico de la ciudad de Rosario”, edición 2008 y constancia de la Mesa de Entradas Única de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Rosario). Los datos en otros períodos son relativamente semejantes.

razones (móviles, razones alegadas y razones sociales). Lo propio acontece con los repartos sucesorios²⁰.

7. 2. Los *repartidores (conductores)* en una sucesión pueden ser el *causante* (sucesión testamentaria) o los *legisladores* (sucesiones ab intestato y asignaciones de legítimas forzosas²¹).

Uno de los problemas más relevantes para pensar en la conducción repartidora es siempre la atención a la *libertad* que pueden tener los conductores. En algunas circunstancias los testadores se encuentran en situaciones de debilidad que, bajo la apariencia de autonomía, pueden esconder fenómenos de autoridad, por ejemplo, por captación de su voluntad.

7. 3. Los *recipiendarios* principales en las sucesiones, *beneficiados* o *gravados* con las potencias y las impotencias, son el causante, sus herederos y legatarios y los acreedores del causante y de los herederos. Un caso especial es, v. gr., el de los recipiendarios “indirectos” constituidos a través de fideicomisos²². Sin embargo las modificaciones en el despliegue de potencias e impotencias que se producen en las sucesiones pueden llegar a todos los integrantes de la sociedad. La sucesión es, de cierto modo, “*universal*” en cuanto a los recipiendarios²³. En relación con la proyección del ámbito de los recipiendarios al conjunto social vale recordar que, como lo muestra a veces la revolución burguesa contra el régimen feudal, a través de las legítimas puede evitarse la supervivencia de los privilegios y obtenerse una sociedad más igualitaria²⁴.

La sucesión es un medio de *redistribución* de la riqueza. Las propiedades de “*manos muertas*”, apartadas de los trámites sucesorios, eran uno de los senderos de la acumulación a la que se dio en parte una respuesta negativa a través de las “*desamortizaciones*”. Efectos excluyentes de las sucesiones se logran hoy por las vías ya señaladas, principalmente societarias.

La sucesión genera en los herederos y legatarios un problema de “*recepción*” que, análogamente a lo que acontece con los órdenes jurídicos y en el campo de la

20 Aunque puede entenderse que se trata de un solo reparto, quizás sea sostenible que uno es el reparto sucesorio propiamente dicho y otro el de partición que se realiza después de él. Puede v. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 65.

21 A veces ambas son llamadas “legítimas”.

22 Puede v. FERRER, Francisco A. M., “Fideicomiso testamentario y Derecho Sucesorio”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.

23 Este carácter es uno de los títulos por los que es necesario el *registro de los procesos* sucesorios.

24 Vélez Sársfield pensó que a través de la sucesión en los inmuebles argentinos nuestra ley podía organizar una política económica (art. 10 del Código Civil).

medicina de trasplantes, puede producir asimilación o rechazo²⁵. No sólo se trata de créditos y deudas, sino de *posibilidades vitales* trasplantadas²⁶. Los herederos y los legatarios pueden “recibir” de diversas maneras.

La muerte suele ser precedida por la *ancianidad*. En el sistema capitalista, que genera muchos beneficios pero tiende a producir “hombres unidimensionales”²⁷, los ancianos suelen ser puestos en situaciones de marginalidad, en los “lugares” adecuados (v. gr. geriátricos), sea para que consuman o al menos no perturben a la economía²⁸. Esto promueve un entrelazamiento entre la problemática de la ancianidad y las cuestiones sucesorias, por ejemplo, en el despliegue *valorativo*, en cuanto a legítimas que pueden dejar de tener fundamento, por abandono de la persona del causante, o la facilidad de captación de la voluntad de éste.

Un ámbito de beneficiarios que genera debates es el de los *profesionales* (v. gr. abogados o notarios) que intervienen en las sucesiones y sus honorarios.

7. 4. Es relevante considerar, cualitativa y cuantitativamente, cuáles son los *objetos* que integran los repartos sucesorios, sobre todo en los despliegues formales. La sucesión se remite en principio a la *universalidad* patrimonial del causante. En lo formal se trata, con especial frecuencia, de bienes registrables. Los no registrables son a veces entregados “paralelamente”. En ciertos casos la sucesión “inmobiliaria” y la “mobiliaria” reciben diferentes soluciones.

25 Es posible v. nuestros trabajos “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, N° 8, págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 9, págs. 33 y ss.; “Nuevamente sobre los efectos de la recepción en la cultura jurídica argentina”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 29, págs. 49/61; también cabe c. “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001; asimismo, PAPACHRISTOS, A. C., “La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique”, Paris, L. G. D. J., 1975; MEROI, Andrea A., “Procesos colectivos: recepción y problemas”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, págs. 243 y ss.

26 Un tema interesante es la “*elaboración*” de la muerte del causante a través de la sucesión (el autor agradece a la doctora María Isolina Dabove valiosas reflexiones al respecto).

27 Cabe recordar por ej. MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1969.

28 Es posible c. nuestros artículos “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., N° 20, págs. 35 y ss.; “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., N° 25, págs. 7 y ss.; también DABOVE CARAMUTO, María Isolina, “Los derechos de los ancianos”, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina, 2002; NOVELLI, Mariano H., “Los derechos constitucionales de los ancianos en la Argentina”, Dunker - Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006. Puede v. una información de la prensa diaria en Conicet en los medios, 28-07-08, Infobae, Casi un millón pertenece a la llamada “cuarta edad”, <http://www.conicet.gov.ar:80/NOTICIAS/portal/noticia.php?n=2812&t=4> (28-7-2008).

En algunas circunstancias se da lugar a las “memorias testamentarias”, referidas a bienes de significado menor. En principio, la propiedad sobre las cosas pasa con el carácter indefinido de su duración, pero los derechos de propiedad inmaterial suelen resultar limitados en el tiempo.

A menudo también tienen consideraciones diferentes los derechos personalísimos²⁹ e incluso los sepulcros y los cadáveres³⁰. El legado del sable corvo del general San Martín al gobernador Rosas manifiesta la diversidad de sentidos que pueden tener los objetos sucesorios; se trata de un objeto material dotado de un muy importante sentido histórico³¹. Cuando se atiende a lo que Kant llamó derecho a *dejar una buena reputación*, suele entenderse, con el filósofo de Königsberg, que los que sobreviven al causante, sean parientes o no, tienen el derecho de defenderlo. Decía el maestro alemán que es así por la razón de que una acusación no demostrada, dirigida contra la memoria de otro, los amenaza con igual trato después de su muerte. En este caso, se trataría de un derecho “cuasisucesorio” del que sería beneficiaria la *humanidad en general*³².

En la sucesión pueden movilizarse, de cierto modo, todos los recursos, todas las potencias e impotencias de la sociedad. Una organización sucesoria es, en gran medida, una organización *económica y social*.

La diversidad de los objetos nos lleva a referirnos específicamente a la sucesión “civil”, excluyendo, por ejemplo, la de “carácter provisional”. Los derechos previsionales pueden no transmitirse o generar otros derechos diversos, v. gr. mediante la conversión de jubilaciones en pensiones. Si se piensa en la continuidad de la persona del causante, quizás quepa considerar que esa persona es continuada a través de “*sucesiones diversificadas*” según los beneficiarios y los bienes.

Al vincular con la persona del muerto y sus despojos, la sucesión *arraiga* en el lugar de éstos. Se ha dicho, con sentido relativamente literario, que la Patria es la tierra donde yacen nuestros muertos³³, pero el capitalismo tiende con una fuerza enorme a ubicar donde se sirve al sistema económico, de modo que suele distanciar de la tierra de

29 Es posible v. NICOLAU, Noemí L., “Vida humana y Derecho civil. Exigencia y posibilidad de una teoría del negocio jurídico personalísimo en el derecho argentino, desde la perspectiva de los actos vinculados al principio y fin de la vida humana”, tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1990.

Se ha desarrollado por ejemplo, sobre todo en el *Bioderecho*, la noción de testamento vital.

30 Es posible v. nuestros artículos “Derecho Internacional Privado acerca de cadáveres y sucesiones especiales”, en “Zeus”, t. 11, págs. D-65 y ss.; “Homogeneidad o heterogeneidad real de la sucesión”, en “Juriscível do S.T.F.”, 51, págs. 7 y ss.

31 Historia del Sable Corvo del General San Martín, <http://www.rgcgs.mil.ar/sable.htm> (4-9-2008).

32 KANT, op. cit., págs. 141 y ss. (párrafo XXXV).

33 Y que vivir y yacer fuera de ella completa la expatriación irrevocable y definitiva.

los muertos³⁴. Romper con la sucesión puede ser un instrumento de *globalización*³⁵.

7. 5. La *forma*, o sea el camino para llegar al comienzo del reparto, ha de pensarse al fin en relación con la audiencia. Mucho se ha discutido acerca de la audiencia que el testador y el legislador brindan en la sucesión. Algunos sostienen que el legislador no tiene caminos suficientes para escuchar a los protagonistas de las sucesiones y se inclinan porque éstas sean testamentarias; otros afirman que el testador puede no estar en condiciones de brindar audiencia suficiente a sus familiares y defienden más la legítima³⁶. Una expresión relativamente específica de la forma en la sucesión es el derecho de deliberar concedido al heredero.

A diferencia de los contratos las sucesiones suelen requerir con gran frecuencia la intervención jurisdiccional judicial, pero diversamente de las cuestiones fundamentales del Derecho de Familia ella es muy a menudo de carácter voluntario.

La interrelación general entre “fondo” y “proceso” ha promovido, en especial en los últimos tiempos, un desarrollo de la atención al *proceso sucesorio*.

7. 6. Los *móviles* que impulsan los repartos sucesorios suelen ser muy diversos, por ejemplo, desde la voluntad del causante de sobrevivir e influir en la vida de sus derechohabientes mortis causa hasta el deseo del legislador de organizar la riqueza y la sociedad. Las *razones alegadas* en la sucesión varían, por ejemplo, entre la continuidad en la persona y la continuidad en los bienes. Muchas veces no se incluye en el discurso la prosecución de la actividad económica. La *razonabilidad* que la sociedad atribuya a la sucesión está muy vinculada a la que asigne a la propiedad. Como hemos señalado, cada cultura es una manera de dar razonabilidad a la sucesión.

7. 7. La dinámica del reparto se concreta a través del mayor o menor *aprovechamiento de las oportunidades* en la *toma de decisiones*³⁷. El reparto más

34 Toda la Literatura, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Españoles en la Argentina: el exilio literario de 1936, Emilia de Zuleta, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/mcp/46837953215804940722202/p00000003.htm> (1-8-2008).

35 Es posible v. nuestro artículo “Orden y desorden en el mundo de la globalización/marginación”, en “Derecho de la Integración”, N° 15, págs. 22/4.

36 Puede v. una fuerte vinculación de la herencia con la familia, que limita con muy duros términos la facultad de testar, en HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Filosofía del Derecho”, trad. A. Mendoza de Montero (de Francisco Messineo), 3ª ed., Bs. As., Claridad, 1944, esp. págs. 166 y ss. (párr. 178 y ss.).

37 En cuanto al Derecho y el aprovechamiento de las oportunidades, puede v. ya lo expuesto básicamente en nuestro libro de 1976 “Derecho y política” cit. Aunque la complejidad de los desarrollos puede ser excesiva para la generalidad de los testadores, vale hacer presente que en la toma de decisiones llega a ser útil el “método de las variaciones” aplicado por Goldschmidt en la

específico del Derecho Sucesorio es el testamentario. En él el testador debe hacer frente a circunstancias cambiantes, que se concretarán sobre todo en un momento en el cual él ya no pueda tomar decisiones. De cierto modo, podría decirse que el testador toma decisiones bajo “incertidumbre”³⁸. También que testador y herederos “juegan” un *juego* relativamente “cooperativo”³⁹.

8. Los repartos pueden ser *autoritarios* o *autónomos*, donde a través de la imposición o el acuerdo se realizan, de manera respectiva, los valores poder y cooperación; la tradición de las construcciones sucesorias refleja esta diversidad en la sucesión legítima⁴⁰ y ab intestato y la sucesión testamentaria. Las vinculaciones entre la autoridad y la autonomía son tensas, como también lo son las relaciones entre las sucesiones referidas. En nuestro tiempo, de crisis de las referencias morales “profundas”, va ganando espacio la autonomía de la libertad de testar⁴¹.

9. Los repartos pueden *ordenarse* según el *plan de gobierno*, que indica quiénes son los supremos repartidores (supremos conductores) y cuáles son los supremos criterios de reparto (supremos criterios de conducción) y la *ejemplaridad*, que se desenvuelve por el modelo y el seguimiento de los repartos, según lo que se considere razonable⁴². La planificación en marcha realiza el valor previsibilidad y la ejemplaridad satisface el valor

dimensión dikelógica (op. cit., págs. 396/7). Cabe tener presente además v. gr. ENTELMAN, Remo F., “Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma”, Barcelona, Gedisa, 2002; Journal of Conflict Resolution, <http://jcr.sagepub.com/> (2-8-2008); GARCIA DAUDER, Silvia y DOMÍNGUEZ BILBAO, Roberto, “Introducción a la teoría de la negociación”, Madrid, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Rey Juan Carlos, 2003, <http://www.fcjs.urjc.es/departamentos/areas/profesores/descarga/rquuvuvz/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20Teor%C3%ADa%20de%20la%20Negociaci%C3%B3n.pdf> (2-8-2008); Universitas Complutensis Matritensis, Profesor Felicísimo Valbuena, Bibliografía sobre Negociación, <http://www.infonegociacion.net/bibliografia2.html> (2-8-2008).

38 En general en cuanto a la toma de decisiones bajo incertidumbre es posible v. por ej. “Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos”, Fernando Aguiar, en “Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales”, N° 8, págs. 139 y ss., http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/id/3187936.html (31-7-2008); Incertidumbre, <http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd99/ed99-0191-03/incertidumbre.htm> (31-7-2008).

39 Cabe recordar por ej. SIEGEL, Sydney y FOURAKER, Lawrence, “Bargaining and group decision making”, Nueva York, McGraw-Hill, 1960.

40 Pueden incluirse aquí todas las que suelen llamarse *asignaciones forzosas*.

41 El Notario del Siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, Julio-Agosto 2008 / N° 20, ¿Son legítimas las legítimas?, http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=32&seccion_ver=0 (26-7-2008).

42 En profundidad, plan de gobierno y ejemplaridad son expresiones diversas de la “razonabilidad social”.

solidaridad. La costumbre y la jurisprudencia son expresiones de la ejemplaridad. La sucesión legítima e incluso la sucesión ab intestato expresan la planificación gubernamental; la sucesión testamentaria es campo para más desenvolvimiento de la ejemplaridad. A menudo las relaciones entre planificación y ejemplaridad son tensas, como asimismo lo son las vinculaciones entre las expresiones de la sucesión mencionadas. Las costumbres sucesorias se manifiestan muchas veces en sucesiones no formales.

La sucesión, sobre todo cuando es “en la persona” supone cierta construcción de *razonabilidad y seguimiento* entre el causante y sus herederos y legatarios. La falta de razonabilidad, v. gr. por injurias, abre caminos a la desheredación y la indignidad. La inejecución de las cargas y la ingratitud viabilizan la revocación de los legados. Mostrando la relación entre planificación y ejemplaridad, suele decirse, en expresión quizás discutible, que la indignidad es una desheredación pronunciada de oficio.

En la sucesión tiende a establecerse entre causante, herederos y legatarios cierta “continuidad vital” más total o parcial. Cada sucesión es, de cierto modo, un “*microorden*” de repartos más o menos sólido. Los órdenes de repartos *cambian* en procesos de *evolución*, donde varían los supremos criterios de reparto y se mantienen los supremos repartidores; “*golpe*”⁴³ en que cambian los supremos repartidores y se mantienen los criterios supremos de reparto y *revolución*, cuando se modifican los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto. En cuanto la sucesión se vincula a la voluntad del causante, pero al fin a través de los herederos pueden variar los criterios “supremos” de reparto, puede decirse que ella es normalmente un instrumento de *evolución*.

10. Los repartos pueden tropezar con *límites necesarios* surgidos de la “naturaleza de las cosas”. En ellos se quiere pero no se puede. Vale recordar que cada hombre hace lo que quiere dentro de lo que puede y dice lo que quiere dentro de lo que puede, aunque ha de querer lo que debe. La sucesión se abre ante un límite opuesto a la vida del causante. Generalmente se trata de un límite físico, por la muerte “natural”, pero también han existido límites sociopolíticos, como la muerte civil⁴⁴.

La muerte es, notoriamente, una *cuestión vital*, y ante cuestiones de este tipo los repartos proyectados se *replantan*; el causante puede replantearse sus decisiones hasta el último momento de su vida, sea para confirmarlas o modificarlas. Por eso es frecuente la facilidad testamentaria.

43 Suele hablarse específicamente de “golpe de Estado”.

44 En la muerte civil puede presentarse una diferencia entre la sucesión formal y la material, ya que la vida del causante continúa.

Los repartos con los que se encara la sucesión suelen hallar límites, como los que enfrentó en cierto momento el socialismo soviético en sus proyectos socializantes y, en menor medida, encuentran los sistemas actuales con los fenómenos “suprasucesorios” de las sociedades y “parasucesorios” de las donaciones, los usufructos y las transmisiones no formales y apropiaciones por vía de hecho. No cabe descartar las “sucesiones” al estilo de la impactante apropiación de los bienes de Bubulina que se produce en la inolvidable historia de Zorba el Griego⁴⁵.

Como los límites surgen de relaciones de fuerzas, entre lo que se quiere hacer y lo que se puede hacer, a veces los testadores incrementan las suyas a través del *albaceazgo*.

11. La realidad social del mundo jurídico es pensada con referencia a *categorías básicas* entre las que se destacan la finalidad “objetiva” que “encontramos” en los acontecimientos y la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad⁴⁶. La muerte tiene una finalidad objetiva⁴⁷ que consideramos negativa y por eso la finalidad subjetiva sucesoria pretende remediarla. De cierto modo la muerte limita y desordena las posibilidades y la sucesión pretende ampliarlas y reordenarlas.

B) Dimensión normológica

12. Las normas captan de manera lógica y “promisoria” repartos proyectados⁴⁸. La construcción de una norma completa requiere considerar su *antecedente*, captación lógica del sector social a reglamentar, y su *consecuencia jurídica*, captación lógica de la reglamentación. Antecedente y consecuencia han de tener sus *características positivas*,

45 Puede v. Zorba el Griego, <http://rincondedefelix.googlepages.com/zorbaelgriego> (6-8-2008).

46 Es posible c. nuestras “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1976 (reimpresión en “Revista del Centro...”, N° 28, págs. 105/12).

“Los hombres responden al imperativo congénito de impartir a la realidad un orden provisto de sentido. Pero ese orden presupone la actividad social de crear una concepción del mundo” (HABERMAS, Jürgen, “Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”, trad. José Luis Etcheverry, Madrid, Cátedra, 1999, pág. 196).

47 La finalidad objetiva es “pantónoma” (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como no podemos abarcar esa plenitud, nos vemos en la necesidad de fraccionarla. Por eso se discute si se debe llorar ante la muerte.

48 Porque las normas se construyen de manera “promisoria”, en términos de aseveración de que lo proyectado “será”, es muy importante su cumplimiento. También son posibles y valiosas las captaciones lógicas “prescriptivas” en sentido amplio, en términos de “deber ser”. El trialismo jerarquiza especialmente la promesa porque de este modo se logra una mejor integración entre normatividad y realidad social.

que han de estar presentes cuando la norma funcione, y *características negativas*, que han de estar ausentes. Las normas legales relacionadas con las sucesiones suelen contener características negativas muy importantes. En el antecedente, la característica negativa más relevante es el rechazo del *fraude a la ley* que se produce, por ejemplo, a través de sociedades, donaciones y usufructos⁴⁹ para cambiar la realidad y eludir las normas legales sucesorias. En la consecuencia jurídica, la característica negativa más significativa es el *orden público* contenido de cierto modo en la legítima forzosa. El rechazo del fraude a la ley mantiene más el marco fáctico sucesorio; el rechazo de las disposiciones testamentarias opuestas a la legítima sostiene la voluntad del legislador contra lo que se considera excesivo despliegue de la voluntad del testador. Uno y otra expresan tensiones de intereses y al fin culturales.

13. Las sucesiones constan en *fuentes formales* de muy diversa índole, con características distintas de flexibilidad o rigidez (facilidad o dificultad para la reforma) y elasticidad o inelasticidad (facilidad o dificultad de admisión de cambios de la realidad social). A veces figuran en constituciones formales (v. gr. ya en el art. 20 de la Constitución Nacional de 1853/60 se presentaba la imagen del constituyente facultando a testar y casarse conforme a las leyes), también aparecen en tratados internacionales⁵⁰, sentencias, etc., pero su fuente específica más relevante es el *testamento*⁵¹. Todas las fuentes formales son “autobiografías”, relatos de los repartos hechos por los propios repartidores, pero en el testamento el relato es particularmente “*biográfico*”, con alcance extremo y mucho más concreto que el que pueden tener las fuentes legislativas que, en cambio, son más “abstractas” e “históricas”⁵².

En la consagración de la constitución formal la existencia de la sucesión tiende a adquirir rigidez (art. 30 Constitución argentina), aunque sea con elasticidad. En cambio, en los testamentos la sucesión posee alta flexibilidad durante la vida del testador, porque luego de su muerte se clausurará la posibilidad de modificación, llegándose a un carácter de rigidez de alcance pétreo sobrevenido. Las circunstancias suelen motivar la viabilidad de distintas clases formales de testamento; a medida que ellas se hacen más difíciles suele hacerse admisible con carácter excepcional la voluntad de testar con menos

49 Las sociedades y las donaciones son “vías de escape” “obligacionales”, el usufructo es una “vía de escape” real.

50 Vale recordar sin embargo el fuerte territorialismo de los Tratados de Montevideo, que se valen de las denominadas a menudo “conexiones de destrozo”.

51 Puede v. FASSI, Santiago C., “Tratado de los Testamentos”, Bs. As., Astrea, 1970. El codicilo suele ser considerado diverso del testamento.

52 Es posible v. nuestro artículo “Perspectivas históricas y biográficas en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 10, págs. 27 y ss.

exigencias (“testamentos especiales”, v. gr. de los militares en tiempo de guerra). Según el tiempo más o menos largo que puede transcurrir entre la fecha del testamento y la muerte del causante es conveniente que la expresión testamentaria sea más o menos elástica⁵³.

14. 1. Como las normas captan de manera promisorio repartos proyectados, es muy importante que se concrete un *funcionamiento* que, a través de diversas tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis, lleve a los repartos realizados⁵⁴. A menudo, en el funcionamiento se producen tensiones entre los autores y los encargados del funcionamiento. Muchas veces los autores son legisladores, pero en otros casos son contratantes, testadores, etc. Los encargados del funcionamiento son, con gran frecuencia, los jueces. En las sucesiones es muy importante la relación entre testadores y herederos y legatarios y jueces.

14. 2. La tarea de *reconocimiento* puede acabar en la referencia a la norma o en su rechazo, en este caso, sea porque ella es considerada inconstitucional, derogada o nula. Una problemática de particular interés sucesorio es el de la *validez* o *nulidad* de los testamentos.

14. 3. La *interpretación* se desenvuelve sobre todo en diversas referencias a la voluntad de los autores de las normas, a nivel de la intención realmente pensada o del fin últimamente querido y a la participación, más abierta o velada, de los encargados de su funcionamiento⁵⁵. En nuestro ámbito sucesorio, son relevantes las tensiones entre las voluntades de los testadores, de los legisladores y de los jueces. Parece que en el funcionamiento testamentario la referencia a la voluntad de los testadores tiene especial jerarquía, aunque se generen dudas entre la intención pensada y el fin querido. La intensidad de la búsqueda de la voluntad del testador se muestra, v. gr., en la revocación

53 La etimología atribuida a la palabra “testamento” es diversa: Corominas la relaciona con la palabra “testigo” (COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico...” cit., Madrid, Gredos, t. V, 1983, pág. 478; no obstante, cabe c. Las sucesiones, <http://virtual.uav.edu.mx/tmp/17630410400607.doc> (20-7-2008); El Derecho de Sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta, Pascual Marzal Rodríguez, Universitat de Valencia (en relación con la definición de Modestino, http://books.google.com.ar/books?id=I5rfxu8JbMwC&pg=PA80&lpg=PA80&dq=testamento+testimonio+mente+sucesi%C3%B3n&source=web&ots=Iem6HqQ22L&sig=OMpLByJs4Kx_sYpIDFpKai_4VXM&hl=es&sa=X&oi=book_result&resnum=2&ct=result#PP1,M1 -20-7-2008-).

54 Es posible c. nuestro trabajo “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, 22 de febrero de 2008, págs. 1/6, t. 2008-B, págs. 782 y ss.

55 A menudo la actividad del encargado se refiere, de manera real o no, a la voluntad de la sociedad.

del testamento por venta de la cosa legada. La dificultad de salvar los defectos del testamento una vez que se ha presentado la situación de muerte en que ha de efectivizarse contribuye a afirmar el principio “favor testamenti”. A veces con esta misma preocupación los testadores emiten documentos (en algunos medios “memorias”) aclaratorios.

La “interpretación” en el campo sucesorio en base a *principios* como mandatos de optimización a ponderar puede ejemplificarse con el interesante caso de una cláusula testamentaria en que un padre impone a su hijo como condición para acceder a los bienes que se divorcie de su esposa, que es judía. Allí pueden jugar al menos dos principios, el de igualdad que prohíbe la discriminación y el de autonomía de la voluntad. El intérprete puede hacer predominar a uno u otro principio o buscar una fórmula intermedia, sosteniendo que el testamento es nulo respecto de la legítima pero válido en cuanto a los bienes de libre disposición⁵⁶.

En una interpretación sistemática es posible pensar que la legítima obedece al temor del abuso del derecho por parte del testador.

14. 4. En los casos de normatividades incompletas se requiere su *determinación*, sea por precisión o reglamentación de normas, que eligen una entre diversas posibilidades o despliegan sus contenidos, o por desarrollo de principios. En materia sucesoria cabe mencionar los legados de cosas ciertas y determinadas o a precisar y las reglamentaciones de los registros de los testamentos⁵⁷. El artículo 20 de la Constitución Nacional enuncia el principio del derecho a testar, desarrollado en la legislación civil, principalmente en el Código Civil.

14. 5. A veces no existe normatividad o la que existe es descartada porque se la considera “disvaliosa”⁵⁸, produciéndose una *carencia histórica* (desde el ordenamiento normativo, “laguna histórica”) o una *carencia dikelógica* (desde el ordenamiento, “laguna dikelógica”). La carencia histórica puede surgir de que el caso pudo ser

56 Puede v. el caso, usado en diversos sentidos por Luis Prieto Sanchís, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís”, en “Doxa”, 12, pág. 352; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, en “Doxa”, 13, págs. 315 y ss. http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa_12_12.pdf (27-7-2008).

57 Como la precisión y la imprecisión equivalen de cierto modo a la inelasticidad y la elasticidad, cabe referir aquí lo expuesto en cuanto a estas posibilidades de las fuentes formales. Respecto a los registros de actos de última voluntad puede v. por ej. Consejo Federal del Notariado Latino, <http://www.cfna.org.ar/cfna/publi/index.php?modulo=escribanos&opt=verdoctrina&id=12> (3-8-2008).

58 Debería ser porque se la considera injusta.

contemplado y no lo fue (olvido) o por novedad problemática (científico-técnica o jurídica). Según nuestro criterio, excepcionalmente y teniendo siempre en cuenta el “mal menor” los jueces pueden verse en el deber de descartar soluciones positivas para realizar lo que consideramos justo. Las carencias de normas necesitan ser completadas mediante la *elaboración* (integración del ordenamiento normativo).

Suele afirmarse que la materia sucesoria es una de las más anticuadas de la legislación argentina y por esto generadora de muchas *carencias históricas*⁵⁹. Las posibilidades científico-técnicas de la reproducción humana fuera del seno materno producen una carencia histórica sucesoria por *novedad científico-técnica*, se incluya o no el enfoque en el debate acerca de la existencia de la persona. Suponiendo que el embrión “en probeta” sea declarado persona, puede resultar diversificable su capacidad para adquirir por testamento o por disposición legal. Si no fuera considerado persona, quizás podría recibir de algún modo un tratamiento sucesorio. Los cambios en el régimen de constitución de la familia en general producen carencias históricas por *novedad jurídica* en el ámbito sucesorio.

Sin desconocer la complejidad del problema, entendemos que la restricción del derecho de habitación del cónyuge supérstite al valor del bien de familia podría ser un caso a solucionar mediante una *carencia dikelógica* para asegurar la igualdad en los afectos. Sin marginar tampoco la complejidad problemática de la condición de los ancianos “depositados” en geriátricos, consideramos que, con diversos alcances, podrían producirse *carencias dikelógicas* llamadas a asegurarles más autonomía en la disposición de su patrimonio hereditario. Tal vez habría que ampliar las causas de desheredación a favor de los ancianos “institucionalizados”. En cualquier caso, si la internación llega a ser inevitable, el *control* se hace claramente imprescindible⁶⁰. También hay que atender a las limitaciones que restringen la continuidad de la persona mediante prestaciones previsionales y asistenciales⁶¹ muy reducidas. Creemos que la continuidad de la persona después de su muerte no es más valiosa que la continuidad en el debilitamiento que puede significar la ancianidad.

14. 6. La *argumentación* sucesoria tiene especial importancia, por ejemplo,

59 Graciela Medina, Digestos Jurídicos, Digesto Práctico La Ley. Sucesiones y Proceso Sucesorio, http://www.graciamedina.com/aprof/m_digestos.asp (28-7-2008).

60 Tal vez a través de una “defensoría” o “curatela” especial.

61 Prestaciones que a nuestro parecer deben ser *claramente diferenciadas*.

cuando se produce la *desheredación* o se reprocha *indignidad*⁶². Aunque la clausura del discurso es un fenómeno común, una dificultad específica de la argumentación del testador consiste en que en determinado momento entre él y el auditorio y las posibilidades de responder se interpone su muerte.

14. 7. La *aplicación* requiere las “subtareas” de *subsunción* (encuadramiento) del caso en la norma y de *realización* de la consecuencia jurídica. Esta segunda subtarea significa un cambio en la realidad social: requiere al fin que las potencias y las impotencias proyectadas lleguen a las vidas de los beneficiarios. Entre el proyecto del testador y la aplicación del testamento se interpone su propia muerte. Según hemos señalado, para aumentar sus posibilidades, los testadores suelen recurrir al albaceazgo.

14. 8. La *síntesis* se hace necesaria cuando varias pretensiones normativas confluyen en una realidad en la que no tienen cabida, como sucede en los concursos de derechos que suelen culminar en la quiebra y en los concursos reales de delitos. La tarea de síntesis tiende a expresar la “verdad” más profunda respecto de los proyectos de reparto en conflicto. La sucesión es, en cierto sentido⁶³, un camino de síntesis, sobre todo cuando confluyen, por ejemplo, derechos de herederos sobre su propio patrimonio, legatarios y acreedores, sean éstos del causante o los herederos. La responsabilidad ultra vires y el beneficio de inventario son expresiones de la solución⁶⁴.

15. Un tema que suele suscitar polémica es el de quiénes han de ser *encargados del funcionamiento* de las normas sucesorias (v. gr. jueces –ordinarios o especializados–, notarios o funcionarios administrativos). Para resolverla, como para atender a cualquier cuestión competencial, es importante atender a las características que se asignen a los casos de referencia. A medida que la complejidad y la tensión son mayores se requiere más la intervención judicial⁶⁵.

16. La *conjetura* es un despliegue de gran importancia en el funcionamiento total de las normas y de la sociedad. En gran medida, las normas se *elaboran* sobre conjeturas,

62 En relación con el tema puede v. por ej. Ministerio de la Presidencia, BOE.es., Ministerio de Justicia (BOE 119 de 19/5/2005), http://www.boe.es/t/es/bases_datos/doc.php?coleccion=indilex&id=2005/08229&txtlen=1000 (26-7-2008).

63 Aunque los bienes alcancen.

64 Los derechos del heredero sobre el patrimonio del causante son “de segundo grado”. Lo expuesto no excluye, obviamente, que se produzca el concurso de la sucesión.

65 Puede v. nuestra “Filosofía de la jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

por ejemplo, en el caso de la elaboración del testador, respecto de lo que puede esperar de sus eventuales herederos y legatarios, acerca del momento de su muerte, etc. A veces los testadores pretenden asegurar lo que harán sus herederos y legatarios a través del *cargo* y del *albaceazgo*.

Además del *funcionamiento real* existe un *funcionamiento conjetural*, que consiste en lo que la sociedad piensa respecto de lo que sucedería si los casos fueran sometidos al funcionamiento real, por ejemplo ante los jueces, de modo que obra en consecuencia. Muchas operaciones se deciden sobre conjeturas sucesorias.

17. Las normas captan la realidad de los repartos mediante *conceptos* que los *integran* agregándoles sentidos que nos hacen vivir conforme a ellos. Los conceptos pueden ser más *institucionales*, cargados de ideas e indisponibles, o *negociales*, con menos carga ideológica y disponibles. En el marco patrimonial, la sucesión se mueve en un espacio más institucional y menos negocial que los contratos –sobre todo si no se admite la sucesión contractual– pero más negocial y menos institucional que los derechos reales. Hay contratos innominados, no sucesiones innominadas. El marco sucesorio tiene un despliegue “negocial” testamentario que los derechos reales no poseen. Además, por ejemplo, el espacio sucesorio es menos institucional y más negocial que el espacio familiar.

La fuerza de los conceptos en el Derecho Sucesorio es muy grande, al punto que a veces se piensa en la “*ficción*” de la continuidad de la persona del causante⁶⁶. La ficción integra la realidad al punto de “negarla” deliberadamente para producir efectos de derecho, en este caso, de cierto modo se “niega” la muerte del causante⁶⁷.

Otra expresión importante de la fuerza integradora de los conceptos en el Derecho Sucesorio es la solución del *heredero aparente*.

18. El *ordenamiento normativo* es la captación lógica de un orden de repartos, donde se realiza el valor coherencia. En él pueden reconocerse “*subordenamientos*” con coherencia relativamente propia. Existe, en nuestro caso, un *subordenamiento normativo sucesorio*. Sin embargo, precisamente por tratarse de subordenamientos, existen enfoques de afinidad relativamente relevante con el “exterior” que forma parte del ordenamiento. Por ejemplo, la sucesión testamentaria tiene cierta afinidad con el área patrimonial

66 En relación con las ficciones, pueden v. por ej. GENY, François, “Science et technique en droit privé positif”, París, Sirey, t. III, págs. 360 y ss.; BERGEL, Jean-Louis, “Méthodologie juridique”, París, Presses Universitaires de France, 2001, págs. 73 y ss.

67 A nuestro parecer, la ficción es resultado de una insuficiencia teórica que debe poder ser resuelta por otra vía. Se ha de *reconocer la realidad* y luego entender que por razones valorativas se resuelven sus consecuencias tratando de cambiarla.

obligacional referida a la voluntad y la sucesión legítima e incluso la ab intestato poseen más afinidad con el ámbito de familia y con el campo de obligaciones que no nacen de la voluntad. En tiempos del mayorazgo la relación con el espacio de los derechos reales era tan intensa que a veces se vacilaba en calificarlo como una institución sucesoria o real. En los casos de “lagunas”, en que es necesario elaborar normas para integrarlas, estas ubicaciones normativas son de significación.

Las fuentes formales del ordenamiento normativo pueden ser *recopilaciones* o *códigos*. Aunque ha mediado un proceso amplio de descodificación y ahora se tiende a la recodificación sobre criterios distintos de los del siglo XIX, en nuestro medio, pese a la no elogiable calidad de la codificación sucesoria fundada por Vélez Sársfield, en general el marco sucesorio se mantiene relativamente codificado⁶⁸. Como nuestro ordenamiento es un sistema, puede decirse que hay un “*subsistema sucesorio*”.

C) Dimensión dikelógica

19. Según la propuesta de construcción trialista, el mundo jurídico ha de abarcar una dimensión valorativa, remitida a un *complejo axiológico* en el que ocupa lugar predominante la *justicia*⁶⁹. Werner Goldschmidt, el fundador del trialismo, adjudicó a la justicia carácter objetivo y natural y por eso pensó básicamente en “la ciencia de la justicia”⁷⁰; en este caso la trataremos proponiendo una “construcción” en relación con la cual puede desarrollarse también un planteo de rigor científico⁷¹.

Además de los valores antes referidos, forman parte del complejo axiológico propuesto principalmente la *utilidad* y el *amor* (como personalización de unos por la personalización de otros). La sucesión participa de esa complejidad axiológica. Si bien toda ella se refiere a la justicia y tiene importantes despliegues de amor y utilidad, la sucesión testamentaria, la ab intestato y la legítima poseen distintos sentidos de utilidad. La sucesión testamentaria deja más espacio al amor y la utilidad como los entienda el testador; en la sucesión legítima imperan los criterios de amor y utilidad que establece el legislador. Tal vez hoy, como ocurre en todo el Derecho, pueda afirmarse que la sucesión tiende a ser dominada por referencias a la utilidad, quizás a la *utilidad* del testador. Es

68 Pueden v. por ej. IRTI, Natalino, “L’età della decodificazione”, Giuffrè, 1979; RIVERA, “La recodificación”, en “Estudios de Derecho Privado”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2006, págs. 275 y ss.

69 Por esto se refirió a la dimensión “dikelógica”.

70 GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed. Bs. As., Depalma, 1986).

71 Puede v. nuestra “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

notorio que en el capitalismo el valor predominante es la utilidad.

El complejo axiológico del Derecho no se agota en los valores recién mencionados, aunque hoy éstos sean principales. El Derecho en general y la sucesión en particular han tenido relevante vinculación con otros valores, v. gr. la *santidad*, como lo muestran la continuidad del culto del difunto entre los romanos y las disposiciones testamentarias “pro salute animae”.

20. Aunque a nuestro parecer la jerarquía de los valores es construida, consideramos que en la sucesión han de *coadyuvar*, por *integración* en el mismo nivel, los valores *justicia*, *utilidad* y *amor*. Una sucesión ha de ser justa y útil y ha de abrir cauces al amor⁷². En cambio, en nuestros días parece que el valor utilidad tiende a *arrogarse* el espacio que corresponde a la justicia. La sucesión es a menudo demasiado pensada como un negocio. Tal vez esto contribuya a comprender más el beneficio de inventario.

21. Siguiendo el sendero señalado por Aristóteles, es posible pensar la justicia según diversos caminos que pueden denominarse *clases de justicia*. En general, la sucesión se orienta a la justicia *espontánea* (sin “contraprestación”), diversa de la justicia conmutativa (con “contraprestación”). No obstante, a veces se introduce una perspectiva de justicia conmutativa, por ejemplo en las “pequeñas sucesiones”, cuando ante el reducido patrimonio transmitido para evitar gastos excesivos se simplifica el trámite.

En la sucesión se piensa en ciertos casos en el predominio de las razones del causante, con sentido de justicia “*monological*”, pero también confluyen múltiples razones vinculadas al causante, sus herederos, legatarios, acreedores, etc. en el sendero de la justicia de diversas razones, “*dialogal*”. La sucesión testamentaria puede ser más “monological”; la legítima puede ser más “dialogal”. La justicia dialogal es más difícil que la monological.

Aunque en general la sucesión tiende a referirse más a la justicia “*de partida*” (donde se proyecta lo existente al porvenir) también es posible que se oriente a la justicia “*de llegada*” (donde se adapta el presente al porvenir) por ejemplo cuando el testador establece cargos “progresistas” y cuando se abre la posibilidad de que el heredero renuncie a la herencia, v. gr. porque ésta tiene estado patrimonial negativo⁷³.

Las manifestaciones “extremas” de sucesión, testamentaria y legítima, se relacionan más con distintas clases de justicia. La sucesión testamentaria se vincula más

72 No nos remitimos al sentido que en otros tiempos incorporaba el valor santidad.

73 Es posible v. nuestro artículo “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.

con la justicia *consensual* (pensada según el consenso), *con consideración de personas*, “*partial*” (proveniente de una parte), *sectorial* (dirigida a una parte) y *particular*. La sucesión legítima se relaciona más con la justicia *extraconsensual*, *sin consideración de personas* (de roles), *gubernamental* (proveniente del todo), *integral* (referida al todo) y *general* (orientada al complejo del bien común). En posición intermedia, la sucesión ab intestato se vincula más con la justicia *extraconsensual*, *sin consideración de personas*, *gubernamental*, *sectorial* y *particular*.

Como la justicia particular es relativamente característica del Derecho Privado y la justicia general es de cierto modo característica del Derecho Público, la sucesión testamentaria y la ab intestato son más “*jusprivatistas*” y la “legítima” es más “*juspublicista*”. Un tema para la reflexión es la medida en que la sucesión es privatista o publicista. Parece que en general en nuestro tiempo la sucesión es especialmente privatista. Las tensiones tributarias que a veces se plantean manifiestan conflictos sucesorios de lo privado y lo público.

Los diversos tipos de bienes de la sucesión pueden diferenciarse por posibilidades distintas de justicia *simétrica* (de fácil comparabilidad, en general orientada por la moneda) o *asimétrica* (de difícil comparabilidad, por ej. porque tienen un gran valor moral).

A veces, como sucede en el art. 10 del Código Civil argentino, se piensa a la sucesión inmobiliaria como un importante instrumento de política económica, con algún despliegue juspublicista. Un problema interesante es el título público o privado en que el Estado recibe la herencia vacante. En general la sucesión es un medio táctico relevante de la *estrategia jurídica*⁷⁴.

La comunidad hereditaria genera problemas de justicia *de participación*; la partición lleva a la justicia *de aislamiento*. La justicia de participación es más difícil que la de aislamiento.

22. Los valores exigen su realización, no son meramente enunciativos, por eso *valen, valoran y orientan*. También pueden estar en *crisis* en estos tres sentidos. Según hemos señalado, quizás en la sucesión actual haya una crisis de la valoración e incluso de la valencia de la justicia y el amor por el avance de la utilidad.

74 Pueden v. nuestros artículos “La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación...” cit., N° 32, págs. 25/6; “Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Centro...” cit., N° 23, págs. 17/29; “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación...” cit., N° 33, págs. 9/17; “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación...” cit., N° 36, págs. 21/31.

El *material estimativo* de las valoraciones de la justicia en el Derecho es la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras⁷⁵ que, como no nos es accesible, porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes, nos vemos necesitados de fraccionar produciendo seguridad jurídica. La sucesión es también parte de esa *totalidad* y de la correspondiente generación de *seguridad*. Básicamente, en ella se fracciona en alguna medida el suceso sobrevenido de la muerte, la sucesión “asegura” *contra la muerte*⁷⁶.

Los despliegues temporales se concretan en complejos en lo personal y material y en las consecuencias y en esos sentidos se advierten los recortes. La sucesión testamentaria fracciona el complejo personal de la familia e incluso la injerencia del gobierno, y asegura al testador; la sucesión legítima, fracciona la intervención del testador y asegura a los familiares beneficiarios de la legítima. La *reducción* y la *colación* fraccionan en diversos sentidos las disposiciones del causante que afectan la legítima y así aseguran a los beneficiarios de ésta⁷⁷. La revocación del testamento por *siguiente matrimonio* del testador fracciona las circunstancias en que testó y desfracciona el porvenir produciendo seguridad para él y su cónyuge. La responsabilidad *ultra vires* fracciona la especificidad del patrimonio del heredero y le hace soportar las consecuencias del estado del patrimonio del causante, produciendo seguridad para éste y sus acreedores. El *beneficio de inventario* fracciona la proyección del patrimonio del causante y la posibilidad de sus acreedores de reclamar al heredero, produciendo seguridad para éste y sus acreedores. El *derecho de acrecer* desfracciona el suceso futuro de no haber sido recogido el derecho asignado por testamento respecto de quien acrece, pero recorta la circunstancia para el testador, a quien asegura de que su voluntad de alguna manera ha de cumplirse. La *representación* fracciona la situación de otros herederos y la imposibilidad del beneficiario directo, que quedaría excluido, produciendo seguridad para el causante y sobre todo para el representado⁷⁸. El *anticipo de herencia*

75 La justicia es “pantónoma”.

76 El Derecho Occidental fracciona la muerte en el marco patrimonial, haciendo que en principio éste continúe, y la desfracciona en lo matrimonial, haciendo que ella lo disuelva (en cambio en Nigeria, por ejemplo, se ha entendido que los hijos que tiene una viuda que sigue viviendo como tal en la casa del marido muerto pertenecían a éste –cabe c. UZODIKE, Eunice, “Nigeria: la délimitation du domaine des coutumes”, en RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (dir.), “Regards sur le droit de la famille dans le monde”, París, Centre National de la Recherche Scientifique, 1991, págs. 171/2–).

77 La reducción se encamina más a la protección de la legítima; la colación lo hace por la búsqueda de la igualdad de los herederos.

78 El usufructo que se adelanta a la sucesión fracciona el complejo material para desfraccionar el porvenir adelantándolo y de ese modo asegura que las consecuencias sean recibidas por quienes se desea.

evidencia que el causante, por alguna razón, “acelera el porvenir” recortando el presente para lograr seguridad. La fuerza que llega a darse a actos del *heredero aparente* fracciona las consecuencias a fin de que éstas no caigan en terceros que no deben soportarlas, brindándoles así seguridad. Es relevante la existencia o inexistencia de *vinculaciones* que recortan o amplían el sentido sucesorio y dan más fuerza al complejo personal de la familia o lo fraccionan, asegurando a la familia los herederos⁷⁹.

El *complejo de herederos* testamentarios que la ley permite y de herederos ab intestato y dotados de legítima que la ley asigna a una persona constituye un magnífico ejemplo de lo que el Derecho Sucesorio y en general la cultura piensan de ella. Es importante, por ejemplo, reconocer la invocación “futuriza” de los descendientes, de pasado de los ascendientes, de complementación de la persona del cónyuge y los colaterales, etc. En alguna medida “somos” lo que “nos sucede”.

Sin desconocer la importancia de la seguridad que brinda la legítima, parece que en una época de profundos cambios históricos que se manifiestan en múltiples fracturas, en un tiempo que va constituyendo una nueva era⁸⁰, a menudo son posibles y necesarios desfraccionamientos de las circunstancias que sólo el testador puede apreciar. La sucesión testamentaria es más “concreta”, la ab intestato y la imposición de legítima son más “abstractas”.

Aunque el objeto principal de la justicia en el Derecho no son las *virtudes* y los *vicios*, sino las *adjudicaciones* de potencia e impotencia, a veces ellos son parte del objeto de la justicia jurídica, por ejemplo cuando la falta de virtud abre caminos a la *desheredación* y a la *indignidad*. Además de aproximar así a la *moral*, la sucesión acerca a la problemática del *decoro*, por ejemplo cuando se establece la prohibición de heredar por testamento a los sacerdotes y médicos que asistieron al causante en su última enfermedad.

23. No sostenemos ningún *contenido* de justicia como natural ni objetivo, pero creemos que es posible construir alguna base consensuada que permita desarrollar un discurso científico al respecto. En dicho sentido proponemos el *principio supremo* que Werner Goldschmidt sostuvo con carácter objetivo y natural según el cual hay que “asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, o, como a veces se suele decir, de

79 Puede v. nuestro artículo “Meditaciones filosóficas históricas sobre la ubicación y el cuadro de los derechos reales”, en “El Derecho”, t. 100, págs. 886 y ss.; también cabe c. por ej. Historia de los vínculos y mayorazgos: 1ª ed. 1805, Juan Sempere y Guarinos, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12604842000157173087846/index.htm> (12-8-2008).

80 Es posible c. nuestros “Estudios de Historia...” cit.

“personalizarse”⁸¹. Es importante aplicar ese principio al esclarecimiento del “deber ser” de los repartos y el régimen, en este caso en cuanto concierne a las sucesiones.

24. Al hacer referencia a la justicia (“legitimidad”) del carácter de *repartidores* en la sucesión, cabe partir de la superioridad que tiene la *autonomía*, en que cada interesado en ejercicio de su libertad se “autoadjudica”, como sucede en la transferencia de la sucesión testamentaria, pero también hay que atender al carácter “*infraautónomo*” de la mayoría democrática que puede establecer la legítima y la asignación ab intestato, y al carácter “*criptoautónomo*” que, en relación con lo que hubiera querido el interesado, en este caso el causante, se puede presentar en la sucesión ab intestato. En cuanto haya intervención judicial, vale atender a la posible confluencia *infraautónoma* de la democracia y aristocrática por superioridad moral, científica o técnica, que puede tener el juez.

La legitimidad de los repartidores tiene mucho que ver con la conveniencia de la *jurisdicción sucesoria*. Una proyección importante de la legitimidad de los repartos es la *responsabilidad*, en este caso la responsabilidad por la sucesión. La responsabilidad *sucesoria* puede caber en diversos grados al causante, sus herederos y legatarios, el legislador y los jueces.

25. La legitimidad de los *recipiendarios* puede apoyarse en el mérito de la conducta y en el merecimiento de la necesidad. Quizás la sucesión testamentaria haga más referencia al *mérito* y la legítima al *merecimiento*. Este aparece con gran claridad cuando el causante transmite la obligación de pagar alimentos.

26. La justicia de los *objetos* de los repartos, que los hace “*repartideros*”⁸², se refiere principalmente a la vida y a la propiedad; en la sucesión se integran ambas perspectivas, el fin de la *vida* del causante y su *propiedad*. El fin de la vida es considerado “disvalioso” y por eso se procura salvarlo en cuanto concierne a la propiedad, cuya legitimidad no se pierde con la muerte. La propiedad es oportunidad de vida y puede sostenerse que la vida del causante ha de continuar en posibilidades de vida de sus herederos y legatarios. Para resolver el vínculo entre la vida y la propiedad se recurre a menudo a la *familia*, pero en otros casos se atiende a los simples *afectos* del causante. Como en principio todo ser humano debe ser persona, también, en principio, la sucesión sólo es repartidera en la muerte “natural”.

Asimismo es relevante el carácter repartidero que tengan otros posibles objetos

81 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 417.

82 Dignos de ser repartidos. Son “repartibles” los objetos que pueden ser repartidos.

sucesorios, por ejemplo, si los gastos del padre en el estudio de sus hijos deben colacionarse; también si ha de tener alguna preferencia el hijo que recibió una discapacidad hereditaria.

Si no se quiere que se “homogeneice”, sobre todo económicamente, a la persona del causante y a sus sucesores, es importante hacer lugar a la diversidad de los objetos del patrimonio con adjudicaciones especiales. En este sentido, la biblioteca de un causante abogado debería transmitirse, al menos preferentemente, a su hijo abogado.

27. La legitimidad de la *forma* del reparto, es decir del camino para llegar a su comienzo, ha de lograrse mediante la *audiencia*. En este caso de la sucesión, un tema digno de consideración es la necesidad de audiencia en el *proceso sucesorio* en sede *jurisdiccional judicial*. Suele sostenerse que la complejidad del trámite así lo exige⁸³. Un interrogante quizás impactante es el que pregunta si tras la muerte se “dará fe” mediante actuación notarial o se “hará justicia” a través de la intervención judicial⁸⁴.

28. En cuanto a la justicia de las *razones* del reparto, que se vincula con especial fuerza con la *fundamentación*, cabe señalar que si bien la audiencia refiere razones desde los interesados a los repartidores, la fundamentación las dirige en sentido inverso, desde los repartidores a los interesados. Para que exista fundamentación es importante, por ejemplo, que se valoren en tal sentido la intervención judicial donde se produce y el discurso generado.

La expresión “legítima” es *multívoca* y puede significar, por ej., conforme a las leyes, pero también lícito y justo y desde este punto de vista su empleo indica cierta *carga valorativa* diversa de la que puede tener la “auto-nomía”. En una vía de sucesión pesa el objeto, en otra el sujeto.

29. Para que el *régimen* sea *justo* debe tomar a cada individuo como un *fin* y no como un medio, es decir, ha de ser *humanista* y *no totalitario*. La sucesión debe ser humanista, pero puede ser un ámbito de mediatización, sea del causante, de sus

83 En el debate acerca de los alcances de la intervención notarial en las sucesiones, una de las últimas manifestaciones es XXIII Jornada Notarial Argentina, Rosario, 24, 25 y 26 de abril de 2008, Encuentro Nacional del Notariado, Rosario, Tema III, Sub-tema 1 Declaratoria de Herederos, Sub-tema 2: Intervención del notariado en los procesos sucesorios (cabe c. <http://www.28jornadanotarial.org.ar/tema3.php-3-8-2008->).

Suele decirse que el proceso sucesorio tiene sólo dos objetos: determinar las personas derechohabientes respecto del causante y establecer los bienes del causante que se transmiten.

84 Puede v. Sin mordaza, 13-05-08, Abogados vs. escribanos: ¿Tras la muerte se dará fe o se hará justicia?, [http://www.sinmordaza.com/modules.php?name=News&file=article&sid=52585\(3-8-2008\)](http://www.sinmordaza.com/modules.php?name=News&file=article&sid=52585(3-8-2008)).

“derechohabientes” o los acreedores. En particular importa que no haya “captación de voluntad” y que el testador no mediatice a sus herederos y legatarios, por ejemplo, con exigencias “disvaliosas”.

El humanismo puede ser *abstencionista* o *intervencionista*, es decir, paternalista. En principio es preferible el abstencionismo. El abstencionismo desviado es “individualismo” (incluible en el “totalitarismo” en sentido amplio); el paternalismo desviado es totalitarismo (en sentido estricto). La sucesión testamentaria es más *abstencionista* y las de carácter ab intestato y legítima son, de manera creciente, *intervencionistas*. Importa aclarar si la abstención que abre camino a la sucesión testamentaria deja espacio al individualismo del testador. Conviene tener en claro en beneficio de quién o quiénes se impone la legítima, si se trata de una intervención paternalista o de una mediatización del causante. Tal vez tradicionalmente la sucesión se ha fundado sobre todo en el “*bien moral*” del causante expresado en términos preferentemente materiales, pero hoy parece que se ha incrementado la referencia al *bien económico del sistema*.

Un régimen justo ha de respetar a cada hombre en su *unicidad*, su *igualdad* con los demás y su pertenencia a la *comunidad*⁸⁵. La atención a la unicidad es liberal, sobre todo en lo político; la consideración de la igualdad es democrática y la atención a la comunidad requiere la “res publica”. La sucesión testamentaria atiende más a la *unicidad*; la ab intestato y sobre todo la legítima consideran más la *comunidad* y de cierta manera la *igualdad*. La colación es un importante instrumento de *igualdad*.

Para la realización del régimen de justicia es necesario *proteger* al individuo contra todas las amenazas: de los demás individuos como tales y como régimen, de sí mismo y de “lo demás” (muerte, enfermedad, pobreza, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). La sucesión es sobre todo un medio de protección contra “lo demás” como muerte, pero también, dado que la propiedad protege no sólo respecto de “lo demás” sino de los demás como individuos y como régimen, tiene estos sentidos. La habilidad testamentaria resguarda contra el régimen. Tal vez la legítima sea un camino de amparo de los beneficiarios contra los otros individuos como testadores y de resguardo del testador frente a sí mismo, aunque quizás abra camino al avasallamiento por el régimen.

2. Las ramas del mundo jurídico

30. El Derecho se compone de un complejo de ramas dotadas de diversas perspectivas *autónomas* y de *conjunto*. Las ramas están *diferenciadas materialmente*

85 Goldschmidt habla de la familia humana y la fraternidad (“Introducción...” cit., págs. 442 y ss.).

por rasgos sociológicos, normológicos y sobre todo dikelógicos. Esta autonomía “material”, “primaria”, muestra perspectivas tradicionales y otras nuevas, a menudo de carácter “transversal”, cuyos despliegues enriquecen a las tradicionales. El Derecho de Sucesiones abarca una problemática *tradicional* tridimensional que hemos expuesto, en la cual el rasgo principal es la necesidad de resolver los problemas presentados por la extinción de la persona, sobre todo en su despliegue patrimonial, procurando superar la frustración que puede producir dicha extinción.

En el marco de la autonomía material cabe ubicar algunas autonomías especialmente relacionadas con las *fuentes* y el *funcionamiento* de las normas: las autonomías *legislativa*, *judicial*, *administrativa* y *profesional*. El Derecho de Sucesiones posee en nuestro medio autonomía *legislativa* y *judicial* relativa, en el Código Civil⁸⁶ y los tribunales civiles. Se discute, como hemos señalado, si al menos algunas sucesiones no deben pertenecer a campos notariales o incluso *administrativos*. Hay además algunas oficinas “administrativas” específicas, como los registros sucesorios⁸⁷. La autonomía *profesional*, a veces orientada por la relativa sencillez de los trámites y el lucro que puede obtenerse, suele hacer que los casos sucesorios sean distanciados del resto del Derecho Civil.

Como siempre, el despliegue de *Derecho Internacional Privado*, en este caso, de la sucesión, es una perspectiva profundamente esclarecedora del problema en cuestión. En el mismo campo tradicional, el Derecho de Sucesiones tiene además, v. gr., importantes vinculaciones con el *Derecho Constitucional*, el *Derecho Procesal*, el *Derecho Administrativo* y el *Derecho Tributario*. De cierto modo el Derecho Civil en su conjunto ha estado tradicionalmente sometido al Derecho Constitucional, pero hoy los cambios de sentidos constitucionales, con más derechos sociales, hacen que el desenvolvimiento del llamado “constitucionalismo social” traiga consigo la sujeción más amplia y real del Derecho Civil al Derecho Constitucional. Esto es aplicable, en principio, al Derecho de Sucesiones. En un espacio ya “*cuasitradicional*” el Derecho Sucesorio se relaciona con el *Derecho de la Previsión Social* y el *Derecho de la Asistencia Social*.

En nuestro tiempo, la rama tradicional Derecho Sucesorio puede nutrirse de

86 Libro IV, Sección Primera.

87 Respecto del Registro General de la Provincia de Santa Fe es posible c. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Registro General, http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/index.cgi?wAccion=legis&wid_leg=26&wid_item=10&wid_seccion=3 (3-8-2008); Santafelegal, <http://www.santafelegal.com.ar/ip.html#declarat> (3-8-2008).

En cuanto al Registro de Procesos Universales y de Accidentes y Enfermedades Ocupacionales de Santa Fe puede v. <http://www.poderjudicial-sfe.gov.ar/tramites/rpu.htm> (3-8-2008).

aportes de *nuevas ramas*, como el ya referido *Derecho de la Ancianidad*, el *Derecho de la Salud*⁸⁸ y el *Bioderecho*⁸⁹.

31. Además de las autonomías primarias, son posibles *autonomías "secundarias"*, de carácter *científico y educativo*, esta última con proyecciones *estructurales, curriculares, metodológicas y pedagógicas*. Es relevante tratar el panorama del Derecho de Sucesiones en estos sentidos.

32. Múltiples obras *doctrinarias* de Derecho de Sucesiones, algunas ya referidas, dan muestra de una *autonomía científica* sucesoria, que ha de concretarse a través de un sistema conceptual no exegético. Cuando Savigny elaboró la llamada *división "pentárquica"* del Derecho Civil, siguiendo enseñanzas de su maestro Heyse y respondiendo a la realidad cultural de su tiempo, el Derecho Sucesorio fue considerado culminación de planteos del Derecho Patrimonial (de Obligaciones y Reales) e incluso del Derecho de Familia⁹⁰. Pudo haber sido ubicado en el ámbito patrimonial obligacional de los contratos o más en general de las obligaciones que nacen de la voluntad, entonces hubiera ganado espacio la sucesión testamentaria; pudo haber sido situado en el campo de familia, entonces hubiera ganado terreno la asignación de legítima. Toda la Parte Especial del Derecho Civil, también el Derecho de Sucesiones, depende de los sentidos de la Parte General.

Creemos que un paso importante en la autonomía científica de una materia está

88 Cabe c. nuestro trabajo "Filosofía trialista del Derecho de la Salud", en "Revista del Centro..." cit., N° 28, págs. 19/32. El Derecho de la Salud ha de caracterizarse al fin por la protección del hombre como sujeto de salud, noción que según las concepciones que estimamos más acertadas excede ampliamente a la ausencia de enfermedad.

89 Es posible c. nuestro artículo "Introducción general al Bioderecho", en "Boletín del Centro..." cit., N° 22, págs. 19 y ss., (y en "Bioética y Bioderecho", N° 2, págs. 11 y ss.). Las fronteras entre el Derecho de la Salud y el Bioderecho son a veces difíciles de establecer. Aunque a menudo se lo concibe en sentido más amplio, creemos que el Bioderecho resguarda al fin a la humanidad contra los desafíos de la tecnología.

90 SAVIGNY, F. C. de, "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux, Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, esp. t. I, 1878, págs. 252 y ss. (párrafo LVII.- *Derecho de bienes*. Continuación). Dijo Savigny que el conjunto del derecho de bienes se divide en dos partes: una contemporánea y otra sucesiva (op. cit., pág. 256). En cuanto al orden de la clasificación "Derecho de las cosas. Obligaciones. Derecho de Familia (puro y aplicado). Sucesiones", v. op. cit., pág. 258 (párrafo LVIII). Es posible v. nuestros artículos "Bases para la filosofía de la división "pentárquica" del Derecho Civil", en "Investigación..." cit., N° 9, págs. 17 y ss.; "Nuevamente sobre la Filosofía de la división pentárquica del Derecho Civil", en "Investigación..." cit., N° 28, págs. 75 y ss.; "La vida de la división 'pentárquica' del Derecho Civil en la cultura argentina actual", en "Jurisprudencia Argentina", t. 2006-I, págs. 1167 y ss.

en el logro de su “*norma generalísima*”, que sirve de base, de manera relativamente abstracta, para la *sistematización* de sus problemas⁹¹. Como toda norma, ha de tener un antecedente que capte el problema a reglamentar y una consecuencia que capte su reglamentación, cada uno con características positivas y negativas que deben estar respectivamente presentes y ausentes.

En nuestro caso, consideramos que una norma generalísima sucesoria podría expresar: “Siempre que se trate de la extinción de una persona física, existiendo algún tipo relevante (testamentario o legal) de relación con otra(s) persona(s) (*características positivas del antecedente*) y no mediaran desheredación, indignidad, fraude a la ley, etc. (*características negativas del antecedente*) será la sucesión hereditaria o por legado de la primera por la(s) segunda(s) (*características positivas de la consecuencia jurídica*) a no ser que hubiera repudiación de la herencia, prescripción⁹², etc. (*características negativas de la consecuencia jurídica*)”⁹³.

El estudio del complejo de las ramas jurídicas, incluyendo el Derecho Sucesorio, corresponde a la *Teoría General del Derecho* en su perspectiva “abarcadora”⁹⁴. La gran complejidad vital del problema sucesorio suele exigir *planteos interdisciplinarios*: jurídicos, económicos, sociológicos, psicológicos, religiosos, etc.

33. En lo *educativo estructural* el Derecho Sucesorio suele expresar su autonomía material relativa formando parte de la estructura departamental del Derecho Civil o el Derecho Privado en Facultades de Derecho. En lo *curricular*, el Derecho de

91 Lo expuesto significa una “concepción normológica” de la ciencia respectiva. En cuanto a la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado, que hace de la estructura de la norma la base del sistema de dicha ciencia, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 17 y ss.; “La consecuencia jurídica de la norma del Derecho internacional Privado”, Barcelona, Bosch, 1935; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 5 y ss. Asimismo cabe c. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía y sistema del Derecho de la Integración”, en “Revista del Centro...” cit., N° 29, págs. 27/48.

92 Notoriamente, no hay que confundir la prescripción del derecho sucesorio, especialmente hereditario, que ha suscitado grandes discusiones en el régimen argentino, con la prescripción de los bienes, que no es materia sucesoria.

93 Como en todos los casos de referencia a la voluntad, en el testamento en especial serían también características negativas del antecedente, a atender en mayor o menor medida, el *error*, el *dolo*, la *violencia*, *intimidación* y la *simulación*.

94 Es posible v. por ej. nuestros trabajos “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1965; “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación...” cit., N° 32, págs. 33/76, y en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNÁNDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STÄHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

Sucesiones tiene en muchos casos, según entendemos corresponde, asignaturas propias; en otras circunstancias es incorporado a cátedras complejas que lo yuxtaponen con otros despliegues jurídicos, por ejemplo, al Derecho de Familia. Pese a las relativas afinidades que hemos señalado, creemos que en este caso se trata de dos ramas diversas, con particularidades que requieren desarrollos académicos diferenciados.

Dadas las especificidades materiales, el Derecho de Sucesiones necesita autonomía *metodológica* educativa⁹⁵, pero a veces ésta y las otras ramas del Derecho Civil son planteadas en nuestro medio con una peligrosa “particularidad”, por ejemplo repitiendo nociones de la Parte General porque lo requiere sólo la mejor comprensión de los alumnos. No estamos en contra de que esto suceda y creemos que al fin las autonomías han de “ser” en la *vida concreta* de las personas, y como éstas las necesitan, mas hay que cuidar que no se desarticule la complejidad civil. La gran riqueza problemática del Derecho de Sucesiones, profundamente vinculada con la muerte, la propiedad y la familia y con la “liquidación” de la persona y su “transferencia”, le brinda, como una “hora de la verdad”, una gran autonomía *pedagógica* (es decir, orientada a la mejor formación de los estudiantes).

Todas las autonomías se *interrelacionan e influyen* recíprocamente.

3. Horizontes de tiempo y espacio (Historia del Derecho y Derecho Comparado)

34. En cuanto a la *evolución* de la sucesión en los últimos siglos, cabe señalar que el Derecho “preburgués” feudal se valió del predominio colectivo de la familia, a menudo mediante el mayorazgo, y en él las mujeres solían tener menos posibilidades que los varones. La exclusión o inferioridad de los hijos extramatrimoniales perduró por mucho tiempo. En cambio, el Derecho burgués es básicamente más individualista, igualitario y autonomista, aunque para imponer sus criterios se llegó en su momento a la relativamente “contradictoria” limitación de la libertad de testar. Hoy, de acuerdo con las actuales tendencias “contractualistas” generales, las sucesiones se orientan más al crecimiento de la autonomía de los causantes⁹⁶.

95 V. gr. en cuanto a la motivación y la elaboración

96 Puede c. por ej. COING, op. cit., t. I, págs. 703 y ss.; t. II, 1996, págs. 729 y ss.; asimismo c. v. gr. Jesús Lalinde Abadía, *El Derecho en la historia de la humanidad*, Barcelona, Universitat, 1988, http://books.google.com.ar/books?id=6Ip5JkHSX-UC&pg=PA48&lpg=PA48&dq=germanos+propiedad&source=web&ots=wUkBrlll17&sig=Cym2typG4ZfovLssa3REYcwJOmI&hl=es&sa=X&oi=book_result&resnum=8&ct=result#PPA44,M1 (25-7-2008). Cabe c. por ej. ALTERINI, Atilio Anibal y LOPEZ CABANA, Roberto M., “La porción legítima a favor de los hijos. Su excesiva

35. En el medio jurídico y cultural en general de la *Argentina* confluyen *dos líneas históricas* que heredamos de España y están presentes de diferentes maneras en toda Iberoamérica, en una división quizás común a todos los países que al menos en parte pretenden alcanzar un “tren de la historia” que algunos sectores consideran que “se ha ido” sin ellos. Una de las líneas es la del sector “*hispanico tradicional*”, más influido por el catolicismo, más comunitarista y paternalista, que se reforzó con la presencia italiana del Sur. La otra línea es la del sector “*anglofrancés*”, quizás más próximo a la Reforma, más individualista y abstencionista, que se reforzó con el aporte norteamericano en “sentido estricto”. Un sector se remite más al modelo organicista; el otro al contractualista. Entre los representantes de la primera corriente están Felipe II, Rosas y Perón. Entre los exponentes de la segunda aparecen Carlos III, Belgrano, Moreno, Rivadavia, Mitre, Sarmiento y Aramburu. Aunque según las circunstancias pueden adoptar posiciones distintas o coincidentes, básicamente los dos sectores poseen ideas diversas respecto de la sucesión. La corriente hispánica tradicional se refiere más a la familia sólida y puede remitirse más a la “legítima” en sentido amplio; el individualismo anglofrancés tiene en principio más simpatía por el testamento⁹⁷. Tal vez no sea irrelevante que el derecho de la nuera viuda sin hijos⁹⁸ y el derecho de habitación del cónyuge supérstite⁹⁹ con limitación al monto máximo del bien de familia se establecieron en tiempos de gobiernos de simpatías hispánicas tradicionales, en el último caso, más igualitaristas.

36. En cuanto al “*espacio*” cabe señalar, v. gr., que el *Derecho Musulmán*, entiende que el Derecho Sucesorio ha sido dispuesto por la *voluntad de Dios* en el Corán. Aprender las leyes de la herencia es propio de la religión. El régimen sucesorio es en gran medida de orden público y no es posible la desheredación.

En el Derecho Musulmán el heredero no continúa la persona del difunto, es más bien considerado un beneficiario de los bienes y un partidario, respondiendo ante los acreedores sólo con los bienes recibidos. El Derecho Musulmán establece que la mujer, cuya situación en general el Islam mejoró, hereda la mitad que el hombre. Los hijos extramatrimoniales son excluidos; los no musulmanes no heredan a los musulmanes por

extensión”, en “La Ley”, t. 1983-D, págs. 1064 y ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, “Esquema histórico del Derecho Sucesorio”, Bs. As., La Ley, 1971.

97 Cabe c. nuestro artículo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro...” cit., N° 27, págs. 113/26.

98 Es posible c. por ej. DI LELLA, Pedro, “De la nuera viuda”, comentario a fallo, en “Jurisprudencia...” cit., t. 1993-II, págs. 205 y ss.

99 Cabe mencionar v. gr., ANDORNO, Luis O., “El derecho de habitación del cónyuge supérstite”, en “Jurisprudencia...” cit., t. 29, 1975, págs. 625 y ss.; BARBERO, Omar U., “El cónyuge supérstite, prelegatario legal particular forzoso”, en “Jurisprudencia...” cit., t. 1976-I, págs. 638 y ss.

vía intestada. Tampoco hereda el apóstata y al hacer apostasía se abre su sucesión¹⁰⁰.

Algunas de las disposiciones son afines al Derecho medieval occidental.

III. Conclusión

37. La comprensión integrativista trialista contribuye a enriquecer al Derecho de Sucesiones y las diversas autonomías respectivas y muestra la destacada aptitud de dicha teoría para construir satisfactoriamente el objeto jurídico.

100 Pueden v. por ej. ESTÉVEZ BRASA, Teresa M., “Derecho Civil Musulmán”, Bs. As., Depalma, 1981, págs. 503 y ss. (el Derecho Sucesorio –Ilm al Fara'id–); “El Noble Corán”, trad. Abdel Ghani Melara Navio, 2ª ed., Istanbul, Çağrı Yayınları, 2005. También v. gr. DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camilla, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10ª ed., París, Dalloz, 1992, págs. 367 y ss.; LOSANO, Mario, “Los grandes sistemas jurídicos”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, págs. 230 y ss.; ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, “Introduction to Comparative Law”, trad. Tony Weir, 3ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, págs. 303 y ss.; El blog de Carlos Corral, La apostasía en el Islam ¿qué consecuencias jurídicas tiene en el ámbito del derecho aplicable a las sucesiones en España?, <http://blogs.periodistadigital.com/carloscorral.php/2007/11/13/la-apostasía-en-el-islam-ique-consecuenc-73> (22/7/2008). También es posible v. nuestros artículos “Reflexiones comparativas del Derecho Occidental y el Derecho musulmán”, en “Investigación...” cit., N° 6, págs. 97 y ss., y “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación...” cit., N° 30, págs. 95 y ss.

EL COMPLEJO DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se utiliza la propuesta de construcción integrativista tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, que incluye una realidad de repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica a la vida humana) captados normativamente y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia, para considerar el complejo del funcionamiento de las normas, que abarca tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis, en lo común al Derecho y en las ramas del mismo.

Palabras clave: Integrativismo - Tridimensionalismo - Teoría trialista del mundo jurídico - Normas - Funcionamiento - Reconocimiento - Interpretación - Determinación - Elaboración - Argumentación - Aplicación - Síntesis - Ramas del mundo jurídico.

Abstract: The proposal used consists in the integrationist, "tridimensional" construction of the Trialist Theory of the Juridical World. This includes the social reality of allotments of power and powerlessness (what favours or is detrimental to human life), grasped by norms and assessed by a complex of values which culminates in justice. All this in order to consider the running of norms that covers tasks such as recognition, interpretation, determination, elaboration, argumentation, application and synthesis as far as it is common to Law and its branches.

Key words: Integrationism - Tridimensionalism - Trialist Theory of the Juridical World - Norms - Running - Recognition - Interpretation - Determination - Elaboration - Argumentation - Application - Synthesis - Branches of Law.

I. Ideas básicas

1. Aunque el maestro Werner Goldschmidt incluyó en el funcionamiento de las normas sólo la interpretación, la determinación, la elaboración y la aplicación, creemos

* El presente artículo se desarrolla como complemento docente de lo expuesto sobre el funcionamiento de las normas en GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 251 y ss.

** Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador principal del CONICET.

esclarecedor que se haga referencia a un *complejo de tareas de reconocimiento*¹, *interpretación*², *determinación*³, *elaboración*⁴, *argumentación*⁵, *aplicación*⁶ y *síntesis*.

Es posible v. nuestro trabajo “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, 22 de febrero de 2008. También puede c. “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000 (<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795-12-6-2008->).

Es posible c. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Imparcialidad del juez y medidas cautelares, Andrea A. Meroi, <http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal/node/66-12-6-2008->.

1 En cuanto al reconocimiento es relevante tener en cuenta por ej. los trabajos de Hart (puede c. v. gr. HART, H. L. A., “El concepto de Derecho”, trad. Genaro R. Carrió, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, hay una parte disponible en <http://www.uv.es/mariaj/textos/hart.pdf-22-6-2008->; “Post scriptum al concepto de derecho”, ed. Penélope Bulloch y Joseph Raz, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/38/tc.pdf-22-6-2008->).

2 Cabe c. nuestro artículo “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, t. 72, págs. 811 y ss.

3 Es posible v. nuestro artículo “La determinación (precisión y reglamentación de normas y desarrollo de principios)”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 21, págs. 52 y ss. Cabe c. BERGEL, Jean-Louis, “Méthodologie juridique”, París, Presses Universitaires de France, 2001, por ej. págs. 111 y ss.; también FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto (comp.), “Los procesos de implementación de las normas jurídicas”, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995. Puede v. CANO BUESO, Juan, “Procedimiento legislativo y análisis de adecuación de las normas a la realidad”, en FIGUEROA, op. cit., págs. 123 y ss.

4 Cabe c. por ej. nuestro artículo “Hacia la comprensión plena de la elaboración de las normas”, en “Investigación y Docencia”, N° 18, págs. 23 y ss.

5 Puede v. Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles, Mario E. Chaumet, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/28/44-9-1-2008->.

Ubicamos a la argumentación como tarea del funcionamiento de la norma.

En cuanto a la tensión histórica en la argumentación jurídica, es posible v. por ej. VIEHWEG, Theodor, “Tópica y Filosofía del Derecho”, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991, págs. 150 y ss.

6 Cabe recordar por ej. PIAZZESE, Antonio, “L’applicazione della legge”, Milán, Giuffrè, 1964. En cuanto a los debates actuales, es posible c. v. gr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, “Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho”, Madrid, Pons, 1999, esp. págs. 215 y ss.; BONORINO, Pablo, “Interpretación y aplicación del Derecho. Apuntes críticos sobre la propuesta de Rafael Hernández Marín”, en “Isonomía”, N° 18, págs. 168 y ss., http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529789055928540035/isonomia18/isonomia18_07.pdf-23-9-2007-.

Del funcionamiento dependen en gran medida la *fidelidad*, la *exactitud* y la *adecuación* de las normas. Otra categoría interesante es la del “impacto”, que las normas tienen en el complejo normativo y que sus repartos poseen en el complejo de la realidad social, impacto que se deriva de la eficacia normativa. La atención al impacto de las normas ha ganado atención en los últimos tiempos (puede v. FIGUEROA LARAUDOGOITIA, op. cit.; es posible c. v. gr. HIERRO, Liborio, “La eficacia de las normas jurídicas”, Barcelona, Ariel, 2003; NAVARRO, Pablo y MORESO, José Juan, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en “Isonomía”, N° 5, págs. 119 y ss. (http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02405065325240496976613/isonomia05/isonomia5_07.pdf-20-10-2007-).

Ninguna tarea del funcionamiento se desenvuelve de manera aislada. Se “alimentan” recíprocamente en lo que podría llamarse una “*dialéctica de complementariedad*”⁷. Por ejemplo: el reconocimiento se nutre en especial de la interpretación y de la aplicación; la aplicación, se alimenta de manera destacada de la interpretación y del reconocimiento; la interpretación se enriquece por los requerimientos de la determinación, la argumentación y la aplicación, etc.

2. Sin oponernos al “objetivismo” sostenido por Goldschmidt, estimamos que la noción de Derecho y consecuentemente la de su funcionamiento, pueden acordarse beneficiosamente sobre la base de “*construcciones*”. Las dos construcciones se producen según *intereses*, con alcances móviles que corresponden a las *circunstancias*. No procuramos demostrar que exista “una” teoría correcta acerca del Derecho o del funcionamiento, quizás ello no pueda hacerse⁸. Creemos, sí, que las propuestas trialistas son ampliamente satisfactorias.

7 En relación con la idea de dialéctica de complementariedad es posible v. por ej. REALE, Miguel, “Filosofía do Direito”, 5ª ed., San Pablo, Saraiva, 1969, t. I, págs. 142 y 223, t. II, págs. 325 y ss.

8 Por ejemplo, la tensión entre el jusnaturalismo y el positivismo es mayor en ciertos tiempos, como sucedió en los días de las “revoluciones burguesas”, v. gr. la Revolución Francesa y en nuestro tiempo es menor, en parte por la “*renovación*” de la terminología jusnaturalista, que se vale menos de la noción de “ley natural” y más de referencias al carácter no jurídico de la *injusticia extrema* (Gustav Radbruch y Robert Alexy; puede v. VIGO, Rodolfo Luis, “La injusticia extrema no es Derecho (de Radbruch a Alexy)”, Bs. As., La Ley, 2006), el razonamiento por *principios* (Ronald Dworkin – DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984– y Robert Alexy –ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del Derecho”, trad. José M. Seña, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997–) y el *positivismo “incluyente”* (Jules Coleman, Wilfrid J. Waluchow; ETCHEVERRY, Juan Bautista, “El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; Argumentación y constitución, Manuel Atienza, http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf (12-6-2008); El Contenido Mínimo del Positivismo Jurídico, Juan Carlos Bayón, <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/teoria%202/bulygin.doc> (12-6-2008); respecto del *positivismo “débil”* cabe c. por ej. HART, “Post scriptum...” cit., págs. 26 y ss.). Además, contribuye a este debilitamiento de la tensión el desenvolvimiento del *neoconstitucionalismo* que somete todo el resto del Derecho a una constitucionalidad bastante satisfactoria desde el punto de vista de la justicia, generándose de cierto modo un *Estado constitucional “activo”*, donde la constitución se desarrolla más a través de las normas inferiores y no sólo las limita y un “derecho dúctil”, con intervención del juez a través de un papel reforzado (Gustavo Zagrebelsky; es posible v. Gustavo Zagrebelsky, Tribunal Constitucional Italiano, trad. de Miguel Carbonell, ¿Qué es ser juez constitucional?, <http://aquichan.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/viewFile/1199/2267> –20-9-2007–). Por estas nuevas vías se ha incrementado considerablemente, en términos que antes no se reconocían, el poder del juez.

En relación con los debates suscitados por el incremento del poder de los jueces cabe c. CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea A., “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, en “La Ley”, 18 de junio de 2008.

3. En cuanto a las tareas agregadas al complejo del funcionamiento, en el *reconocimiento* el encargado del funcionamiento (por ej. el juez) establece si existe una norma a la cual efectivamente ha de referirse o la que podría tenerse como tal ha de ser descartada como inconstitucional, derogada o nula; la *argumentación* es el razonamiento empleado para convencer a alguien o para demostrar algo, en este caso acerca del resto del funcionamiento y la *síntesis* es la adaptación de las normas, que se hace cuando varias quieren ser aplicadas en una realidad en la que no encuentran cabida (por ej. en el concurso de acreedores, el concurso real de delitos, los regímenes de vista complejos en las relaciones de familia, etc.⁹).

II. El funcionamiento normativo en la complejidad de la teoría trialista del mundo jurídico en general

1. Dimensión sociológica

4. El funcionamiento normativo es una *tarea repartidora*. Reconocer, interpretar, determinar, elaborar, argumentar, aplicar y sintetizar normatividades es *repartir potencia e impotencia, beneficiar y perjudicar* en marcos de repartos y de distribuciones. Nada de esta actividad repartidora sucede de manera desinteresada, puede tratarse, sí, de intereses más o menos económicos.

La teoría trialista del funcionamiento diferencia las tareas ya referidas para apreciar los despliegues repartidores que se van produciendo en él y de manera destacada en qué medida cada uno de los sujetos relacionados con el funcionamiento actúa como repartidor. El repartidor último es el encargado del funcionamiento (de manera destacada el juez).

5. El marco de los *interesados* que están en juego en el funcionamiento incluye inevitablemente a los encargados de realizarlo (v. gr. los jueces). Pese a que sean “imparciales” e “imparciales” (al menos en la medida en que podemos serlo los seres humanos) al asumir los casos, los encargados del funcionamiento se convierten en partes interesadas, porque del trámite respectivo y de la solución pueden resultar consecuencias muy importantes (que incluyen premios y castigos: ascensos, destituciones, consideración

9 También es interesante la síntesis en la relación intercultural (cabe c. por ej. ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert y otros, “Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria”, Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2007).

y repudio sociales, etc.). Desde la asunción de los casos los encargados del funcionamiento (v. gr., como hemos dicho, los jueces) son “parciales”¹⁰, pero importa que continúen siendo “imparciales” y en esto hay que poner el mayor esfuerzo posible¹¹.

El funcionamiento normativo es marco de *lealtades diversas*, de *heroísmos y cobardías*, etc. que importa tener en cuenta y encauzar. Si no se atiende al reparto no es fácil advertir el heroísmo judicial. Quizás la mejor manera de controlar el desempeño de los jueces es reconocer los repartos que producen en el funcionamiento, sobre todo saber a quiénes benefician y a quiénes perjudican y cuáles son las razones que pueden tener para hacerlo.

6. Siempre *se hace lo que se quiere dentro de lo que se puede y se dice lo que se quiere dentro de lo que se puede*, aunque se debe querer y poder lo valioso. Esto sucede con el funcionamiento normativo. Los desarrollos del funcionamiento tienen diferentes facilidades y dificultades según el “lugar”, puede decirse también el “papel” en que se produzca. Por ejemplo, no son las mismas las facilidades y las dificultades para un juez, un integrante de la administración pública, un contratante, un litigante, un docente o un científico. No sólo se trata de posibilidades institucionales diversas. El hacer y el decir tienen alcances distintos, en general por cuestiones de percepción, valoración y viabilidad. En general, por ejemplo, los jueces pueden hacer más y decir menos que los científicos.

En principio, el encargado del funcionamiento tiene el poder máximo, porque “dice la última palabra”, salvo que el autor o la sociedad lo pueden limitar. Con estos alcances amplios pero limitados, al fin las normas son los que los encargados de su funcionamiento las hacen ser. En términos de nuestro ejemplo judicial: en definitiva las normas son lo que los jueces las hacen ser.

7. También son relevantes las diferencias en el funcionamiento de las normas atendiendo a las diversas *personas* individuales y los *grupos* y las *clases sociales*, asimismo por cuestiones de percepción, valoración y viabilidad. El desenmascaramiento de las funciones que cumplen grupos y clases dominantes tiene especiales dificultades, sobre todo para quienes los integran. Así, por ejemplo, a la burguesía le es a veces difícil reconocer que los enfoques de percepción, valoración y viabilidad que impone su propia cultura no son “los correctos”.

La posición de la escuela de la exégesis es, v. gr., clara expresión de una clase

10 Esa parcialidad puede ser más cercana o distante de las parcialidades de las partes.

11 Cabe c. nuestro trabajo “El razonamiento forense en el siglo XXI (su comprensión trialista)”, en “El siglo XXI y el razonamiento forense”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 73/98.

que ha hecho las normas y desconfía de los jueces y en el pasado y el porvenir de la propia sociedad. La desconfianza en los jueces y el porvenir se muestra en el deductivismo legalista. La falta de confianza en el pasado se manifiesta en especial a través del frecuente rechazo de la costumbre. Con sucesivas “logicizaciones” de lo que suceda, la “teoría pura” corresponde a sectores que hicieron las normas y confían en los jueces y en el porvenir. Diversas corrientes de “alternatividad” en el desempeño de los jueces se orientan en general, en cambio, a interpretar el Derecho limitando los poderes de la clase dominante para beneficiar a los que no tienen poder¹².

8. La referencia a la diversidad y la unidad del complejo del funcionamiento es un relevante despliegue del trialismo. Según lo expuesto, reconocer las diferencias de las tareas contribuye a apreciar el grado de participación que tienen los autores de las normas y los encargados de su funcionamiento. Sin embargo, en nuestros días el funcionamiento queda a menudo incorporado a una complejidad impura que corresponde a un incremento, a veces oculto, de la participación del encargado del funcionamiento, especialmente del juez.

El orden del funcionamiento puede surgir de la planificación gubernamental o de la ejemplaridad. En este despliegue se concreta especialmente en la jurisprudencia, que es la ejemplaridad jurisdiccional. Cabe puntualizar: ejemplaridad funcional jurisdiccional.

La teoría del funcionamiento es un intento, del que no debe esperarse demasiado, para *controlar* lo que se hace y lo que se dice. Hacer funcionar normas es *hacer funcionar la vida*.

2. Dimensión normológica

9. El complejo de las tres dimensiones jurídicas se muestra de diferentes maneras en el desenvolvimiento de las diversas tareas funcionales. El reconocimiento, la interpretación y la aplicación son más *bidimensionales normo-sociológicos*, podría decirse más “positivos”. La determinación, la elaboración, la argumentación y la síntesis son más *tridimensionales*, ya que incluyen más referencia directa a la justicia.

12 Es posible recordar por ej. CARVALHO, Amilton Bueno de, “Magistratura e Direito Alternativo”, San Pablo, Académica, 1992; ANDRADE, Lédio Rosa de, “Juiz alternativo e poder judiciário”, San Pablo, Académica - Universidade do Sul de Santa Catarina, 1992; ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (org.), “Lições de Direito Alternativo”, San Pablo, Académica, 1992; puede v. asimismo “Revista de Direito Alternativo”; Periódico Universitário é Direito, Direito Alternativo, Vercil Rodrigues, http://www.periodicoedireito.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=62&Itemid=26 (1-1-2008). Es posible c. un panorama en El Catoblepas, número 67, Sobre la Teoría del Uso Alternativo del Derecho, José María Laso Prieto, <http://www.nodulo.org/ec/2007/n067p06.htm> (1-1-2008).

Sin embargo, la tridimensionalidad está siempre al menos relativamente presente: la justicia orienta al desconocimiento de las normatividades con la producción de carencias dikelógicas y se manifiesta como fines en la interpretación; la subsunción sólo puede producirse en términos de afinidades axiológicas (sobre todo dikelógicas) entre las normas y los casos¹³.

Con miras a atender a las dificultades del funcionamiento suele hablarse de casos *fáciles, difíciles y trágicos*¹⁴.

10. Así como el funcionamiento varía según las perspectivas desde el cual se lo realiza (v. gr. juez, administrador, contratante, etc.) también cambia según se trate de distintas *fuentes*. La interpretación constitucional tiene, por ejemplo, una amplitud de proyecciones dirigidas a los fines de los constituyentes y a la creatividad requerida por las diversas circunstancias que va penetrando crecientemente en la orientación de las otras fuentes (leyes, decretos, etc.). Los decretos y las sentencias motivan caminos menos amplios.

En nuestros días suele hablarse también de una “constitución viviente”, quizás pueda hacerse referencia, con clara afinidad con el trialismo actual, a una “*normatividad viviente*”¹⁵. Creemos que nada debe ser inmodificable, menos aún el alcance del funcionamiento normativo, aunque quien modifique ha de quedar en evidencia.

11. En algunas construcciones jurídicas, como el trialismo, el funcionamiento es considerado de manera preferente en relación con las normas, atendiendo al ordenamiento sobre todo como un despliegue del elemento sistemático de la interpretación. Esto tiene entre sus finalidades principales mostrar quiénes son los repartidores en el proceso funcional. El ordenamiento normativo funciona a través de sus normas. En cambio, en otras construcciones se afirma que el que funciona es el ordenamiento y las normas son piezas de dicho funcionamiento.

Sea uno u otro el enfoque, en el funcionamiento normativo funcionan la *juridicidad en su conjunto* y la *cultura* toda, incluyendo la economía, la religión, la

13 La importancia de la subsunción es muy destacable porque “rotula” la realidad produciendo *materializaciones* que en principio hacen vivir como ellas indican.

14 Es posible v. DWORKIN, op. cit. págs. 146 y ss.; NAVARRO, Pablo E., “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”, en “Doxa”, N° 14, págs. 243 y ss., http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_14.pdf (2-1-2008); “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, Oscar Pérez de la Fuente, <http://www.uv.es/CEFD/15/perezdelafuente.pdf> (2-1-2008).

15 Puede v. Gustavo Zagrebelsky, cit.

ciencia, el arte, etc.. Funciona la *vida* desde la perspectiva normativa¹⁶.

12. El funcionamiento de las normas puede plantearse en términos *reales* o *conjeturales*. El mismo funcionamiento real se refiere a conjeturas, no sólo de hechos, sino de unas tareas respecto de otras (v. gr. de la aplicación para la interpretación). No obstante, hay un *funcionamiento conjetural* que se produce “paralelo” al funcionamiento real, con referencia a lo que en éste sucedería. Siempre obramos conjeturando cómo sería el funcionamiento real¹⁷. Los legisladores, los jueces y los administradores conjeturan sus actuaciones de manera recíproca; los jueces de unas instancias conjeturan cómo obrarían los de otras; los justiciables conjeturamos cómo obrarían los jueces y los administradores, etc.. Así, por ejemplo, porque conjeturamos que el aparato gubernamental está asegurando nuestros otros intereses asistimos a las actividades universitarias, de no ser así las interrumpiríamos para resolver esa cuestión de seguridad.

3. Dimensión *dikelógica*

13. Aunque no sostenemos que haya valores con objetividad natural, como lo afirma Werner Goldschmidt respecto de la justicia, éste es el valor que consideramos supremo en el campo jurídico. Todos los valores son “*llamadas*” que reclaman a los encargados del funcionamiento para que produzcan soluciones acordes con ellos. Por ejemplo: un juez encargado del funcionamiento de las normas es “llamado” por el poder, la cooperación, el orden, etc., la exactitud, la verdad, la subordinación, la coherencia, etc., la justicia, la utilidad, etc. A nuestro entender, el “llamado” supremo a escuchar ha de ser la justicia.

14. Como la justicia perfecta es tarea “sobrehumana”, porque se trata de una categoría “*pantónoma*” referida a la totalidad de los casos en que puede realizarse (pan=todo; nomos=ley que gobierna) las teorías y las tareas del funcionamiento se desenvuelven con *aperturas* (*desfraccionamientos*) o *cierres* (*fraccionamientos*) productores de seguridad. Cuando se debate sobre las teorías y las tareas del funcionamiento

16 También cabe referirse, desde otras perspectivas, al funcionamiento en diversos ámbitos culturales. Por ejemplo: Carlos Cossio vinculó, para la comprensión de la interpretación jurídica, a ésta con la interpretación musical (cabe c. por ej. COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, págs. 82 y ss.). Cabe c. nuestro artículo “Aportes para la comprensión cultural de las doctrinas del funcionamiento de las normas”, en “Investigación....” cit., N° 12, págs. 9 y ss.

17 Es posible v. nuestro estudio “La conjetura...” cit.

se discuten fraccionamientos y desfraccionamientos y seguridad e inseguridad. Estos fraccionamientos y desfraccionamientos constituyen desafíos para las tareas de los encargados del funcionamiento, por ejemplo para las tareas de los jueces¹⁸. La teoría de la exégesis pretende un muy fuerte fraccionamiento de la justicia que pueden realizar los jueces, apegándolos a la ley, y de ese modo aspira a realizar más seguridad. La teoría pura del Derecho, que potencia más el desempeño de los jueces, se ocupa menos de la seguridad¹⁹. El trialismo es una muestra de desfraccionamiento en “complejidad pura”, donde con miras a la justicia se recorren con la mayor claridad posible caminos de seguridad valiosa.

15. El juez como encargado del funcionamiento se legitima en gran medida por la *imparcialidad*. Según hemos expuesto, puede comenzar siendo “imparcial” e imparcial pero al asumir el caso se hace al menos “*partial*”, pues le aparecen intereses personales y esto pone en riesgo la imparcialidad. Se debe lograr que, pese a ser inevitablemente al fin “*partial*”, sea siempre imparcial.

Como la forma de los repartos se legitima por la *audiencia*, sea ésta procesal o negocial, la audiencia es el sendero valioso para el funcionamiento de la norma. Sobre todo en la *forma procesal judicial*, el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis tienen cauces en cierta medida preestablecidos. Entonces en principio no se produce el funcionamiento común sino el funcionamiento procesal.

16. Como parte de la legitimación del régimen mediante el humanismo, el funcionamiento ha de ser *humanista*. Lo que “funciona” es la vida de la gente a través de los repartos y las normas. El funcionamiento normativo indebido puede ser expresión de totalitarismo. V. gr. la interpretación indebida puede ser sendero para la mediatización de los individuos interesados en ella.

Una de las rutas relativamente habituales de la mediatización es la incorrecta subsunción, dado que el control de los hechos suele ser más difícil que el referido a las normas. Si bien el *fraude a la ley* (*fraude a las normas*) puede viciar todo el funcionamiento, es más fácil por la manipulación de los hechos en la subsunción. El fraude a las normas, que pueden cometer particulares, jueces, administradores, etc., no

18 Esto contribuye a explicar la causa por la que Dworkin se refirió al juez “Hércules” (puede v. DWORKIN, op. cit., por ej. págs. 177 y ss., esp. 190).

19 Acerca de la “ilusoria seguridad jurídica” puede v. por ej. Kelsen, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, pág. 171.

sólo mediatiza a las normas y sus repartidores sino a los beneficiarios²⁰.

17. La multiplicidad de tareas del funcionamiento contribuye a la diversidad reclamada por la *unicidad* que, junto a la igualdad y la comunidad, son exigencias del régimen humanista. Sea cual fuere la solución que se adopte, distinguir el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis y diversificar el papel del autor de la norma respecto del rol del encargado del funcionamiento contribuye al respeto de las particularidades.

18. La diferenciación de las tareas en el funcionamiento contribuye a la protección del individuo *contra el régimen*. Las diversidades se interrelacionan con la *división de poderes* y tienen gran valor como un medio para la realización de la justicia. A menudo el autor es el legislador y con frecuencia los aplicadores son jueces y administradores.

El funcionamiento debe contribuir a la protección del individuo respecto de todas las amenazas que puede recibir de los demás individuos, él mismo y todo “lo demás”. Al fin hay que obtener un funcionamiento realizador de la justicia.

III. Horizonte del funcionamiento normativo en la complejidad de la teoría trialista del mundo jurídico en cuanto a las ramas del mundo jurídico

19. Una de las expresiones del complejo funcional es la complejidad del funcionamiento en las distintas *ramas jurídicas*. Por ejemplo: en el Derecho Privado suele ser viable la integración analógica que el Derecho Penal liberal impide, al menos cuando se pretende en contra del reo.

El equilibrio cambiante entre las ramas se manifiesta en un equilibrio cambiante en el funcionamiento normativo. En contraste con el liberalismo penal, hoy la formación del Derecho Penal Internacional promueve la producción de carencias dialógicas contra

20 Una expresión del fraude que también tiene sentido totalitario, y no siempre recibe la atención debida, es el *fraude mediante la ley (fraude mediante las normas)*, que ha de conducir a su desconocimiento, principalmente por el encargado del funcionamiento. A veces se dictan normas, por ejemplo legales, para inducir a error a la población. Hay normas que son meros espectáculos, en ciertos casos fraudulentos. Puede v., por ej., nuestro artículo “Las fuentes de las normas”, en “Revista de la Facultad de Derecho” (UNR), N^{os} 4/6, págs. 232 y ss. (también en “Zeus”, 6/IX/1983, t. 32, págs. D-103 y ss.).

los reos, que facilitan la reprochabilidad mundial de ciertos delitos²¹.

El reconocimiento funcional de los alcances a atribuir a las normas suele requerir que las ramas jurídicas tradicionales (Derecho Constitucional, Internacional, Administrativo, Penal, Procesal, Civil, Comercial, del Trabajo, etc.) sean enriquecidas con *nuevos planteos* “transversales” (como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, etc.).

En nuestro tiempo parece haber en general un avance del estilo de funcionamiento constitucional, relativamente democrático, dinámico y referido a principios, respecto del funcionamiento de las otras ramas.

21 Es posible consultar nuestros artículos “Pronunciamientos judiciales en un tiempo de hondo cambio histórico”, en “Jurisprudencia Argentina”, 1/12/2004, págs. 65/8; “Perspectivas integrativistas trialistas para la comprensión del derecho penal internacional”, en “Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional”, t. 18, págs. 309/31.

SIGNIFICADOS DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se utiliza la propuesta de construcción integrativista tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, que incluye una realidad de repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica a la vida humana) captados normativamente y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia, para considerar la significación de la fundamentación de los derechos humanos.

Palabras clave: Significados - Fundamentación - Derechos humanos - Integrativismo - Tridimensionalismo - Teoría trialista del mundo jurídico.

Abstract: The proposal used consists in the integrationist, “tridimensional” construction of the Trialist Theory of the Juridical World. This includes the social reality of allotments of power and powerlessness (which favours or is detrimental to human life), grasped by norms and assessed by a complex of values which culminates in justice. All this in order to consider the signification of the fundamentation of human rights.

Key words: Meanings - Fundamentation - Human rights - Integrationism - Tridimensionalism - Trialist Theory of the Juridical World.

I. Nociones básicas

1. La comprensión del tema a desarrollar en el panel en que intervendremos en las próximas XXII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (“¿Fundamentación de los derechos humanos?”) requiere, en ciertos sentidos, establecer los significados de las expresiones “fundamentación”, “derechos” y “humanos”¹. Por

* Ideas básicas para la exposición del autor en el panel ¿Fundamentación de los derechos humanos? que se desarrollará en las XXII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social a llevarse a cabo en la Universidad Nacional de Tucumán.

** Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador principal del CONICET.

¹ En relación con el tema cabe recordar, del autor, “Notas trialistas para la sistematización y la ubicación histórica de los fundamentos de los Derechos Humanos”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 23, págs. 49 y ss.; “Nota sobre la perspectiva axiológica de los derechos humanos”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 15, págs. 61 y s.; “Los derechos humanos en el trialismo”, en “El Derecho”, t. 129, págs. 955 y ss.

ejemplo: la palabra “fundamentación” remite a lo profundo o lo hondo de un complejo donde existen la fundamentación y lo fundamentado²; el término “derechos” lleva a considerar por una parte qué se entiende por Derecho en general y cuál es la relación entre derechos y deberes; la expresión “humanos” conduce a pensar qué es la humanidad, quiénes somos. De alguna manera, el centro de gravedad de lo expuesto puede hallarse en “derechos humanos”, sin embargo en nuestro caso, apoyándonos en los interrogantes, nos preguntaremos en qué consiste la fundamentación, *qué significa preguntarse* por la fundamentación de los derechos humanos.

La referencia a la fundamentación misma y a los derechos humanos depende de los alcances de diversas posiciones más voluntaristas o racionalistas y positivistas o jusnaturalistas. En nuestro caso, pensamos que las discusiones entre voluntarismo y racionalismo y entre positivismo y jusnaturalismo, a la que fácilmente nos lleva nuestro título, suele repetir argumentos replanteados desde hace muchos siglos con diversos grados de penetración, pero al fin sin lograr superar el debate mismo.

Positivistas y jusnaturalistas hay desde tiempo inmemorial y parece que siempre los habrá. Sin embargo, a nuestro entender el debate al respecto puede superarse si se adopta una posición integrativista tridimensionalista *trialista*, sobre todo si esta teoría es adoptada como una propuesta construida para responder a intereses compartibles³.

El trialismo integra positividad y despliegues de justicia proponiendo construir el objeto jurídico con repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica al ser, especialmente a la vida humana) (*dimensión sociológica*), captados por normatividades (*dimensión normológica*) y valorados por un complejo axiológico que culmina en la justicia (*dimensión axiológica*, específicamente *dikelógica*). Además de los repartos, interesan todas las otras adjudicaciones de potencia e impotencia, campo éste de distribuciones producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Las dimensiones sociológica y normológica son casi exclusivamente positivas; la dikelógica se refiere a lo que en términos de valor debe ser. Dado que nuestra posición es

2 Es posible v. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico epistemológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. III, 1980, págs. 381 y ss.

3 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico cabe c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “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/> (10-9-2008); Escuela Superior de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/> (10-9-2008).

“constructivista”, no proponemos el trialismo afirmando que el Derecho “es” según lo señalado por él, sino afirmando que es *interesante* referirse jurídicamente a esos contenidos.

Esto significa que, según la propuesta trialista, la fundamentación de los derechos humanos tiene tres dimensiones, sociológica, normológica y dikelógica, a las que nos remitiremos a continuación. Trataremos sintéticamente los “hechos”, las normas y los valores *de la fundamentación*.

En la mayor medida posible nos referiremos a la *fundamentación en sí misma*, no a los derechos humanos fundamentados, aunque cabe señalar que una y otros pueden tener influencias recíprocas⁴.

II. El fenómeno jurídico de la fundamentación de los derechos humanos

1. Dimensión sociológica

2. En la realidad social cabe reconocer “*climas de fundamentación*” constituidos por *influencias humanas difusas*. Esos climas se suceden en la historia⁵. “Antígona”⁶ y de cierto modo la obra del Padre Las Casas⁷ corresponden a climas de fundamentación más religiosos; los despliegues modernos de la fundamentación de los derechos humanos tienen más sentidos morales y económicos. En general, la referencia a los derechos humanos y su fundamentación son despliegues desarrollados por la *cultura occidental*, sobre todo en sus desarrollos *burgueses*. Un tema relevante es el de la fundamentación de

4 En cuanto a los alcances y las relaciones de la fundamentación y los derechos humanos pueden tenerse en cuenta nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación y Docencia”, N° 37, págs. 85/140).

5 Es posible c. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; también “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4 y reedición en “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” (recopilación), Rosario, Zeus, 2008.

6 El Poeta y el Hombre, Sófocles, Antígona o la ley divina, <http://www.geocities.com/Athens/Parthenon/9545/antigona.htm> (9-9-2008); Clásicos de Siempre, Sófocles, Antígona, http://books.google.com.ar/books?hl=es&id=Pi0cmIS15YoC&dq=Ant%C3%ADgona&printsec=frontcover&source=web&ots=KYy7xZ6ibg&sig=0gbOWzWm4Kb1HHC9OcRt6xwW3iY&sa=X&oi=book_result&resnum=8&ct=result#PPA21,M1 (10-9-2008).

7 Es posible c. Eumed.net, Brevisima relación de la destrucción de las Indias, colegida por el obispo don Fray Bartolomé de las Casas o Casaus, de la orden de Santo Domingo, año 1552, <http://www.eumed.net/textos/07/fbc/index.htm> (9-9-2008).

los derechos humanos dentro de la complejidad de la cultura occidental y la complejidad de la relación de esta cultura con otras (v. gr. la cultura musulmana). La burguesía contribuyó de manera muy destacada a formar el Estado moderno y luego lo “acosó”, en parte a través del reclamo de derechos humanos. De alguna manera puede decirse que, con cierta “dialéctica”, a una relativa debilidad de los derechos humanos le han sucedido una fuerte afirmación moderna y hoy la pregunta por su fundamentación. Es importante atender a la caracterización que se ha hecho de nuestro tiempo como edad de los derechos⁸.

En nuestro tiempo de *cambio de era de la historia*, motivada sobre todo por la posibilidad de manejar el patrimonio genético de la humanidad, el debate acerca de la fundamentación de los derechos humanos posee particular relevancia⁹. Asimismo es importante atender a las posiciones grupales y de *clases* desde las cuales se produce la fundamentación. La fundamentación puede desarrollarse, con significados muy distintos, según la *ubicación social* y la *clase* a las que pertenezcan quienes la hacen y la reciben.

3. En el marco de las distribuciones se producen *repartos* originados por la conducta de seres humanos determinables, que ocupan el lugar central de la dimensión sociológica. Los repartos pueden ser estudiados en cuanto a sus repartidores, beneficiarios, objetos, forma y razones. En nuestro caso, corresponde referirnos a los repartos de fundamentación de los derechos humanos.

En cuanto a los *repartidores* importa atender a quiénes fundamentan, correspondiendo distinguir según lo hagan constituyentes, legisladores, jueces, litigantes, profesores, investigadores, particulares, etc.¹⁰ Cada uno hace lo que quiere dentro de lo que puede y dice lo que quiere dentro de lo que puede (aunque debe querer y hacer lo valioso), de modo que es relevante diferenciar las fundamentaciones posibles y reales desde todas esas perspectivas. El significado de una fundamentación de derechos humanos depende también de quiénes son los interesados al respecto. Es importante considerar quiénes son los *beneficiarios*, beneficiados o perjudicados, de la fundamentación, atendiendo a todos los puntos de vista que acabamos de señalar.

Los *objetos* a los que se refiere la fundamentación de los derechos humanos son múltiples, de modo que sus despliegues “fundamentadores” también lo son. Se trata, por ejemplo de las distintas fundamentaciones de los derechos a la *vida* y la *propiedad*. La

8 BOBBIO, Norberto, “L’età dei diritti”, Turín, Einaudi, 1992. Es posible c. Centro de Estudios Norberto Bobbio, <http://www.bovespa.com.br/InstSites/educacional/NorbertoBobbio.asp> (8-9-2008).

9 Cabe c. nuestro artículo, “El cambio de era histórica desde la teoría de las respuestas jurídicas”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs. 65/76.

10 La construcción jurídica se hace desde posiciones sociales diferenciadas.

fundamentación suele ser diferente según las “generaciones” de derechos humanos de que se trate. La importancia de los objetos lleva a que algunos sean sostenidos, en ciertos discursos, como “no negociables”.

La *forma* de los repartos consiste en el camino que se recorre, principalmente de mayor o menor audiencia, antes de iniciarlos. En este ámbito, para la fundamentación de los derechos humanos tiene gran relevancia la *argumentación*. La toma de decisiones repartidoras en la fundamentación de los derechos humanos suele contener perspectivas de *proporcionalidad*, herederas de antiguas referencias a la relación entre medios y fines.

Las *razones* de los repartos conducen a considerar los *móviles* de los repartidores, las razones que *alegan* y las *razones* que en su caso les atribuye la comunidad cuando los tiene como valiosos; los tres despliegues suelen presentar relevantes diferencias. Para reconocer los tres despliegues es a menudo interesante atender comparativamente a las consideraciones de valor que incluyen.

En este trabajo corresponde referirnos a las razones de los repartos de fundamentación de los derechos humanos. A veces los móviles de quienes fundamentan los derechos humanos no coincidan con las razones que alegan ni con las razones que atribuye la comunidad cuando considera que los repartos son valiosos. Por ejemplo, suele afirmarse que el Padre Bartolomé de las Casas era de origen judío y que por esa razón el móvil de su polémica contra las prácticas españolas opuestas a los derechos humanos de los indios correspondía a una especial conciencia de perseguido o al deseo de venganza¹¹. La razonabilidad social que logró fue por mucho tiempo muy limitada. Los alegatos a favor de los derechos humanos están a menudo entrelazados con el discurso mismo del poder. La fundamentación teje, a veces conflictivamente, razones religiosas, morales, jurídicas, económicas, científicas, etc.

La historia reciente de la Argentina evidencia un importante avance, aunque a nuestro criterio no suficiente, en cuanto a la razonabilidad de los derechos humanos. Un tema donde parece que la sociedad no considera suficientemente fundados los derechos humanos es el de los que corresponden a los delincuentes, sobre todo cuando están presos. Tal vez intervengan en este sentido consideraciones que confunden el delito con el pecado; quizás también haya referencias económicas de cierto modo precapitalistas. Un despliegue significativo a favor o en contra de la fundamentación de los derechos humanos es el que se desenvuelve en los repartos de los medios de comunicación.

11 Puede v. por ej. Fray Bartolomé de las Casas, http://www.euskalnet.net/laviana/gen_hispanas/casas_bartolome.htm (9-9-2008).

4. Los repartos pueden ser *autoritarios*, desenvueltos por imposición y realizadores del valor *poder*, o *autónomos*, producidos por acuerdo de los interesados y satisfactorios para el valor *cooperación*¹². La fundamentación de los derechos humanos puede ser autoritaria o autónoma, pero en general tiende a promover un clima de más autonomía y cooperación. Es significativamente diversa del “fundamentalismo”.

5. La ordenación de los repartos, es decir la formación del régimen, puede producirse mediante la *planificación* que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos criterios de reparto, realizadora, cuando está en marcha, del valor previsibilidad. También puede generarse por *ejemplaridad*, desenvuelta a través de la razonabilidad que vincula modelos con seguimientos, satisfaciendo el valor solidaridad. La ejemplaridad comprende la costumbre y la jurisprudencia. Aunque puede ser más planificada o ejemplar, en general la fundamentación de los derechos humanos tiende a dotarlos de más ejemplaridad. Es relevante, aunque no suficiente, el grado de ejemplaridad que en la Argentina de las últimas décadas ha logrado obtener la fundamentación de los derechos humanos.

6. Los repartos pueden tropezar con *límites necesarios* surgidos de la naturaleza de las cosas. En cuanto a estos límites, cabe recordar la existencia de los factores de poder que constituyen la constitución material. Los límites pueden ser generales (físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos o socioeconómicos) y especiales (respecto de los proyectos en cuestiones vitales, que antes de cumplirse se replantean)¹³. Es relevante, en nuestro caso, saber cuáles son los límites necesarios que puede encontrar la fundamentación de los derechos humanos. Esta depende en mucho de las posibilidades y los requerimientos de la constitución material, de los obstáculos psíquicos (por ej. de mentalidad autoritaria), sociopolíticos y socioeconómicos (por estructuras excluyentes). Como en la fundamentación de los derechos humanos suele hacerse referencia a cuestiones vitales, su desarrollo suele motivar importantes replanteos.

2. Dimensión normológica

7. En la dimensión normológica de la fundamentación de los derechos humanos hay que considerar los efectos que ella puede tener para la *exactitud* que brinda el

12 Los derechos humanos son en general limitaciones a la autoridad y al poder, aunque sea produciendo otra autoridad y otro poder.

13 Cuando hay límites necesarios no es correcto ignorarlos, sino construir las condiciones para superarlos.

cumplimiento de las normas. También es relevante conocer cuál es el “*impacto*”, es decir la “*proyección*”, que la fundamentación puede producir en los otros derechos humanos y los complejos normativo y fáctico en general. En nuestro tiempo, el impacto de la fundamentación posee gran importancia.

8. En cuanto a las *fuentes* de las normas, la fundamentación de los derechos humanos ha encontrado mayor campo de desarrollo y asidero a medida que éstos han subido en la jerarquía respectiva, alcanzando con más contenidos el nivel constitucional y logrando en general más consagración en tratados internacionales. Cabe recordar que una de sus mayores consagraciones históricas de derechos humanos estuvo en la célebre “*declaración*” de 1789 y hoy son, en gran medida, derecho positivo de nivel supremo. También es importante el papel que en el desarrollo de la fundamentación de los derechos humanos tienen las fundamentaciones de las declaraciones de derechos y de las sentencias.

Las fuentes y las normas respectivas son a veces más “*reales*”, en cuanto efectivamente se procura repartir de inmediato; *programáticas*, si se piensa en lograr realizaciones futuras; de *propaganda*, cuando se procura convencer en ese sentido, y “*espectáculo*”, si no se piensa en ninguna realización y se pretende engañar a través de ellas¹⁴. También hay fundamentaciones, en este caso de derechos humanos, con los cuatro sentidos referidos. Es particularmente grave cuando se trata de espectáculos, como quizás lo sean en la Argentina las fundamentaciones de los derechos humanos de los delincuentes. Sin embargo, el despliegue de la fundamentación puede contribuir a denunciar y superar los espectáculos.

9. Para que los repartos proyectados captados por las normas se realicen, es necesario que las normas *funcionen*. El funcionamiento de las normas abarca tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Ha de considerarse aquí el papel funcional que tiene la fundamentación de los derechos humanos. Si bien ésta se muestra en todas las tareas, es destacable su presencia en el uso de los *principios* en la interpretación, la determinación, la elaboración y la argumentación.

10. La captación de los repartos proyectados que hacen las normas significa que simultáneamente los describen y los *integran*. La integración se produce mediante

14 Es posible c. por ej. nuestro trabajo “Las fuentes de las normas”, en “Revista de la Facultad de Derecho” (UNR), 4/6, págs. 232 y ss. (también en “Zeus”, 6/IX/1983, t. 32, págs. D-103 y ss.). Vale considerar si los espectáculos deben ser suprimidos o utilizados para revertir el engaño.

conceptos que incorporan sentidos y dan precisión a la realidad. Los conceptos pueden ser más *institucionales*, cargados de ideología e indisponibles, o más *negociales*, con menos carga ideológica y más disponibles por los particulares. La fundamentación de los derechos humanos puede tener más afinidades institucionales o negociales, pero en general abre caminos negociales.

3. Dimensión dikelógica

11. Werner Goldschmidt, fundador del trialismo originario, brindó tanta importancia a la *justicia* en el mundo jurídico que a la dimensión de valores la llamó “dikelógica”. Según la propuesta que formulamos, el mundo jurídico ha de abarcar un complejo de valores que incluyen a los ya mencionados, pero también, bajo el predominio de la justicia, la utilidad, la verdad, el amor, la salud, la belleza, etc. Asimismo cabe hacer referencia al valor *santidad* y por sobre todos los otros valores a nuestro alcance puede incluirse a la *humanidad*¹⁵, el deber ser cabal de nuestro ser, que se realiza –no acabadamente– en esos otros valores. Goldschmidt presentó a la justicia con carácter objetivo y natural. En la propuesta trialista que sostenemos, esos valores pueden construirse como puntos de partida de *interés*, sin entrar a la polémica acerca de su carácter objetivo o subjetivo, natural o cultural.

La fundamentación de los derechos humanos puede referirse más a consideraciones de justicia o de otros valores. Nos importa que la fundamentación sea valiosa, principalmente justa, aunque también útil, veraz, “amante”, etc. y quizás, de manera superior, “humana”. También puede presentarse una referencia de la fundamentación al valor *santidad*. La fundamentación útil aproxima a la Economía; la veraz a la Ciencia, etc. La fundamentación puede atender más a la objetividad o la subjetividad, la naturalidad o el carácter cultural. Sin embargo, el hecho de la fundamentación puede ser especialmente afín a la referencia constructiva.

12. La dimensión dikelógica tiene dos grandes áreas de desarrollo. Un espacio es específicamente *axiológico*, donde se consideran los despliegues formales del valor prescindiendo lo más posible de los contenidos, ámbito éste en el que se puede alcanzar gran rigor metodológico (clases de justicia; despliegues de la justicia, pantonomía y fraccionamiento, etc.). Otro espacio es *axiosófico*; en él se hace referencia a contenidos que a nuestro parecer adquieren posibilidades de rigor cuando se adoptan puntos de

15 La consideración del valor *humanidad* fija de cierto modo límites a la admisión de la evolución vital.

partida consensuados. Esto significa que hay una axiología y una axiosofía de la fundamentación de los derechos humanos.

13. Siguiendo caminos abiertos por Aristóteles, en la *axiología dikelógica* cabe reconocer diversas *clases de justicia*, es decir, diversos caminos para el pensamiento de este valor. Entre dichas clases es posible apreciar la justicia consensual (cuyo pensamiento es referido al consenso) y extraconsensual; monologal o dialogal (de una o varias razones de justicia); particular o general (referida al bien común) y “de partida” o “de llegada”. La fundamentación puede recorrer estos caminos, pero en sí misma tiende a favorecer el despliegue de la justicia *consensual* y *dialogal*.

14. Como todo valor, la justicia posee tres *despliegues*: vale, valora y orienta. Se trata así de la *valencia*, que consiste en un deber ser puro (la justicia debe ser); la *valoración*, que brinda un deber ideal aplicado (tal adjudicación debe ser o no ser, por ser justa o injusta) y los *criterios generales* de valor (que simplifican las valoraciones). El material estimativo que la justicia valora en el derecho ha de ser, según la propuesta trialista, la *totalidad* de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras (“pantonomía” de la justicia¹⁶). La totalidad de las adjudicaciones se refiere, entre otros despliegues, al conjunto del pasado, el presente y el porvenir. Como esa totalidad es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, resulta necesario y legítimo *fraccionar* donde no se puede saber o hacer más. Los criterios generales son muy útiles, pero pueden ser rechazables porque no sirven para los casos o porque son lisa y llanamente infundados.

La fundamentación de los derechos humanos puede contribuir al desarrollo de las valoraciones, racionalizando los fraccionamientos, y a la depuración de los criterios generales orientadores respectivos. Puede abrir vía al cambio histórico y flexibilizar en especial la referencia al porvenir¹⁷.

15. Para el desenvolvimiento de la *axiosofía dikelógica* es necesario construir un punto de partida de contenido. Proponemos adoptar, con carácter construido, válido sólo entre quienes lo aceptemos, el principio supremo sostenido por Werner Goldschmidt con carácter objetivo y natural de que se debe asegurar a cada cual una esfera de libertad

16 Pan= todo; nomos= ley que gobierna.

17 Es posible v. nuestros trabajos “Acerca de las características y la dialéctica de los valores”, en “Investigación...” cit., N° 24, págs. 5 y ss.; “Reflexiones sobre los valores jurídicos en una sociedad en transformación”, en “Zeus”, t. 6, págs. D-25 y ss.

dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad¹⁸. Este principio permite reconocer despliegues del reparto y el orden justos. En nuestro caso, hay que reconocer la justicia de los repartos y el orden de la fundamentación de los derechos humanos.

16. La justicia de los *repartidores* puede producirse por acuerdo de los interesados (*autonomía*), por acuerdo de la mayoría (*infraautonomía*, por ejemplo en la democracia) y por superioridad moral, científica y técnica (*aristocracia*). Aunque puede tener carácter aristocrático, en general la fundamentación de los derechos humanos aproxima a la autonomía o la infraautonomía de los repartidores. Vale recordar, en afinidad con lo expuesto, las relaciones que la teoría bobbiana estableció entre derechos humanos, democracia y paz¹⁹. El cumplimiento cabal de los derechos humanos y de la democracia puede ser favorecido por la fundamentación que nos ocupa²⁰.

En cuanto a las razones de los repartos, la justicia es *fundamentación*. La fundamentación es siempre un derecho. La fundamentación de los derechos humanos es de cierto modo también un derecho humano.

17. Según el principio supremo cuya adopción hemos propuesto, el régimen ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, es decir, debe ser *humanista*. La fundamentación de los derechos humanos contribuye a tener a cada individuo relacionado con ella como un fin y no como un medio, es decir, aporta a la realización del humanismo.

El régimen justo debe atender a rasgos de *unicidad, igualdad y comunidad* de todos los hombres. Las tendencias desbordadas a la unicidad (particularidad) y a la igualdad (“universalidad”) de los seres humanos pueden agredir a los hombres concretos. Es posible que la fundamentación de los derechos humanos contribuya a encontrar el equilibrio justo entre las tres exigencias. Uno de los despliegues de los derechos humanos y de su fundamentación que suelen resultar agresivos es la invocación de la universalidad en desconocimiento de las respetables particularidades individuales y grupales. Esto sucede con frecuencia con las minorías.

La realización del régimen de justicia requiere *proteger* a los individuos contra

18 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág.417.

19 Cabe c. BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos en el pensamiento de Norberto Bobbio. Entre realismo y utopía”, trad. Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar, <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2198/5.pdf> (9-9-2008).

20 Puede c. 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. 79/92.

todas las amenazas, de los demás individuos como tales y como régimen, quizás de sí mismos y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). La fundamentación de los derechos humanos es un despliegue importante para alcanzar la protección del individuo, pero también para resguardar contra los derechos humanos (v. gr. evidenciando sus limitaciones). A veces la invocación indebida de los derechos humanos es una agresión contra los seres humanos concretos.

18. No sólo los derechos humanos sino su fundamentación son desarrollos muy importantes que, a través de grandes dolores, ha alcanzado la cultura occidental. Son parte de su constitución compleja. Nos *interesa* atender a ellos.

JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN LAS RELACIONES JURÍDICAS CONCLUIDAS POR INTERNET

LUCIANA PAULA MARTÍNEZ - ALEJANDRO ALDO MENICOCCHI *

Resumen: Las dimensiones del espacio y el tiempo, vitales para la existencia del derecho internacional privado, han perdido gran parte de su trascendencia con Internet. El presente estudio no pretende ser un tratamiento exhaustivo del problema sino acusar el impacto que la red tiene en el sistema de derecho internacional privado de fuente interna y convencional argentinos y examinar la idoneidad de este último en orden a captar la nueva realidad. Se examina la posibilidad de mantener la materia dentro del derecho internacional privado tradicional (entendido como conflicto de leyes y de jurisdicciones) o, por el contrario, de ser objeto de normas materiales. Se destacan los intentos de “sustracción” a la jurisdicción ordinaria con la existencia de un régimen de solución de controversias “virtual”. A continuación, se aborda el tratamiento posible dentro del derecho positivo vigente y las soluciones brindadas en el derecho comparado. Finalmente, se pasa revista a la actualidad en el derecho comparado, especialmente, en la doctrina y la labor de las organizaciones internacionales. Por último, se señalan algunos aspectos que, con carácter de proyecto, existen en el derecho argentino.

Palabras clave: Jurisdicción - Derecho aplicable - Internet - Comercio electrónico - Tiempo - Espacio.

Abstract: By the present study, the authors do not intend to build a system of Internet Private International Law, but analyze how the traditional standards of Jurisdiction and applicable Law can deal with Internet. Time and space, considered as grounds where Private International Law was conceived, have lost their importance with the impact of Internet, and that circumstance provokes a reflection about Private International Law's capability to solve net legal problems. The study makes a brief reference of the intent of those who try to remove Internet legal problems from the conflict of laws area, and those which, notwithstanding its novelty, make an effort to keep it into the province of Private International Law. The law regime of Argentina –Treaties of Montevideo on International Civil Law (1889 and 1940) and the Civil Code– is qualified reasonable, but it requires a certain degree of a flexible construction. To solve that task, compared legal systems, doctrine and proposals of harmonization and unification are examined. The article ends with the Argentine draft of E-commerce Law.

Key words: Jurisdiction - Applicable Law - Internet - E-commerce - Time - Space.

* Profesores de Derecho Comercial y Derecho Internacional Privado, respectivamente, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Este artículo responde a las ideas básicas sostenidas en el XVII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIII Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Luís María Drago”, Catamarca, Universidad Nacional de Catamarca, 23 a 25 de octubre de 2003. E-mail: menicocci@abogados.com.ar

I. Derecho vigente aplicable a las relaciones jurídicas concluidas por internet

¿Qué características tiene “Internet” a los fines de satisfacer los requerimientos de la justicia en orden a una jurisdicción y ley aplicables? Las comunicaciones a través de redes de computadoras han disminuido el significado de las dimensiones del tiempo (habida cuenta que la información se conoce casi instantáneamente) y del espacio (ya que poco importa el alejamiento físico de aquel con quien entremos en una relación jurídica, sea contractual o delictual). En función de ello, la primera pregunta que cabe hacerse es si concurren los presupuestos para que el problema sea abordado desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, entendido éste como conflicto de leyes y de jurisdicciones.

1. ¿Normas de conflicto o normas materiales para Internet? ¿Jurisdicción real o virtual?

La revolución que la difusión masiva de Internet ha producido, ha inclinado a un sector de la doctrina a la adopción de reglas que, con analogía a la “*lex mercatoria*”¹, se construyan a partir del método directo, con magistrados virtuales que dirimirían sus conflictos a través de medios también electrónicos. Se trataría, en última instancia, de un Derecho exclusivo para los problemas jurídicos originados en la red. Creemos que, maguer la novedad y simplicidad de la propuesta, la solución merece algunos reparos. En primer lugar, porque detrás de los ordenadores hay personas, ubicadas espacial y temporalmente en un Estado y tributarias de una cultura particular (pese a la red). Paralelamente a ello, no puede aún afirmarse la existencia de reglas susceptibles de calificarse como *lex mercatoria*², en tanto carecen del elemento subjetivo y objetivo propios del derecho consuetudinario. Luego, los problemas que se plantean son jurídicos, no técnicos, de allí que la respuesta a aquéllos debe provenir del Derecho: urge no olvidar su naturaleza³. Consideramos esta premisa como inexcusable para cualquier propuesta que pretenda efectuarse relativa al tópico.

1 Puede v. MENICOCCHI, Alejandro Aldo, “La *lex mercatoria* y el DIPr”, en GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, Bs. As., Abeledo Perrot, en prensa.

2 BARIATTI, Stefania, “Internet: aspects relatifs aux conflits de lois”, en “RDIPP”, Anno XXXII, N° 3 (1997), págs. 549 y ss.

3 De lo contrario, se cumpliría la predicción vaticinada desde los sectores tecnológicos, que en forma más que elocuente han manifestado por ejemplo, lo siguiente: “(...) tengo la sensación de que la justicia se comporta como un pez casi muerto, aleteando sobre un muelle. Está boqueando, falto de aire, porque el mundo digital es un lugar diferente. Casi todas las leyes fueron concebidas en y para

2. Contratos sobre cosas y contratos sobre “bytes”. Internet como objeto de relaciones jurídicas

A diferencia de lo que ocurre en el plano delictual, en la órbita contractual será menester distinguir si el objeto de la relación jurídica se refiere a información que puede ser suministrada por la red (esto es, “bytes” que guardarán una imagen, un diseño, una composición musical o un servicio sobre mi ordenador) o si la red ha sido utilizada solamente como medio para formalizar un contrato (al igual que cualquier otro soporte). En este último caso, las reglas de conflicto establecidas para los contratos no presentan, en general, mayores dificultades que las que se plantean para cualquier otro contrato. Hecha esta distinción, pasaremos al examen de la jurisdicción y la ley aplicables en los planos extracontractual y contractual.

3. Jurisdicción internacional

Podemos decir, con Goldschmidt⁴, que cuantos más fueros se ponen a disposición del actor, más cómoda le será la realización de sus peticiones. Asimismo, es necesario asegurar un adecuado acceso al debido proceso, que no se da cuando concurren el *forum shopping* o se generan jurisdicciones exorbitantes. Sabemos que, tanto en fuente interna como en el ámbito convencional, la pauta general de jurisdicción internacional la constituye el domicilio del demandado, idóneo para satisfacer las expectativas del actor (en orden a que el demandado tendrá allí bienes) y las del demandado (ya que no podrá aducir carecer del debido proceso frente a los jueces de su propio domicilio). La red plantea aquí las siguientes características. Mientras que tradicionalmente existen “domicilios o lugares físicos” que las partes conocen y que cumplen una función importante para establecer la pauta universal de demandabilidad (en el contrato o hecho ilícito), en “Internet” no se conoce, en principio, el domicilio de quien produce el daño o compromete una prestación⁵. Lo más próximo que tenemos es el sitio “web”. Sin embargo ¿Puede

un mundo de átomos, no de bits” (NEGROPONTE, Nicholas, “Ser digital (being digital)”, 9ª ed., Bs. As., Atlántida, 1999, pág. 8.

4 GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia”, 8ª ed., Bs. As., Depalma, 1992, págs. 469 y ss.

5 Si bien es cierto que el domicilio del responsable de un sitio web puede ser conocido a través de la propia red (basta con acudir a la página web de la sociedad Network Solutions para, a través del link correspondiente, conocer el nombre del responsable del sitio web y el domicilio que el mismo ha denunciado como propio), ello no garantizará en todos los casos la posibilidad de conocer un domicilio válido a los fines procesales legales, toda vez que: a) la propia sociedad Network Solutions informa en su sitio web que no garantiza la exactitud de la información suministrada ni tampoco que

equipararse la existencia de un sitio *web* al domicilio tradicional y obtenerse de allí la jurisdicción internacional?⁶

La jurisprudencia norteamericana ha analizado esta cuestión y, a los fines de decidir si una persona puede ser demandada ante el juez del lugar desde donde se abrió su página *web*, se ha evaluado el grado de “interactividad” del sitio⁷. Se ha resuelto que si el sitio *web* es de estructura pasiva, no sería posible demandar al responsable de la página *web* en el lugar desde donde la misma es abierta⁸, mientras que si éste es de estructura interactiva, se ha asumido que el responsable de la página *web* sea demandado en el lugar de la apertura de la página.⁹ En materia delictual, los tratados de Montevideo –en virtud de la regla del paralelismo contenida en los artículos 56– generan una segunda pauta de jurisdicción cuál es la *ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden* (art. 38, TM 89) y en su caso, *por la ley que regula las relaciones jurídicas a qué responden* (art. 43, TM 40). Cabe aclarar que en las II Jornadas Argentinas de DIPr de la AADI (Santa Fe, mayo 1998) hubo consenso en que por “producción” del hecho ilícito podía tomarse no sólo el lugar donde aquél se desencadena sino también el lugar donde se producen sus efectos.

En la órbita contractual, la situación se relativiza si las partes han efectuado una prórroga de jurisdicción¹⁰. Y decimos se relativiza porque no desaparece, ya que esta

la misma sea completa b) porque para registrar un sitio web basta con sólo indicar una casilla de correo, no constituyendo ésta “domicilio” en la mayoría de las legislaciones.

- 6 Estos interrogantes son planteados por BURSTEIN, Matthew, “Global Network in a Compartmentalised Legal Environment, Which Court Decides? Which Law Applies?”, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, pág. 26.
- 7 “Developments in the Law of Cyberspace”, en “Harvard Law Review”, s/d., N° 112, 1999, pág. 1699. Se analizan allí los distintos criterios de jurisdicción aplicados por las cortes norteamericanas y señalan que “...en los últimos dos años ha emergido un moderado consenso: las cortes que reconocen jurisdicción personal examinan el nivel de ‘interactividad’ de un sitio web particular y la presencia de cualquier actividad adicional relacionada con el forum”.
- 8 En “Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com. Inc”, 952 F. Supp. 1119, 1123-24, (WD Pa. 1997), se resolvió que no había jurisdicción para juzgar a un individuo que simplemente usaba un sitio web pasivo que hacía poco menos que poner información a disposición de aquellos que estuvieran interesados en leerla. En el mismo sentido, los tribunales norteamericanos han resuelto que “se requiere algo más que un ‘sitio web pasivo’ para que la jurisdicción sea apropiada” (Cybersell v. Cybersell, 130, F3d 414, 418 (9th Circuit 1997) (op. cit. en la nota 7, pág. 1699).
- 9 En “Patriot Sys Inc. v. C-Cubed Corp.”, 21 F. Supp. 2d 1318, 13124 (D Utah, 1998) el juez asumió jurisdicción en un caso en que el individuo a ella sometido “claramente realizaba negocios a través de Internet” (op. cit. en la nota 7, pág. 1699).
- 10 V. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “Internet y derecho aplicable”, en <http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip040924-g.asp>; OYARZÁBAL, Mario J. A., “International electronic contracts - A note on Argentine Choice of Law Rules”, en “The University of Miami Inter-American Law Review”, vol. 35, N° 3, págs. 499 y ss.; “Juez Competente y Contratos

prórroga puede ser considerada inválida para determinados contratos (v. gr., los negocios de consumo¹¹). No ejercida la prórroga, será menester acudir a las pautas generales de jurisdicción en materia contractual¹² y ya nos hemos referido al domicilio. Consideremos ahora el lugar de cumplimiento del contrato. Como sabemos, ésta es pauta de jurisdicción internacional en la órbita de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 (por aplicación de la regla de los arts. 56 de ambos) y también lo es en fuente interna (arts. 1215 y 1216 del CC). ¿Dónde se cumple un contrato celebrado a través de la red? Como se dijo al comienzo, si la prestación no puede ser efectuada a través de la red, operando ésta sólo como un medio de formalización del contrato, serán de aplicación las reglas generales (arts. 32 y 33, TM 89, arts. 36 y 37 TM 40; arts. 1215 y 1216 CC). Si, por el contrario, la transacción realizada por vía electrónica se satisface por su “descarga” en la red (v. gr., de la imagen, la obra musical, el diseño), la situación se complica, debido a que las comunicaciones electrónicas pasan por múltiples servidores, ubicados éstos en diferentes Estados. Las partes simplemente conocerán el nombre del servidor al que ellas están suscritas, pero será improbable que conozcan la localización del servidor de aquél con quién han contratado y, mucho menos aún, por qué “lugares” pasará el “objeto” del contrato. ¿Dónde se cumple el contrato que tiene por objeto una prestación satisfecha por la descarga del objeto desde el servidor a la computadora del contratante? ¿En el servidor de la parte que ha recibido el “objeto” o en el del prestador que simplemente lo ha enviado desde su propio ordenador? Pensamos aquí que las tradicionales fuentes elaboradas para los contratos –ya convencionalmente, ya por fuente interna o inclusive, consuetudinarias– no son plenamente satisfactorias. Por un lado, porque en función de la distinción efectuada por la Corte entre “lugar de cumplimiento” a los fines de establecer jurisdicción internacional y “lugar de cumplimiento” para determinar el Derecho aplicable¹³, se podrían generar situaciones de extrema iniquidad para el demandado¹⁴. Igualmente ocurre con equiparar “domicilio del actor” al lugar

Electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, en <http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip040924-b.asp>

- 11 V. SCHÖTZ, Gustavo J., “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en Internet”, en “RDCO”, Depalma, t. 2002, págs. 23 y ss.
- 12 Puede v. MENICOCCI, Alejandro Aldo, “Jurisdicción internacional argentina en materia de contratos”, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, N^o 17/18, Rosario, 2005/2006, págs. 313 y ss.
- 13 CSJN, 20.10.98, “Exportadora Buenos Aires S.A. c. Holiday Inn’s Worldwide Inc.”, con nota de Carolina Daniela Lud, en “La Ley”, t. 2000-A, págs. 404 y ss.; CSJN, 14.9.2004, “Sniafa SAIC c. Banco UBS AG”, M.J.J., 3089.
- 14 A la luz de lo decidido por la Corte, cualquier lugar de cumplimiento de una prestación es suficiente para generar jurisdicción internacional. De resultas de ello, el actor podría llevar a cabo su

donde se ha instalado el servidor, en orden a esta pauta de jurisdicción internacional que (por muchos autores, criticada) contiene el art. 7.c) del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual¹⁵.

4. Derecho aplicable

Los problemas se agudizan cuando abordamos la ley aplicable. En materia de hechos ilícitos tendrá lugar la aplicación de la ley del lugar donde aquél se produjo. Sin embargo, tomando en cuenta que la transmisión ha sido transportada por múltiples espacios, no podrá elegirse arbitrariamente cualquier lugar por el cual la difusión del hecho se propagó para obtener de allí la aplicación de un determinado régimen legal. Habrá que acudir a aquel Derecho que razonablemente se vincule con la víctima del daño.

En materia contractual, será menester acudir a la ley elegida por las partes, en forma expresa o tácita. En defecto de ella, recurriremos a los puntos de conexión “lugar de cumplimiento” y “lugar de celebración”. El primero de éstos presenta el (ya reiterado) problema de la calificación: pensamos que recurrir a la teoría de la prestación más característica¹⁶ puede llevar al desamparo de aquellos que sólo se han limitado a pagar el precio del producto digital. Como sostuvimos *supra*, en caso que la operación tenga por objeto un producto cuya materialidad sólo reside en “bytes” (imagen, diseño, composición musical), no podrá acudirse a una aplicación analógica de los *incoterms* ni a los conceptos tradicionales de “entrega”, concebidos principalmente para “cosas”. Algunos autores entienden que en el marco de Internet la discusión correcta reside en determinar “qué constituye cumplimiento de la obligación”¹⁷. Tampoco cambia la situación si, en lugar de un objeto informático, se requiere algún servicio (v. gr. el retiro de un virus) ya que el prestador de aquél pretenderá haber satisfecho su prestación con la realización del servicio desde su ordenador.

La conexión “lugar de celebración” resultará, por otro lado, no imaginable, ya que se abordará generalmente un contrato entre ausentes. Luego, si bien el contrato celebrado por la red es entre ausentes, no menos cierto es que se trata de una ausencia relativa, ya que la comunicación (que puede incluir imagen y voz) genera una aproximación análoga a la que tienen dos sujetos cuando están frente a frente. Por otro lado, la regla subsidiaria (domicilio de las partes, art. 1214 CC) nos reitera el problema

prestación en el lugar donde piensa demandar, con sólo radicar su prestación en donde previamente ha localizado su servidor.

15 Mercosur/CMC/Dec. N° 1/1994.

16 V. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, op. cit.

17 KRONKE, op. cit., pág. 79.

relativo al domicilio que, como dijimos, es la más de las veces ignorado.

Frente al desconcierto señalado, se han desarrollado distintas propuestas de solución a las que pasamos revista a continuación.

II. Posibles soluciones en la doctrina y en la labor de los organismos especializados

1. La doctrina

La doctrina ha indicado lo que podríamos llamar tres alternativas para resolver el tema de la ley aplicable y la jurisdicción en los contratos celebrados a través de Internet: i) Unificación de las reglas de conflicto; ii) Unificación material, a través de una Convención Internacional que regule expresamente las cuestiones jurídicas vinculadas al comercio electrónico iii) Asumir que Internet tiene una jurisdicción propia y dirimir todas las disputas relacionadas con Internet en un Tribunal de Arbitraje Internacional Especial o Corte Especial creada al efecto, ya sea que éstas realicen sus procedimientos exclusivamente por medios electrónicos o por medios tradicionales o en forma mixta¹⁸. Se ha hecho notar que la primera solución es la “más flexible” y la que “prevalece actualmente”¹⁹.

Entre quienes postulan por una ley material uniforme existen a su vez quienes abogan por una “ley de Internet”, es decir, una especie de *lex mercatoria*, conformada por las costumbres y práctica continuada y aceptada de determinados usos comerciales, desarrollada por los Tribunales en base al comportamiento de los usuarios, gobiernos y la Industria de Internet en general²⁰ y aquellos que pretenden la unificación de la ley material mediante la adopción de un régimen codificado, por una autoridad internacional

18 BURNSTEIN, op. cit., pág. 27.

19 Íd.. Sin embargo, el autor referido entiende que, en función de la naturaleza “no geográfica” de Internet, resulta una mala opción resolver las disputas vinculadas a Internet por medio de una unificación de las reglas de conflicto. El autor propone que en lugar de ello deberían articularse reglas simples y fáciles de aplicar para determinar la ley aplicable, y que dichas reglas deberían ser obligatorias para las partes mediante convención o por pactar las partes que seguirán las normas propuestas en forma no vinculante por órganos consultivos internacionales.

20 Íd., pág. 29. El autor se muestra favorable a esta solución, opinión que no compartimos por los argumentos expuestos en el punto 2. A ello agregamos que si bien tal solución puede aportar seguridad jurídica en un sistema como el de “Common Law”, en el cual el “precedente” otorga seguridad jurídica por su vinculatoriedad ulterior, su trascendencia disminuye en sistemas como el nuestro, en el cual la fuente carece de idéntica jerarquía.

prestigiosa²¹. Se enmarca dentro de esta política la Ley Modelo de Comercio Electrónico elaborada por la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional y aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 51/162 del 16 de diciembre de 1996. Existe doctrina que se ha manifestado escéptica respecto de las reales posibilidades de la existencia de una unificación por medio de una Ley Modelo²². Concretamente se ha señalado que resulta improbable que USA y Europa Occidental puedan ponerse de acuerdo con los países en vías de desarrollo sobre la medida adecuada de protección de los derechos intelectuales en el marco de Internet, por existir importantes intereses económicos y políticos en juego. Nos permitimos responder que si bien es cierto que las probabilidades de que los países adopten una “Ley Modelo” que regule el comercio electrónico no son altas, no resulta menos cierto que la mayoría de las iniciativas internacionales que pretenden regular ya sea el comercio electrónico o la ley aplicable o la jurisdicción en contratos celebrados a través de Internet, excluyen expresamente del ámbito de aplicación de la futura normativa aquellas cuestiones vinculadas a los derechos de autor, marcas y/o propiedad intelectual o aquellas referentes al derecho del consumidor. De manera tal, que excluidos tales tópicos, la probabilidades de la sanción de una Ley Modelo no son utópicas. Pensamos que la participación de nuestro país en los foros internacionales en los cuales se discute las futuras normativas resulta altamente recomendable.

Una “tercera vía” sostiene que las disputas relacionadas con Internet debieran ser resueltas por Cortes especiales que se dediquen exclusivamente a esa materia. Algunos autores, inclusive, pregonan que tales Cortes o Tribunales Arbitrales resuelvan los conflictos por un procedimiento llevado a cabo exclusivamente en el ámbito de Internet²³. En esta orientación, “Virtual Magistrate Projet” (una organización que pretende satisfacer el desafío) cuenta con el precedente desde el año 1996²⁴.

2. La CCI

La Cámara de Comercio Internacional elaboró, en el año 2001, un documento denominado “Jurisdicción y Ley aplicable en Comercio Electrónico”, que analiza cuestiones vinculadas a las transacciones realizadas *on line* y a la protección de los consumidores en tal contexto, pero excluye expresamente de su análisis (al igual que las

21 Íd..

22 Íd., pág. 30.

23 Íd..

24 V. <http://www.vmag.org/docs/press/052196.html> (10-2003), en donde se hace referencia al caso resuelto en mayo de 1996.

demás iniciativas internacionales), temas vinculados a la propiedad intelectual²⁵ y los “e-terms 2004”.

3. *Uncitral*

La Ley Modelo de UNCITRAL fue favorablemente recibida por gran parte de la doctrina²⁶. Su objetivo es “permitir o facilitar el empleo del comercio electrónico” y el de “conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre soporte papel”²⁷. Cuenta con solo diecisiete artículos, divididos en dos partes (Comercio Electrónico en general y Comercio electrónico en materias específicas): la técnica de la ley modelo obedece a la convicción de UNCITRAL de su mayor plasticidad y agilidad en la adopción con relación al tratado internacional²⁸. Las reglas del Capítulo III tienen carácter dispositivo y responden a la práctica usualmente observada en la actualidad²⁹. Por el contrario, las del capítulo II expresan el ‘*mínimo aceptable*’ en materia de requisitos de forma para el comercio electrónico, resultando imperativas salvo que la ley nacional que incorpore las normas de la Ley Modelo indique lo contrario. Algunas soluciones son originales en materia de validez extrínseca: los conceptos de ‘escrito’, ‘firma’ u “original”, en lugar de ser ampliados, son reemplazados por el criterio del “equivalente funcional”.

25 El texto completo del documento puede verse en www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2001/jurisdiction_and_applicable_law.asp (10-2003).

26 GARCÍA DÍAZ, Carlos J., “Reflexiones respecto de algunas normas internacionales sobre comercio electrónico”, en “La Ley”, año LXIV, N° 179, 18 de septiembre de 2000, Bs. As., págs. 2/4; SARRA, Andrea Viviana, “Comercio electrónico y Derecho”, Bs. As., Astrea, 2000, pág. 324; entre otros.

27 Guía para incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, editada por Naciones Unidas.

28 Por ejemplo, el Anteproyecto de Formato Digital de los Actos Jurídicos. Comercio Electrónico, expresamente indica en el Mensaje de Elevación que se tuvo especialmente en cuenta la Ley Modelo de la CNUDMI.

29 GARCÍA DÍAZ explica: “Otro aspecto importante de la Ley Modelo es su carácter de norma supletoria de la voluntad de las partes, vale decir que éstas pueden, o no, someterse a sus disposiciones. Si bien esto no está indicado expresamente, esto fluye claramente de sus normas y muy especialmente de la Guía de la Comisión que la comenta. También surge claramente de otras leyes que han sido sancionadas al amparo de la Ley Modelo de la ONU. Este es el caso de la Ley de comercio electrónico sancionada por el Estado de California, en los EE.UU., el 16 de septiembre de 1999, cuyas normas son aplicables sólo a aquellas partes que hayan acordado realizar determinada transacción por medios electrónicos y que, además hayan decidido someterse a las normas de la ley la cual también establece que las partes pueden someterse a sus disposiciones expresa o tácitamente, lo cual puede surgir de las circunstancias que rodeen cada caso o de la conducta de las partes” (op. cit, págs. 2/4).

Tal criterio consiste en determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de los documentos sobre papel con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por el mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento en soporte papel que cumpliera idéntica función. La Ley Modelo regula también las ‘transacciones automatizadas’³⁰.

4. La Conferencia de La Haya

En la Décimo Novena Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, celebrada el día 24 de abril de 2002, la Comisión 1 del Grupo de Trabajo constituido por la Oficina Permanente tomó la decisión de constituir un Grupo Informal que tendría como objetivo preparar un texto relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial. La Comisión Uno identificó como áreas esenciales, entre otros, los acuerdos de elección de foro en casos de B2B (aplicables a los contratos celebrados por medios electrónicos)³¹. El Grupo Informal de Trabajo creado resolvió comenzar a trabajar sobre los acuerdos de elección de foro que se celebren en materia civil y comercial y en función de ello, preparó un borrador de texto para una futura Convención. Los lineamientos generales del texto son los siguientes: a) excluye del ámbito de aplicación los contratos celebrados entre consumidores, los celebrados entre comerciantes y consumidores y los contratos de trabajo (art. 1 del Proyecto); b) establece la inaplicabilidad de la futura Convención a procedimientos relativos a cuestiones civiles como capacidad de las personas y cuestiones familiares como alimentos y régimen del matrimonio. Quedan excluidas también las cuestiones vinculadas a testamentos, sucesiones, insolvencia, responsabilidad nuclear, derechos reales inmobiliarios y cuestiones societarias.

30 Así, GARCÍA DÍAZ manifiesta: “La Ley Modelo regula una situación que es típica de este nuevo mundo del comercio electrónico. Por transacciones automatizadas entendemos aquellas en las cuales el mensaje de datos, o el documento electrónico, se origina en una terminal informática sin intervención de un operador humano y será una transacción automatizada perfecta o imperfecta según quien la conteste sea, también y respectivamente, una terminal informática o un operador humano. Obviamente que siempre habrá un operador último detrás del documento o mensaje de datos desde que la terminal que opera, envía, almacena o contesta dicho mensaje habrá sido, siempre, programada por algún responsable que será una persona física o jurídica (detrás de la cual habrá personas de existencia visible) lo cual no obsta que puede darse el caso (y se da frecuentemente) que la respuesta específica al estímulo informático provenga de una máquina y no de un ser humano” (op. cit., págs. 2/3)

31 V. <http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html> (10-2003).

5. La Unión Europea

Con anterioridad a la sanción de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000, la Comunidad Europea dictó diversas declaraciones³², propuestas de directiva³³ y posiciones comunes sobre el tema³⁴ y directivas o recomendaciones relativas a aspectos parciales del comercio electrónico.³⁵ La Directiva es una norma mucho más extensa y detallada que la Ley Modelo y contiene disposiciones sobre la práctica del 'spam' (art. 7 de la Directiva)³⁶; los contratos por vía electrónica (art. 9); la información exigida en materia de contratación electrónica (art. 10) y responsabilidad de los intermediarios (art. 12 y cc.)³⁷.

6. Otras iniciativas

Si bien las iniciativas que más difusión han tenido son las de la Comunidad Europea y la de Naciones Unidas, existen otros organismos internacionales que han analizado los aspectos jurídicos del comercio electrónico y han elaborado diversos informes al respecto. La Organización Mundial del Comercio (OMC) editó un informe denominado "*Electronic Commerce and the Role of the WTO*"³⁸. El informe de la OMC

32 Declaración Conjunta de la Unión Europea y los Estados Unidos sobre Comercio Electrónico del 5 de diciembre de 1997.

33 Propuesta de Directiva sobre Comercio electrónico del 18 de noviembre de 1998.

34 Posición Común sobre la Propuesta de Directiva número 22/00.

35 Directiva 1999 / 93 / CE del 13 de diciembre de 1999 por la que se aprueba un marco comunitario para la firma electrónica; Recomendación del 8 de diciembre de 1987 (87 / 598 / CEE) de la Comisión de las Comunidades Europeas, sobre un Código Europeo de Buena Conducta en materia de pago electrónico; Recomendación del 17 de noviembre de 1988 sobre los 'sistemas de pago y en particular, las relaciones entre los titulares y emisores de tarjetas', etc.

36 Establece la Directiva que los Estados miembros que permitan la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico, garantizarán que dicha comunicación facilitada por un prestador de servicios establecido en su territorio sea identificable de manera clara e inequívoca como tal en el mismo momento de su recepción. Además, establece el art. 7 que los Estados Miembros deberán adoptar medidas para garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria (out - put) en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales.

37 Las normas del Anteproyecto sobre Formato Digital de los Actos Jurídicos. Comercio Electrónico y las de la Directiva sobre responsabilidad de los ISP son prácticamente idénticas.

38 El Comercio electrónico y el rol de la OMC, publicado en Marzo de 1998: World Trade Organization, Electronic Commerce and the Role of WTO, Special Studies 2, Ginebra, 1998.

ha merecido un excelente crítica por parte de la doctrina³⁹. La labor del Mercosur parece haberse avocado a la relación del consumo⁴⁰ y no exhibir mayor expansión⁴¹.

III. La situación en nuestro país

No existe en la República Argentina una ley específica que regule el comercio electrónico de manera general, con excepción de la relativa a firma digital⁴² y, principalmente, decretos del Poder Ejecutivo Nacional y resoluciones ministeriales que regulan determinados aspectos que se suscitan como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías a la sociedad⁴³. El sector político argentino ha advertido la “laguna normativa” actual y ello ha originado la redacción y presentación en el Congreso de diversos proyectos de ley que proponen incorporar normas tendientes a la regulación del comercio electrónico y otros aspectos de la sociedad de la información. El Anteproyecto de Ley “Formato Digital de los Actos Jurídicos. Comercio Electrónico” ha sido elaborado en el ámbito de Subsecretaría de Relaciones Institucionales, dependiente de la Secretaría de Coordinación General, y se ha inspirado básicamente en tres principios: a) promover la compatibilidad con el marco jurídico internacional ⁴⁴b) asegurar la neutralidad tecnológica c) principio no discriminatorio consistente en garantizar igualdad en el tratamiento jurídico del uso de las nuevas tecnologías de

39 CARRASCOSA LOPEZ, V., POZO ARRANZ, M. A. y RODRIGUEZ DE CASTRO, E. P., “La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos”, 3ª ed., Granada, Comares, 2000, pág. 105.

40 CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, Lilia María del Carmen, “Comercio electrónico: ¿reglamentación internacional a partir del Mercosur?”, en <http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip040924-c.asp>

41 PALAZZI, Pablo y PEÑA, Julián, “Comercio Electrónico y Mercosur”, en “Revista del Derecho Privado y Comunitario”, N° 17, Rubinzal-Culzoni, mayo 1998, pág. 438.

42 Ley 25.506 y decreto reglamentario 2.628/02.

43 Se ha comenzado a utilizar el término “sociedad de la información” para hacer referencia a los cambios que se han producido en la sociedad como consecuencia de la aparición de redes de computadoras como Internet, y otros avances en las telecomunicaciones y la informática. Utilizan tal término: el decreto 252/00 del PEN; el Mensaje de Elevación del Anteproyecto de Ley Formato Digital de los actos jurídicos. Comercio electrónico, elaborado por la Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretaría de Coordinación General, Subsecretaría de Relaciones Institucionales y SARRA, (“Comercio...” cit., pág. 22), entre otros muchos autores.

44 A los fines de lograr tal cometido, el anteproyecto ha tenido en cuenta –según indica en su extenso y erudito Mensaje de Elevación– los principales modelos de legislación comparada: La ley Modelo sobre Comercio electrónico de la CNUDMI, la Directiva de la Unión Europea sobre Comercio Electrónico, las disposiciones de la Organización Mundial del Comercio y las Recomendaciones de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, entre otros organismos internacionales.

procesamiento de la información.⁴⁵ El Anteproyecto establece su ámbito espacial pasivo (art. 2), al declararlo aplicable *“a todos los actos jurídicos que previstos en cualquier legislación produzcan efectos en la República Argentina”*. El art. 43 del Anteproyecto referido a la “jurisdicción” establece que *“las normas generales y especiales de protección a consumidores o usuarios y las disposiciones específicas en la materia contenidas en la presente ley son aplicables siempre que la aceptación de la oferta se haya efectuado en la República Argentina, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato”*. En materia de responsabilidad de los ISP⁴⁶ elimina la posibilidad de responsabilidad directa de aquellos⁴⁷ y limita la responsabilidad por el contenido de los documentos almacenados estableciendo que el ISP no será responsable por el contenido de los documentos almacenados si: a) desconoce que el contenido de la información es ilícito b) retira o bloquea el acceso a la información inmediatamente de tomar conocimiento de su carácter ilícito. Contiene, a su vez, una disposición que reprime los abusos tecnológicos que pueden generarse (art. 32), estipulando que las denominadas comunicaciones comerciales “no solicitadas”⁴⁸ deberán *“ser pasibles de ser claramente identificables como tales por los receptores, e incluir una opción automática de exclusión voluntaria de la lista de destinatarios, sin necesidad de acceder al contenido de la información de que se trate”*. Más allá de algunas modificaciones que habría que implementar a los fines de obtener una unificación normativa en materia de ley aplicable y jurisdicción internacional, su adopción acarrearía un significativo avance en la materia.

45 Este mismo principio es el que adopta la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

46 El Anteproyecto denomina a los ISP como “prestadores de servicios intermediarios”.

47 La solución del Anteproyecto es idéntica a la adoptada en el art. 12 de la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico. El anteproyecto en el art. 34 establece que: “El prestador de servicios intermediarios de transmisión de datos no será responsable por el contenido de las comunicaciones que transmite si no es él mismo el originante; ni es él mismo quien seleccione el destinatario; ni es él mismo quien seleccione o modifique los datos transmitidos”.

48 Comúnmente identificadas con el término “spam”.

NOTAS SOBRE EL CONSTRUCTIVISMO EN LA TEORÍA TRIALISTA DEL DERECHO

SILVINA PEZZETTA *

Resumen: En este trabajo se intenta poner de relieve el marco teórico utilizado en la teoría trialista y los aportes desde el constructivismo que modificaron sustancialmente la dimensión dialéctica de ésta. La finalidad de tal tarea consiste en explicitar cómo influyó el cambio de paradigma en la teoría y sugerir caminos para pensar una construcción del marco teórico del trialismo.

Palabras claves: Marco teórico - Teoría Trialista del Derecho - Constructivismo.

Abstract: In this paper we wanted to highlight both the theories that support the Trialist Theory of Law and the new contributions from the constructivism theory which has changed deeply the philosophical theory that holds the Trialist Theory. The goal of this work is to show the influence of the new theory of values and to suggest some paths to rethink the general theory that holds the Trialist Theory.

Key words: General Theory - Trialist Theory of Law - Constructivism.

I. Introducción

Toda teoría que pretenda dar cuenta de un determinado fenómeno, se adscriba o no la calidad de científica más o menos fuertemente, parte de un marco teórico. Éste es construido tanto con teorías que poseen un grado de abstracción importante –los paradigmas filosóficos– como por teorías denominadas substantivas. En el caso que aquí nos interesa, Werner Goldschmidt ha explicitado cuáles han sido los antecedentes de su teoría en su obra “Introducción Filosófica al Derecho”, donde delinea con cuidado su teoría tridimensional del Derecho. Originariamente, en el nivel más abstracto, se trató de una teoría asentada en el realismo genético, que postula la diferenciación entre realidad conocida y sujeto cognoscente, y que otorgaba los cimientos al marco teórico¹.

* Doctoranda en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNR. Jefe de Trabajos Prácticos de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la UNR. Becaria doctoral del CONICET.

¹ Hemos tomado la definición de marco teórico de la obra de SAUTU, Ruth y otros, “Manual de Metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología”, pág. 34, en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/campus/metodo/metodo.html>:

Disminuyendo el nivel de abstracción, basaba la dimensión dikelógica del Derecho en la teoría objetiva de los valores pero tomando el método de la filosofía de los valores de la escuela de Baden²; la dimensión dikelógica de la teoría Trialista del Derecho es la que nos interesa en particular en este trabajo. Esto porque, en el transcurso de los años la teoría ha sido revisada por el profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, quien ha propuesto la modificación sustancial de la dimensión dikelógica. De esta forma, ha virado la teoría de una metaética objetivista a una constructivista.

En este trabajo nos proponemos hacer algunos aportes para poner de relieve a que refiere el profesor Ciuro Caldani cuando menciona al constructivismo como nueva base de la dimensión dikelógica; constructivismo que también extiende a las otras dos dimensiones (sociológica y normológica). Esto en el convencimiento de que, como siempre sucede en las ciencias sociales, con el mismo nombre se suele hablar de cosas distintas. En el caso, por constructivismo se entienden diferentes teorías, no siempre compatibles entre sí.

II. Diferentes posturas constructivistas: el constructivismo epistemológico, sociológico y ético. La construcción del pensamiento

Tal como adelantáramos, bajo la voz “constructivismo” suelen señalarse diferentes teorías, la más de las veces incompatibles entre sí. Por eso, y dado que el constructivismo tiene diferentes acepciones, haremos un brevísimo paneo de sus diversos tipos. Esto para poder luego entender cual es el constructivismo que sirve de fundamento al trialismo en su versión actual. Empezaremos por el constructivismo epistemológico, cuyo nivel de abstracción es mayor. Seguiremos por el sociológico, con fuertes conexiones con el epistemológico. Luego veremos el constructivismo ético para, finalmente, detenernos en las ideas del profesor Ricardo Guibourg, expresadas en su obra

“El marco teórico constituye un corpus de conceptos de diferentes niveles de abstracción articulados entre sí que orientan la forma de aprehender la realidad. incluye supuestos de carácter general acerca del funcionamiento de la sociedad y la teoría sustantiva o conceptos específicos sobre el tema que se pretende analizar. En el nivel más general de la teoría encontramos el paradigma. Este constituye un conjunto de conceptos teórico-metodológicos que el investigador asume como un sistema de creencias básicas que determinan el modo de orientarse y mirar la realidad”.

2 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 4ª ed., Bs. As., Depalma, 1973, págs. 371 y s.

“La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas”³ que es citada por el profesor Ciuro Caldani⁴ para ilustrar algunos aspectos del constructivismo al que adhiere.

1. El constructivismo epistemológico

Vamos a dar por definida a la epistemología, en este trabajo, como la filosofía de la ciencia, entre los muchos conceptos contradictorios que podemos hallar. Creemos que esta opción nos deja más posibilidades de entender comprehensivamente tanto los aportes de epistemólogos como Popper, emparentados con escuelas como la del Círculo de Viena y posturas opuestas, como la de la epistemología alternativa de Feyerabend⁵. El término filosofía es lo que permite esta apertura vital a la hora de abarcar en el mismo concepto posturas tan disímiles.

En la tradición de la epistemología encontramos dos visiones opuestas, herederas cada una de ellas de dos teorías del conocimiento enfrentadas: por un lado, las que afirman que es posible alcanzar la objetividad y que la realidad es isomorfa a las operaciones que aplican para su descripción; por el otro lado, las que centran su mirada sobre los recursos que utilizan para describir y explicar. La primera, es la representante del positivismo y el empirismo, la segunda, está fuertemente relacionada con el idealismo⁶. Esto, hasta la aparición del constructivismo.

El constructivismo epistemológico ha intentado, con mayor o menor éxito, superar las dificultades y las discusiones sin fin de las posturas expuestas. Así, y habiendo surgido de campos tan disímiles como la psicología, la sociología, la biología⁷ o la neurofisiología sostienen que: “los conocimientos no se basan en correspondencias con algo externo, sino que son resultados de operaciones de un sistema observador, el que se encuentra ¡siempre! imposibilitado de contactarse directamente con su entorno y que, justamente por eso, conocer es una de sus operaciones fundamentales”⁸. Aunque una lectura apresurada nos haría pensar en un solipsismo o en un idealismo, el constructivismo

3 GUIBOURG, Ricardo, “La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas”, 1ª ed, 1ª reimp., Bs. As., Colihue, 2006.

4 La referencia está hecha en su obra “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, pág. 11.

5 KLIMOVSKY, Gregorio, “Las desventuras del conocimiento científico”, 5ª ed., Bs. As., AZ, págs. 371 y ss.

6 ARNOLD, Marcelo, “Teoría de sistemas y sociología: los desafíos epistemológicos del constructivismo”, en <http://www.redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/708/70801006.pdf> (18-08-08).

7 Puede verse en este tema el intento de conjugación de perspectivas en: VARELA, Francisco y otros, “De cuerpo presente. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana”, trad. Carlos Gardini, Barcelona, Gedisa, 1992, págs. 177 y ss.

8 ARNOLD, op. cit., pág. 88.

epistemológico no niega la realidad, simplemente habla de “experiencias de realidad”. Por eso mismo, está interesado en las investigaciones científicas empíricas y en la aceptabilidad de los métodos seguidos por éstas.

En definitiva, podemos decir que, las líneas convergentes del constructivismo son:

a. El conocimiento de la realidad es descriptivo y se constituye como resultado de operaciones de observación. Aquí, la importancia radica en el reconocimiento esencial que otorgan a la observación, se trata de una observación de la observación: meta observación.

b. Incluye dentro de sus investigaciones el problema del conocimiento, de ahí que sus investigaciones hagan una fuerte referencia al marco teórico, considerándolo esencial en cualquier investigación que inicien.

c. Se reconocen explícitamente las limitaciones impuestas a la observación, propias de la estructura del observador particular. No se puede avanzar más allá de la estructura del observador.

Maturana y Varela dicen, esclarecedoramente, sobre los paradigmas epistemológicos: “Hacia un lado hay una trampa: la imposibilidad de comprender el fenómeno cognoscitivo si asumimos un mundo de objetos que nos informa porque no hay un mecanismo que de hecho nos permita tal “información”. Hacia el otro lado, otra trampa: el caos y la arbitrariedad de la ausencia de lo objetivo, donde cualquier cosa parece posible. Tenemos que aprender a caminar sobre la línea media, en el filo mismo de la navaja”⁹.

2. El constructivismo sociológico o construccionismo

El construccionismo, constructivismo sociológico o socio constructivismo, con puntos en común con el constructivismo epistemológico, se constituyó como una manera de entender al conocimiento basado en su condicionamiento social. Así, una de las obras claves para entender este movimiento es “La construcción social de la realidad”, de Peter Berger y Thomas Luckmann, dónde se establecen las formas en que se desarrollan dialécticamente la realidad social y su conocimiento. En paralelo a esta corriente, diremos que las corrientes críticas, con representantes como Michel Foucault¹⁰ y también

9 MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco, “El árbol del conocimiento”, Santiago de Chile, Universitaria, 1986, pág. 89.

10 FOUCAULT, Michel, “La arqueología del saber”, 2ª ed. argentina revisada, trad. Aurelio Garzón del Camino, Bs. As., Siglo XXI, 2008.

sociólogos como Pierre Bourdieu¹¹ y Basil Bernstein, hicieron su aporte en tal sentido. El eje aquí, a diferencia de las corrientes anteriores, está puesto en la estructura social construida y condicionante del sujeto que conoce.

La fenomenología de Edmund Husserl y los trabajos de Alfred Shütz son las marcas indelebles de la continuidad con la epistemología constructivista, en el caso de Luckmann, Berger y Bernstein. Por otra parte, la sociología viene explicando desde hace décadas los fenómenos sociales y las acciones humanas a través la influencia de la estructura, como en el caso de Bourdieu. Este posicionamiento es contrapuesto a las explicaciones por medio de la agencia humana¹².

3. El constructivismo ético

El constructivismo ético se encuentra, a nuestro criterio, alejado de las teorías epistemológicas y sociológicas señaladas. Y esto, fundamentalmente, porque su basamento epistemológico es muy distinto. Así, el constructivismo ético es un movimiento compuesto por autores provenientes de diferentes escuelas, que tienen en común la predicación de la ética como producto del consenso. En otras palabras, lo que une a estos autores es la vuelta a una especie de “contractualismo”¹³. Cómo sabemos, el contractualismo está anclado aún en el realismo genético, es decir, en la diferenciación entre sujeto y objeto; la forma prevaleciente de conocimiento de esta realidad, separada del sujeto, es la razón. Por esto, es claro que no coincide con los presupuestos del constructivismo epistemológico, ni sociológico, que viéramos en el apartado anterior.

El constructivismo ético es, de acuerdo a lo expresado por Nino en “Ética y Derechos Humanos”, una concepción metaética que permite justificar racionalmente los juicios y normas morales. Ésta corriente, denominada originariamente por Rawls de esta forma, encuentra seguidores en pensadores tan disímiles como Hobbes, Kant, Hare, y Habermas¹⁴.

Para poder debatir racionalmente sobre la ética, Nino señala que hay que volver a poner el acento en la distinción entre moral positiva y moral ideal. En cualquier sociedad, nos dice, hay que hacer una separación entre una y otra a fin de poder entender

11 BOURDIEU, Pierre, “Capital cultural, escuela y espacio social”, 2ª ed. argentina revisada, trad. Isabel Jiménez, Bs. As., Siglo XXI, 2008.

12 SAUTU y ots., op. cit., págs. 43 y ss. También se puede ver, en el sentido de la superación de los paradigmas contrapuestos en la comprensión de la sociedad a BRÍGIDO, Ana María, “Sociología de la Educación”, Córdoba, Brujas, 2006, págs. 75 y ss.

13 Tom Campbell menciona a Rawls como un nuevo contractualista, en “La justicia. Los principales debates contemporáneos”, trad. Silvia Álvarez, Barcelona, Gedisa, págs. 101 y ss.

14 NINO, Carlos Santiago, “Ética y Derechos Humanos”, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1989, págs. 91 y ss.

que cosa son los juicios y actos morales. Sin moral ideal identificable, no podremos saber que actos pueden clasificarse como morales para diferenciarlos de los actos políticos, religiosos o de cualquier otra índole.

A fin de delinear un concepto de moral, dice que cada vez que se habla de ésta en una determinada sociedad no sólo se tienen en cuenta las reglas vigentes (moral positiva) y las actitudes de la gente sino que se hará referencia al discurso de sus miembros. Este discurso es una práctica social y, como tal, mudable dependiendo del tiempo y el lugar. Lo común, lo “universal” de esta práctica, radica en su función de técnica para hacer convergir ciertas conductas sobre el basamento de la coincidencia en ciertas creencias morales. Y distingue entre un constructivismo ético epistemológico y un constructivismo ético ontológico¹⁵.

En cuanto al constructivismo ético epistemológico, se trata de una postura sobre como se conoce la verdad moral. El segundo tipo de constructivismo es una declaración de la calidad ontológica de la moral. En ambos casos, se trata de construcciones teóricas que difieren de los presupuestos constructivistas epistemológicos mencionados en el apartado II, punto 1. Se trata, siempre, de posturas más o menos realistas. Por construcción se entiende aquí a la restringida actividad de sujetos definidos o definibles, de discutir sobre razones morales con un transfunde de realidad diferenciada; y este diálogo constructivo tanto puede servir como forma de conocer racionalmente el material ético como para constituirlo. En el caso de algunos autores, como Habermas, el constructivismo será tanto una manera de conocerla como una forma constitutiva de la moral. De acuerdo con el posicionamiento de Rawls, en cambio, el constructivismo es una forma de arribar al conocimiento de la misma. En cuanto a la ontología, parece inclinarse por una postura más bien kantiana, en la que el sujeto puede conocer una moral que ya existe (de manera relativamente independiente).

4. La construcción del pensamiento

Queda por ver las posturas teóricas del profesor Guibourg, expresadas en la mencionada obra “La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas”. En ésta, aborda el problema de los sistemas de pensamiento con los cuales nos manejamos para aprehender la realidad y propone una serie de preguntas y respuestas sobre el ser, la identidad del hombre, la existencia y la naturaleza de las cosas, el tiempo, el espacio, el

15 NINO, Carlos S., “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”, en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_05.pdf (18-08-08).

orden del universo, el lugar del hombre en el cosmos, la estructura de la ética y los lineamientos generales de la moral. Así, en cuanto nos interesa, dice dos cosas esenciales: por un lado, define la verdad como una mezcla de teorías de la correspondencia, la coherencia y la pragmática¹⁶; por el otro, se declara un no descriptivista¹⁷ en relación a su postura metaética. Para él, entonces, estarían claras dos cosas que lo sitúan en el plano del paradigma positivista o realista genético, según la terminología de Goldschmidt¹⁸: la realidad es una cosa y el sujeto cognoscente otra; y la discusión sobre los valores, si bien importante, no está a la misma altura que las que se pueden dar sobre la realidad tal como la consideró. En su libro, adhiere expresamente a la idea de un mundo compuesto de objetos materiales, que puede conocer a través de los sentidos. Reconoce que el conocimiento humano es limitado y que, mediante la combinación de las teorías mencionadas es dable construir un sistema de pensamiento útil a los efectos de obtener nuestros objetivos. Y, es en este sentido, que refiere a la construcción.

En estos sentidos, su pensamiento, o la construcción del mismo, para emplear sus propios términos, es similar a la postura de Nino en uno de los puntos: la realidad y su conocimiento. Ambos apoyan la idea de que el conocimiento de la misma es posible, aunque de ninguna forma esto implique que se llegue a verdades absolutas. Ambos apoyan el valor de la ciencia como instrumento de conocimiento privilegiado de la realidad. Pero, la disonancia se da en la relevancia de la discusión sobre los valores y su fundamentación. Para Guibourg no es posible discutir racionalmente sobre éstos, o sólo se logran discusiones de tal índole en pequeños grupos que comparten la misma metaética y subéticas normativas, lo que hace que tales discusiones carezcan de mayor relevancia. En cambio, Nino plantea como posible la discusión racional de la ética, para lo cual propone como metaética al constructivismo.

III. El marco teórico del trialismo y sus modificaciones

El marco teórico del trialismo está explicitado por su creador en su obra “Introducción filosófica al Derecho”, a saber: el realismo genético a nivel de filosofía general, la teoría objetiva de los valores, los aportes de la escuela de la libre investigación

16 GUIBOURG, op. cit., págs. 62 y s.

17 Sobre posturas meta éticas se puede v. NINO, Carlos Santiago, “Introducción al Análisis del Derecho”, 13ª reimp., Bs. As., Depalma, 2005, págs. 353 y ss.

18 Si bien no es exactamente lo mismo, la coincidencia en la separación entre objeto y sujeto es lo que nos permite esta “grosera” asimilación. Sepa disculpar el lector la anulación de las pertinentes diferenciaciones filosóficas.

científica del Derecho de Gény, los aportes de Lask y Kantorowicz, que reconocen tres elementos en el fenómeno jurídico y la influencia metodológica de la escuela neokantiana de Baden y de la filosofía de los valores de Windelband y Rickert. Así, desde la filosofía general hasta filosofías y teorías referidas al Derecho y los valores, Goldschmidt ha construido una compleja teoría que pretende dar cuenta del fenómeno jurídico, cuya construcción intelectual denomina Mundo Jurídico.

El trialismo es, por esto, una de las teorías tridimensionales del Derecho. Reconoce al fenómeno jurídico como compuesto por tres dimensiones, la sociológica, la normológica y la dikelógica. Cada una de estas dimensiones se engarza con la otra y, si bien la obra de Goldschmidt comienza con el desarrollo de la dimensión sociológica, para luego seguir con las otras dos, la interdependencia conceptual aparece a cada paso. Así, la más notoria y, a nuestro criterio fundamental, es la que existe entre las dimensiones sociológica y dikelógica. Esto lo hemos puesto de manifiesto en un trabajo¹⁹, dónde señalamos que, si bien Goldschmidt observa que las categorías de la jurística sociológica no dependen de la jurística dikelógica, es decir, de su valoración, nos parece que habría una cierta dependencia²⁰. Así, para poder definir cuáles hechos de la vida social interesan al Derecho (dimensión sociológica), debemos recurrir al criterio valorativo. En este sentido, ingresa a la órbita del Derecho todo acto susceptible de ser valorado como justo o injusto. Luego, estos actos serán captados o no por normas (dimensión normológica) y, finalmente, valorados los actos y las normas (dimensión dikelógica) como justos o injustos a la luz de los valores²¹.

Por todo lo dicho, podríamos conjeturar que la dimensión sociológica existe en función de la axiológica. A fin de ensayar una corroboración de tal proposición, supongamos la siguiente hipótesis: si de la teoría trialista quitáramos la dimensión axiológica, desaparecería la dimensión sociológica tal como está definida. Nos quedaríamos sin criterio para seleccionar de la realidad aquello que interesa al jurista como tal. Sin embargo, se mantendría en pie la dimensión normológica, aunque en el funcionamiento

19 PEZZETTA, Silvina, "Sobre la dimensión sociológica de la teoría trialista de Goldschmidt", 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. 75 y ss.

20 De ninguna manera utilizamos el término dependencia con un sentido peyorativo. Muy por el contrario, la idea es poner de relieve las decisiones metodológicas adoptadas por el creador de la teoría trialista. Esto adquiere mayor relevancia si tenemos en cuenta que nosotros mismos adoptamos el paradigma constructivista.

21 GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 194.

de la norma algunos problemas se resolverían de otra manera²². Y esto porque, aunque existen bidimensionalismos socio normológicos e, incluso unidimensionalismos sociológicos, en la teoría trialista lo sociológico *es aprehendido desde la atalaya del valor Justicia*.

Ahora bien, la teoría trialista ha sido modificada radicalmente en su dimensión dikelógica por el profesor Ciuro Caldani, pasándose de una concepción metaética descriptivista objetiva a una perspectiva constructivista. Y aquí queremos poner el acento de nuestro trabajo, ya que esto adquiere una especial relevancia dada la importancia de esta dimensión para la explicación de lo jurídico.

IV. El constructivismo ético y la construcción del pensamiento

Con su opción por un constructivismo en la dimensión dikelógica, el profesor Ciuro Caldani ha logrado deshacer una de las grandes discusiones que enfrentan desde hace siglos a los juristas: la que versa sobre la existencia de valores objetivos y su relación en incidencia en el Derecho. Esta postura, además, ha sido extendida a las otras dimensiones: “Conforme a la teoría trialista, la realidad social y la normatividad tienen positividad propia, que no depende de su justicia, pero se ha de procurar cambiar esa positividad para realizar la justicia. Ante la milenaria y reiterativa polémica de lo que el Derecho “es”, a la que responde también el trialismo originario, proponemos a esta teoría como una “construcción” que resulte de interés común, en la que se pueda acordar para proseguir en las investigaciones sobre esa base”²³. Así, basándose en criterios pragmáticos –cuidándonos muy bien de quitar a este término cualquier connotación negativa– ha postulado la necesidad de considerar a la teoría como construcción del pensamiento, que sirve para pensar y explicar un sector de la realidad. En este sentido es que ha referido a la afinidad de estas ideas con la obra del profesor Guibourg en su obra “Metodología Dikelógica”.

Ya hemos dicho, y repetimos ahora, que la idea de una teoría como construcción del pensamiento, basada en decisiones metodológicas que reconocen los límites de nuestro conocimiento no nos parece coincidente con los constructivismos de tipo epistemológico y sociológico. Si bien es cierto que tanto Guibourg como Ciuro Caldani

22 Dentro del funcionamiento de la norma, en su versión original, la teoría incluía cuatro tareas: determinación, interpretación, elaboración o integración del ordenamiento normativo y aplicación. Ante una carencia dikelógica en el ordenamiento normativo, la solución sería otra si no hubiera una dimensión de esta clase. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 291 y ss.

23 CIURO CALDANI, op. cit., pág. 78.

reconocen los límites del conocimiento y su relatividad, no se detienen en este punto. En cambio, los constructivismos evaluados hacen su hincapié en las “experiencias de realidad” y enfocan toda su energía cognoscitiva (si se nos permite la metáfora), en el sujeto cognoscente. Sin embargo, en cuanto al constructivismo ético podemos señalar algunas compatibilidades entre el trialismo y las propuestas de Nino, ya que en las dos teorías se rescata la importancia de la discusión sobre los valores.

Nos animamos así a sugerir pensar la existencia de ciertas congruencias con las ideas de Nino en lo que hace a su planteo constructivista ético, tanto en el plano epistemológico como en el ontológico. A esta proposición nos lleva, en primer lugar, el hecho de que no habría que modificar la perspectiva realista originaria del trialismo, y coincidente en los autores analizados. En segundo lugar, la posibilidad de una moral al estilo kantiano y un conocimiento de esta por medio de la captación de sus normas procedimentales, se acerca más a la idea de la importancia de la discusión sobre los valores que asigna el profesor Ciuro Caldani. Por último, creemos que el Derecho como disciplina necesita de certezas para funcionar, y este tipo de posturas epistémicas son más aptas y “digeribles” en nuestro campo²⁴.

Por todo esto, vemos interesante la posibilidad de explorar desde el punto de vista más abstracto, al constructivismo ético epistemológico y ontológico propuesto por Nino. Y decimos desde el punto de vista más abstracto, porque son precisos los desarrollos sobre los valores que hiciera el profesor Ciuro Caldani²⁵.

IV. Conclusiones

A pesar de la brevedad expositiva, creemos que dejamos planteada una cuestión que puede resultar productiva en una teoría viva y flexible como lo es el trialismo. Nos parece que, de esta manera, se fortalecería el marco teórico de quienes utilizamos esta teoría para el desarrollo de las investigaciones jurídicas.

El aporte principal del profesor Ciuro Caldani ha consistido en enriquecer las categorías de la dimensión dikelógica partiendo de una base distinta: el constructivismo. Ya no se sigue una teoría objetivista de los valores, sino que se considera a éstos como contruidos. Ahora bien, encontramos aquí un punto para repensar las perspectivas de la

24 Como dice BOURDIEU, Pierre, en “Elementos para una sociología del campo jurídico” en Revista “La fuerza del Derecho”, el campo jurídico tiene y debe tener una autonomía relativa. Quizás sea por esa razón que resulta de cierta forma “impermeable” a los avances de otros campos y disciplinas de las ciencias sociales y las ciencias duras.

25 Sobre todo en una de sus últimas obras, “Metodología Dikelógica” cit.

teoría. El constructivismo seleccionado ha sido uno referido al pensamiento, a las decisiones metodológicas en la construcción de la teoría. Y este, a su vez, es compatible con el constructivismo ético. Por eso mismo, nos ha parecido que podíamos sugerir la pertinencia de repensar las líneas de coincidencia con el constructivismo ético planteado por Nino. Esto, siempre, para realizar aportes en el nivel más abstracto del marco teórico utilizado por la teoría analizada.

**JORNADAS DE FILOSOFÍA
DE LAS RAMAS DEL MUNDO JURÍDICO,
EN HOMENAJE AL PROFESOR DOCTOR
GERMÁN J. BIDART CAMPOS ***

* Las Jornadas tuvieron lugar los días 31 de marzo y 1° de abril de 2005, y fueron organizadas por las Cátedras “A” y “E” de Introducción al Derecho, la Cátedra “C” de Filosofía del Derecho y el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

LA COMPLEJIDAD CULTURAL A LA LUZ DE ALGUNOS FALLOS DE LA CORTE EUROPEA *

SUSANA ALBANESE **

Germán José Bidart Campos desarrolló una intensa y ejemplar actividad como docente universitario, como profesional del derecho, como director del Instituto de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, como escritor, como poeta, que le han valido reconocimientos desde diferentes ámbitos académicos. Prudencia, coraje, inteligencia constituyen cualidades que no le fueron ajenas. Humildad, tolerancia y ecuanimidad son otras virtudes que lo caracterizaban. Un maestro que conjugó la solidez científica de experto con la generosidad innata de los grandes. Con enorme pesar sentimos el arrebato de una vida ávida de conocimiento, de un ser humano extraordinario, de una persona excelsa.

El tema que constituyó el motivo de la postrera llamada telefónica que recibí de su parte en el mes de agosto de 2004 estaba vinculado con su preocupación por las restricciones a la libertad de religión a través del dictado de normas, sobre todo en Europa, que prohibían en las escuelas públicas el uso de símbolos religiosos como el velo islámico, el kipá judío o la cruz cristiana.

Y se preguntaba si “la libertad religiosa” obligaba a ocultar la religión de pertenencia.

En esa oportunidad, me pidió que reuniera algunos casos de la Corte Europea para presentar sucintamente el tema. Y así lo hice¹. El resultado de su solicitud es la

* Nota de la autora: Quiero agradecer a los organizadores de las Jornadas de Filosofía de las Ramas del Mundo Jurídico en homenaje al prestigioso constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos, al Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, a las Cátedras A y E de Introducción al Derecho; a la Cátedra C de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario por haberme permitido participar en el Panel de Filosofía del Derecho Público II y de los Derechos Humanos realizadas en Rosario –marzo/abril 2005–.

** Profesora titular consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Parte de la complejidad del tema a través de fallos de la Corte Europea, perfilada en las Jornadas realizadas en Rosario, la hemos volcado en un trabajo donde precisamos la dificultad para identificar los orígenes de los desencuentros socio-culturales y aseveramos que por esa misma complejidad los temas proyectados exceden excusablemente el accionar de los jueces –Jurisprudencia Argentina, 26 de abril de 2006–; asimismo, organizamos una Jornada desde la Cátedra de Derechos Humanos y Garantías, Facultad de Derecho, UBA, el 19 de septiembre de 2006. Debido al espacio otorgado en

presente exposición, casos vinculados con la libertad de religión, de creencias y de expresión.

1. Caso Manoussakis c. Grecia, 26 de agosto de 1996

Los hechos dan cuenta de las peticiones presentadas por cuatro ciudadanos pertenecientes a Testigos de Jehová, domiciliados en Creta quienes alquilaron una sala que podía ser utilizada para todo tipo de reunión, casamientos, etc. en las que se solicitaba al Ministerio de Educación y Culto la autorización para destinarla como “Casa de oración”². En cinco oportunidades en el transcurso de un año el Ministerio a cargo de otorgar la autorización informó que no estaba en condiciones de tomar ninguna decisión porque no se habían recibido las informaciones necesarias por parte de otros sectores competentes.

La Corte de Casación recuerda la norma constitucional que indica que la religión dominante en Grecia es la Ortodoxa oriental de Cristo. La Iglesia reconoce por Guía a Nuestro Señor Jesús Cristo y está indisolublemente unida, en cuanto al dogma, a la Gran Iglesia de Constantinopla y a toda otra Iglesia Cristiana de la misma fe, observando inmutablemente, como las otras Iglesias, los santos cánones apostólicos y sinódicos así como las santas tradiciones. Señala, asimismo, reiterando los términos del tribunal de apelación, que la Casa de oración constituye “un templo pequeño destinado a servir como lugar de adoración a Dios para un círculo restringido de hombres, por oposición a un edificio público consagrado al templo de Dios para todos los hombres sin distinción...”.

Frente al agotamiento de los recursos internos, los peticionarios se presentaron ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando la violación a una serie de disposiciones convencionales de las cuales la Comisión sólo admitió la vinculada con la libertad de religión –artículo 9– para llevar adelante la denuncia planteada.

Elevado el caso a la Corte Europea, este tribunal rechaza las excepciones opuestas por Grecia y pasa a tratar el fondo, la violación a la libertad de religión.

Analiza el tribunal, siguiendo los elementos que el texto de la norma permite

esta oportunidad trataremos de abreviar las citas y reducir el número de casos presentados oportunamente.

2 A pesar del tiempo transcurrido –1996/2008– en la actualidad la Corte Europea continúa recibiendo denuncias sobre temas similares. Ver al respecto el Caso Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros c. Austria, sentencia de 31 de julio de 2008, la Corte consideró violados la libertad de religión y la prohibición de discriminación (arts. 9 y 14 respectivamente de la Convención Europea sobre Derechos Humanos) porque las autoridades austríacas demoraron 20 años para otorgar a Testigos de Jehová la personalidad jurídica y por dispensar un trato diferente con respecto a otras comunidades religiosas.

analizar cuando se trata de una limitación a un derecho convencional, la existencia de una ley, el motivo legítimo que pudo tener el Estado para su dictado, en el caso, el “orden público” y, finalmente, se detiene a encauzar el alcance de la limitación en el contexto de “una sociedad democrática”.

Dice el tribunal: “La Corte observa que la ley interna permite una ingerencia profunda de las autoridades políticas, administrativas y eclesiásticas en el ejercicio de la libertad religiosa. A las numerosas condiciones de formas prescriptas por la ley, algunas de las cuales confieren a la autoridad policial, al intendente y al presidente de la comuna un amplio poder de apreciación se une la posibilidad, llevada a la práctica, por el Ministerio de Educación y Culto de diferir indefinidamente su respuesta para otorgar autorización a una Casa de Oración o a rechazar el pedido sin explicación o razón suficiente. Desde este aspecto la Corte destaca que el decreto habilita al ministro a apreciar la existencia de una ‘necesidad real’ de la comunidad religiosa solicitante de establecer una iglesia”. Este criterio, sostiene el tribunal, puede constituir un fundamento autónomo de rechazo, independiente de las condiciones establecidas en la Constitución griega (párr. 45).

Continúa la Corte: “...El derecho a la libertad de religión, tal como es entendida por la Convención, excluye toda apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión. La Corte estima que el sistema de autorización precisado en la ley interna no se encuadra con el art. 9 de la Convención en la medida que tiende a asegurar un control del ministro sobre la reunión de las condiciones formales enunciadas... En el caso, los peticionarios han sido acusados y condenados por tener un lugar de culto sin haber obtenido previamente la autorización correspondiente requerida por la ley” (párr. 49).

Previamente la Corte había resaltado que surge del caso que el Estado tiende a servirse de las potencialidades de las disposiciones internas de manera a imponer condiciones rígidas o aún prohibitivas para el ejercicio de ciertos cultos no ortodoxos, puntualmente, el de los Testigos de Jehová. Es verdad que el Consejo de Estado anula, por ausencia de motivos, todo rechazo injustificado de autorización, pero la abundante jurisprudencia en la materia parece manifestar una neta tendencia de las autoridades administrativas y eclesiásticas a utilizar las potencialidades de sus disposiciones para limitar las actividades de las confesiones no ortodoxas.

Sobre estas consideraciones la Corte estimó que la condena afectó directamente la libertad religiosa y que por lo tanto no puede pasar por proporcionada al objeto legítimo perseguido ni, por lo tanto, necesario en una sociedad democrática, habiéndose violado el artículo 9 de la Convención.

2. Caso *Buscarini y otros c. San Marino*, 18 de febrero de 1999

De acuerdo a los hechos extraídos del caso es importante relevar que en las elecciones de 1993 en San Marino, los señores Buscarini y Della Balda, entre otros, fueron elegidos diputados y para integrarse al Parlamento de la República de San Marino de acuerdo a la ley electoral de 1958 que remitía a un decreto de 1909 debían jurar por los “Santos Evangelios”. Como este era un requisito que no querían cumplir por sus convicciones, solicitaron prestar el juramento sin hacer mención a los textos religiosos basándose en el artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1974 que garantiza la libertad de religión, así como en el artículo 9 de la Convención Europea que establece:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de creencias así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias individual o colectivamente, en público o en privado, por el culto, la enseñanza, las prácticas y cumplimientos rituales.*
2. *La libertad de manifestar su religión o sus creencias no puede ser objeto de otras restricciones que aquellas previstas en la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas o para la protección de los derechos y libertades de terceros.*

La petición de los diputados electos fue rechazada, debiendo jurar por los Santos Evangelios para tener acceso a las bancas, razón por la cual se vieron obligados a prestar juramento en la forma establecida por la ley.

Posteriormente, en el mismo año de los sucesos descriptos –1993–, la ley introdujo una opción para aquellos que no querían jurar en la forma mencionada, pudiendo, en ese caso, jurar por el “honor”.

Buscarini y Dalla Balda iniciaron las respectivas acciones ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, después ante la Corte Europea que decidió el presente caso a través de la *Grande Chambre*, por violación al artículo 9 de la Convención Europea. El Gobierno de San Marino sostuvo que la forma de juramento en cuestión no tiene un valor religioso sino que posee una connotación histórica y social fundada en la tradición. La fórmula cuestionada ha perdido su carácter religioso original así como ciertas fiestas religiosas que son parte del calendario civil.

Consideramos necesario transcribir la posición del tribunal europeo en lo que respecta al alcance de la libertad religiosa pues se trata de términos reiterados a lo largo de sus fallos y que sirven de marco para aprehender la posición del tribunal citado frente a los derechos culturales y al respeto a las libertades fundamentales.

De esta forma, recuerda en principio que a la luz del artículo 9 (de la Convención Europea) “La libertad de pensamiento, de conciencia y religión representa una de las bases esenciales de la sociedad democrática. Figura, en su dimensión religiosa, entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien preciado para los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Esto va con el pluralismo –costosamente conquistado a lo largo de los siglos– consustancial a la sociedad democrática (Caso Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo de 1993, párr. 17.31). Esta libertad implica, destacadamente, *la de adherir o no a una religión y la de practicarla o no practicarla*” (párr. 34).

La Corte considera que la obligación de prestar juramento de una manera determinada, en el caso, sobre los Santos Evangelios, constituye una restricción a la libertad de religión. Para ello, analizó si la restricción estaba prevista en la ley y si era necesaria en una sociedad democrática como lo establece el artículo 9 de la Convención Europea.

Dejamos plasmada una posición de la Corte sobre un bien preciado como lo es la libertad de religión en el contexto del pluralismo en la sociedad democrática. No obstante, otras interpretaciones sobre la misma norma, en otras circunstancias, plantean dudas razonables sobre la continuidad de las líneas doctrinarias desplegadas en este caso.

3. Caso de la Iglesia Metropolitana de Bessarabie y otros c. Moldavia, 13 de diciembre de 2001

Este caso se inserta en la misma línea que la trazada en el caso Manoussakis en cuanto a los inconvenientes que surgen tanto de la ley interna cuanto de su aplicación al caso concreto tendientes a limitar el ejercicio de manifestar la religión. También, como en el caso citado y otros posteriores, la Corte Europea estudia el alcance de la limitación impuesta “en una sociedad democrática” para así determinar la violación a la libertad religiosa y, además, en este caso, la violación por la ausencia de un recurso efectivo.

En efecto, la cuestión del reconocimiento de cultos a través de su inscripción en un registro constituye el principal obstáculo para el ejercicio de la libertad de religión en la República de Moldavia.

En 1992 los peticionarios se asociaron para crear la Iglesia metropolitana de Bessarabie, Iglesia ortodoxa autónoma local que de acuerdo a su estatuto sucedería en el plano canónico a la Iglesia Metropolitana de Bessarabie que existe desde 1944 y que en diciembre de 1992 fue incorporada al patriarcado de Bucarest.

La Iglesia ha sido reconocida por todos los patriarcados ortodoxos menos por el patriarcado de Moscú.

La Iglesia requirente habiendo solicitado su reconocimiento al Gobierno, de acuerdo a las normas vigentes, y no encontrando respuesta al respecto, inició las acciones administrativas y judiciales pertinentes, no logrando su reconocimiento. La Corte Suprema de Moldavia anula la decisión recaída el 12 de septiembre de 1995, que había aceptado la demanda, porque los tribunales no son competentes para examinar la acción de reconocimiento de la Iglesia peticionaria. Los peticionarios volvieron a presentarse ante el ámbito administrativo sin lograr el objeto perseguido, iniciando en consecuencia la presentación ante el ámbito internacional.

Se destaca que el conflicto, aparentemente administrativo por la no autorización solicitada, disimularía un conflicto de orden público entre Rumania y Rusia. Su intervención en este conflicto, bajo la forma de un reconocimiento del grupo cismático, a criterio del gobierno, arriesgaría pesadas consecuencias para la independencia e integridad territorial de la joven República de Moldavia.

De esta forma se recuerda que el Estado de Moldavia, cuyo territorio ha oscilado a lo largo de la historia entre Rumania y Rusia, tiene una población variada desde el punto de vista étnico y lingüístico. En estas circunstancias, la joven República de Moldavia independiente desde 1991 [desde 1995 es Parte del Consejo de Europa] dispone de pocos elementos para asegurar su perennidad. Uno de esos elementos es la religión. En efecto, la mayoría de la población es cristiana ortodoxa. En consecuencia, el reconocimiento de la Iglesia ortodoxa de Moldavia, subordinada al patriarcado de Moscú, ha permitido a toda esta población encontrarse en el seno de la Iglesia. Por un lado, si la Iglesia peticionaria fuera reconocida, ese lazo correría el riesgo de ser destruido y esa población cristiana ortodoxa se dispersaría entre varias Iglesias; por otro lado, la Iglesia peticionaria, subordinada al patriarcado de Bucarest, abriría fuerzas políticas tomando partido con intereses rumanos favorables a la reunión de Bessarabie con Rumania. El reconocimiento de la Iglesia peticionaria reabrirla, por lo tanto, viejas rivalidades ruso-romanas en el seno de la población, introduciendo peligros a la paz social, la integridad territorial de Moldavia (párr. 111)

Estas consideraciones llevan a la Corte a sostener que existió por parte del Estado un fin legítimo: el orden y la seguridad públicos receptado en el artículo 9.2 de la Convención.

Sin embargo, la Corte observa que el ejercicio del derecho a la libertad de religión, o uno de sus aspectos, estando sometido, según la ley interna, a un sistema de autorización previa, la intervención en el proceso de otorgamiento de la autorización de una actividad eclesiástica reconocida no podría conciliarse con los imperativos del art. 9.2.

Con la inscripción en el registro correspondiente, las autoridades eclesiásticas pueden presentarse en el ámbito administrativo y judicial para proteger su patrimonio; al mismo tiempo el Estado protege la institución frente a manifestaciones hostiles que denotan intolerancia religiosa; también, se otorga la posibilidad de crear asociaciones o fundaciones, de disponer de cementerios, de concluir con el Estado acuerdos o convenios de cooperación, así como el reconocimiento a los ministros de culto y a los empleados de una pensión de Estado.

La sentencia de la Corte EDH del 13 de diciembre de 2001 consideró que la inscripción en el registro condiciona el ejercicio de la libertad de religión.

4. Caso Dahlab c. Suiza, sentencia 15 de diciembre de 2001

La peticionaria que reside en Ginebra abandona la religión católica y se convierte al Islam en marzo de 1991, se casa con un ciudadano argelino en octubre de ese año, tiene tres hijos. Es maestra y lleva velo islámico a partir de 1990. En 1996 recibe una carta de la dirección general de la escuela pública donde se le informa que a partir de la fecha deje de llevar el velo islámico durante el ejercicio de sus actividades profesionales. La decisión se basa en una ley que prohíbe un modelo ostensible de identificación impuesto por la maestra en un sistema escolar público y laico. La peticionaria presenta un recurso contra esa decisión ante el Consejo de Estado de Ginebra que es rechazado teniendo en cuenta que la enseñanza está sometida a la estricta obligación de neutralidad confesional. Elevado el caso ante el Tribunal federal invocando el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, éste confirma la decisión del Consejo de Estado por sentencia de 12 de noviembre de 1997.

La peticionaria se presenta en el ámbito internacional alegando que la prohibición de llevar el velo islámico viola su derecho a manifestar libremente su religión.

La Corte recoge los términos expuestos en otros casos vinculados con el alcance de la libertad de religión –art. 9 CEDH– agregando que en una sociedad democrática donde varias religiones coexisten en su seno puede resultar necesario fijar algunas limitaciones para conciliar los intereses de los diversos grupos y asegurar el respeto a las convicciones de todos.

El tribunal considera que la medida adoptada por las autoridades suizas estaban previstas por la ley, perseguían un fin legítimo en el sentido del artículo 9.2 de la Convención: la protección de los derechos y libertades de los otros, la seguridad pública y la protección del orden y eran necesarias en una sociedad democrática. Para ello tiene en cuenta la teoría del margen de apreciación de los Estados para juzgar la existencia y la

extensión de la necesidad de una ingerencia bajo el control de la Convención.

La Corte Europea tiene en cuenta que el Tribunal federal ha justificado la medida de la prohibición únicamente en el marco de su actividad docente, por el perjuicio que podía causar a los sentimientos religiosos de sus alumnos, de los otros alumnos de la escuela y de sus familiares y por el perjuicio, a la neutralidad de la enseñanza pública, entre otras razones.

La Corte tiene en cuenta la influencia que puede ejercer una maestra en niños que tienen entre 4 y 8 años de edad, discurriendo que es difícil conciliar el velo islámico con el mensaje de tolerancia, de respeto al otro y sobre todo de igualdad y no discriminación que en una sociedad democrática todo maestro debe transmitir a sus alumnos.

Por estas y otras líneas conceptuales semejantes que la Corte va examinando la llevan a concluir que dentro del margen de apreciación que poseen los Estados las medidas adoptadas han perseguido un fin legítimo en una sociedad democrática.

La Corte declara inadmisibles las demandas porque han sido infundadas en base al artículo 35.3 de la Convención.

De esta forma, la prohibición del uso del velo islámico a una docente de una escuela pública laica es una medida compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin lugar a dudas, la nueva ley francesa que entró en vigencia en estos días (septiembre de 2004) encuentra en esta jurisprudencia el apoyo necesario para su implementación y anticipa el resultado de las acciones judiciales tendientes a plantear la violación a la libertad de religión o de creencias frente a la aplicación de la medida legislativa.

5. Caso Murphy c. Irlanda, 10 de junio de 2003

Roy Murphy, ciudadano irlandés, nació en Dublín en 1948. Es pastor del Centro Irlandés de la Fe que reúne a miembros de un culto bíblico cristiano.

En 1995, el Centro citado intenta difundir un anuncio en una estación de radio independiente sobre la proyección de un video acerca de los “hechos históricos sobre Jesucristo” y sobre “pruebas de la resurrección” que tendrían lugar en los locales del Centro.

La Comisión independiente de la radio y televisión prohíbe la difusión del anuncio aplicando una norma interna –el art. 10.3 de la ley de 1988– sobre la radio y la TV, según el cual “ningún anuncio con fines políticos o religiosos o vinculado con un conflicto de trabajo puede ser difundido”. Esto no afecta la difusión ulterior del video por satélite.

El actor intenta el control constitucional de la medida. Por una decisión del 25 de

abril de 1997 la Alta Corte concluye que el art. 10.3 constituye una limitación razonable al derecho de comunicar y la prohibición responde a buenas razones de *interés general*.

Cuando el caso llega a la Corte Europea, este tribunal estima que la cuestión esencial en juego sobre la imposibilidad de difundir una publicidad lleva a evaluar la reglamentación de los *medios de expresión* más que la manifestación de la religión. Por lo tanto, segrega la libertad de expresión de la libertad de religión con la finalidad de evaluar, en el caso, solamente la posible violación de la primera de ellas.

Para examinar si la prohibición regulada por la ley era necesaria en una sociedad democrática, la Corte estima que debe determinar si las autoridades nacionales han invocado motivos pertinentes y suficientes para prohibir la publicidad. El principal argumento del Gobierno se vincula con la sensibilidad religiosa existente en la sociedad irlandesa. Si el art. 10, *per se*, no prevé que un individuo deba estar protegido de toda exposición acerca de una idea religiosa simplemente porque no es adherente, la Corte observa que una expresión que no es ofensiva en principio puede acarrear un efecto ofensivo en ciertas circunstancias. “El ministro competente y las jurisdicciones internas han tenido en cuenta la extrema sensibilidad de la cuestión de la difusión de publicidades de carácter religioso en Irlanda y el hecho de que la religión representa una cuestión que divide la opinión en Irlanda del Norte. La Corte releva que la disposición litigiosa ha sido concebida para responder a estas preocupaciones específicas”.

Con respecto a la cuestión de saber si los motivos legales fueron suficientes, la Corte sigue los argumentos del Estado, en cuanto a que el levantamiento total o parcial de la prohibición se conciliaría mal con la naturaleza y los grados de sensibilidad religiosa en juego y con el principio de neutralidad de los medios audiovisuales.

Así, se continúa desarrollando algunas apreciaciones tendientes a avalar el criterio expuesto precedentemente.

De esta forma, se considera que “una disposición que permite a una religión e impide a otra hacer publicidad sería difícil de justificar, en tanto que una disposición autorizando a una autoridad a filtrar caso por caso las publicaciones inaceptables de carácter religioso sería difícil de aplicar de manera equitativa, objetiva y coherente”.

Por otra parte, continúa, “el Estado puede razonablemente considerar como probable que aun una libertad restringida de difundir una publicidad beneficiaría a una religión dominante”.

Dice la Corte Europea que no existe consenso claro entre los Estados que han ratificado la Convención en cuanto a la manera de legislar sobre la difusión de las publicidades de carácter religioso. De acuerdo al margen de apreciación el Estado ha invocado motivos pertinentes y suficientes para justificar la ingerencia.

Una vez más, la teoría del margen de apreciación encuentra en el tribunal una aplicación que se consideró adecuada a las circunstancias del caso. Se podría sostener que las diversidades culturales son, así, respetadas en el contexto de la universalidad de los derechos y que el párrafo I-5 del Programa de Acción de Viena de 1993 encuentra su espacio. Sin embargo, tenemos nuestros reparos a esa interpretación. O, en otras palabras, si los tribunales reflejan las realidades de cada sociedad qué lejos estamos de una sociedad liberalizada donde todos puedan exponer libremente sus ideas sin censura previa, manifestar plenamente sus religiones, sus creencias, sus convicciones.

6. Caso *Garaudy c. Francia*, sentencia de 24 de junio de 2003

La Corte Europea rechaza la demanda por aplicación del artículo 17 del Convenio europeo similar al artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto establece que nadie puede prevalerse de la Convención para destruir los derechos y libertades reconocidos en ella. Esta posición coincide con la expresada en el caso “Partido de la Prosperidad”.

La Corte considera que no está llamada a pronunciarse sobre los elementos constitutivos de los delitos de negación de los crímenes contra la humanidad, de difamación pública racial o de provocación al odio racial en el derecho francés. Corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, especialmente a los tribunales, interpretar y aplicar el derecho nacional. La Corte tiene solamente la labor de verificar – desde el ángulo del artículo 10 que regula la libertad de expresión– las decisiones dadas por las jurisdicciones nacionales competentes en virtud de su poder de apreciación. En esa tarea, debe convencerse que las autoridades nacionales se han fundado en una apreciación aceptable de los hechos pertinentes.

En cuanto *a la libertad de expresión*, la Corte recuerda que si su jurisprudencia ha consagrado el carácter eminente y esencial de esa libertad en una sociedad democrática, ella ha definido igualmente sus límites. La Corte ha afirmado, particularmente, que “no hay dudas que al igual que cualquier propósito dirigido contra los valores que sostienen la Convención, la justificación de una política pro nazi no estaría beneficiada por la protección del artículo 10 y que existe una categoría de hechos históricos claramente establecidos –tales como el holocausto– con respecto a los cuales su negación o su revisión se vería sustraída por el artículo 17 de la protección del artículo 10”.

La obra, origen de la condena del peticionario, analiza de manera detallada varios hechos históricos relativos a la segunda guerra mundial, tales como las persecuciones a los judíos por el régimen nazi, el holocausto, el proceso de Nüremberg. Apoyándose en numerosas citas y referencias, el peticionario replantea la realidad, la amplitud y la

gravedad de esos hechos históricos que no son objeto de debate entre historiadores sino que están plenamente establecidos. Surge, como lo demostraron las jurisdicciones nacionales, a la luz de un estudio metódico y constancias profundas, que lejos de limitarse el peticionario a una crítica política o ideológica del sionismo y de maniobras del Estado de Israel o aun de proceder a una exposición objetiva de las tesis negacionistas y reclamar, solamente, como el pretende “un debate público y científico” sobre los hechos históricos de las cámaras de gas, el peticionario ha hecho suyas esas tesis y procede, en los hechos, a volver a instalar sistemáticamente los crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis hacia la comunidad judía.

No hay duda que contestar la realidad de los hechos históricos claramente establecidos, como el Holocausto, no revela un trabajo de investigación histórica sino un alejamiento de la realidad. Semejante posición tiene por objeto rehabilitar el régimen nacional socialista y, como consecuencia, acusar de falsificadores de la historia a las mismas víctimas. La contestación de crímenes contra la humanidad aparece como una de las formas, la más sutil, de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio. La negación o la revisión de hechos históricos de este tipo replantean los valores que fundamentan la lucha contra el racismo y el antisemitismo y son de naturaleza a turbar gravemente el orden público. Estos actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos y sus autores apuntan, incontestablemente, a objetivos de los prohibidos por el artículo 17 de la Convención. La obra cuestionada se enfrenta con los valores fundamentales de la Convención, a saber, la justicia y la paz.

No es la primera vez que organismos internacionales, incluyendo tribunales, asumen posiciones similares frente a subterfugios empleados para la defensa de hechos aberrantes. Al respecto, baste recordar el caso Faurisson, tratado por el Comité de Derechos Humanos y resuelto el 8 de noviembre de 1996. La negación de hechos históricos sensibles a toda la comunidad trae consigo posiciones categóricas por parte de las instituciones nacionales e internacionales. Hay hechos merecedores del repudio de todos, como los llevados a cabo durante la Segunda Guerra Mundial, incluyendo Hiroshima y Nagasaki, y tantos otros que han atribulado y siguen atribulando los espíritus. Para los amantes de la paz es destacable la existencia de respuestas simbólicas desde la justicia.

7. Caso Palau-Martínez, 16 de diciembre de 2003

Un matrimonio con dos hijos nacidos en 1984 y 1989 deciden separarse quedando los niños en la casa materna –Valencia– con un régimen de visitas acordado; en el ejercicio de este régimen en 1996 el padre los lleva a Francia quedándose a vivir

con él alegando que la madre por ser Testigos de Jehová imprimía una educación religiosa muy estricta para los hijos y que éstos preferían vivir con el padre. Así lo entendió el tribunal de Francia.

La Corte Europea señala que el artículo 14 de la Convención –principio de no discriminación– se complementa con otras cláusulas de ese tratado y sus Protocolos. No tiene existencia independiente porque apunta al disfrute de los derechos y libertades que la Convención garantiza.

El tribunal europeo observa que los dos niños vivieron con la madre durante 3 años y medio –desde que el padre se fue del hogar conyugal hasta que la Corte de Apelación fijó la residencia en el domicilio del padre en Francia–. La Corte considera que la sentencia constituye un atentado a la vida familiar y no puede ser considerada como una simple ‘intervención’ necesaria del juez en todo divorcio como lo sostiene el Gobierno.

Asimismo se analiza el alcance de *sentencia discriminatoria* y precisa al respecto que ello se produce cuando falta justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una conexión razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido (párr. 31). Continúa señalando que el tribunal francés establece una diferencia entre los padres en función de la religión practicada por uno de ellos (Testigos de Jehová).

Se mencionan en el fallo los elementos que tuvo en cuenta la justicia francesa; así, por ejemplo, la carta escrita por uno de los hijos expresando su deseo de quedarse a vivir con el padre y el certificado de un médico psiquiatra.

El tribunal francés ha dado una importancia determinante a la religión de la madre. Dice el tribunal interno que “las reglas educativas impuestas por los Testigos de Jehová a los niños son esencialmente criticables en razón de su duración, de su intolerancia y de las obligaciones impuestas a los niños en prácticas proselitistas. El interés de los niños reside en escapar de las molestias y prohibiciones impuestas por una religión estructurada como una secta” (párr. 38).

El tribunal francés establece entre los padres una diferencia de trato en base a la religión de la peticionaria, a través de una severa crítica acerca de los principios de educación impuestos por esa religión.

Semejante diferencia de tratamiento –sostiene el tribunal europeo– es discriminatoria ante la ausencia de una justificación objetiva y razonable, es decir, no persigue un fin legítimo, no hay una conexión razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido (párr. 39).

A través de las sentencias del tribunal europeo, en los casos que se han

seleccionado, se observa un albergue importante a las denuncias vinculadas con alguna discriminación en función de la pertenencia a Testigos de Jehová.

En este caso, se puede destacar el análisis esmerado llevado a cabo por el tribunal internacional con respecto a las sentencias emitidas por los tribunales franceses y, desde este aspecto, creemos que se demuestra una vez más que la teoría de la cuarta instancia carece de sustento teniendo en cuenta que la responsabilidad internacional de los Estados, lo reiteramos, puede generarse por la acción u omisión de cualquiera de los órganos que componen el Estado; en el caso, por el poder judicial. Por ello, ceden los términos que se empleaban para representar la doctrina de la cuarta instancia, porque a veces, es preciso estudiar y desmenuzar los criterios adoptados por los tribunales internos para observar el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Por ello, es desde otro ángulo que debe ser apreciada la naturaleza subsidiaria de los órganos internacionales de derechos humanos a fin de armonizar su jurisprudencia en aras de una convergencia interpretativa que nos lleva a la anhelada seguridad jurídica.

8. Caso Leyla Sahin c. Suiza, sentencia de 29 de junio de 2004

Leyla Sahin vive en Viena desde 1999, en ese año dejó Estambul para seguir sus estudios de medicina en la Universidad de esa ciudad. Pertenece a una familia tradicional que practica la religión musulmana y usa el velo islámico a fin de respetar un precepto religioso. Llevó el velo durante los cuatro años que estudió medicina en Bursa y Estambul hasta que en febrero de 1998 el rector de la Universidad de Estambul adoptó un Reglamento que establece la prohibición para todo estudiante de llevar el velo islámico o la barba, caso contrario serían sancionados.

En mayo de 1998 le fue prohibido a la actora el acceso a las pruebas escritas por llevar el velo, así como la inscripción a otros cursos. Frente a ello, la actora presentó un recurso de anulación que fue rechazado por considerar que las autoridades universitarias tienen la facultad de reglamentar la vestimenta teniendo en cuenta el mantenimiento del orden (párr15). Con posterioridad, Leyla recibió una orden de advertencia, seguida por su exclusión durante 6 meses por continuar usando el velo islámico. Frente a ello, Leyla presentó un recurso administrativo de anulación de la medida que fue rechazado porque la medida cuestionada se basó en una disposición legal (1999).

En el año 2000 se dictó una amnistía sobre las sanciones descritas; sin embargo, la actora un año antes se inscribió en la Universidad de Viena para continuar sus estudios.

Según los jueces constitucionales de Turquía se debe tener en cuenta que como en ese Estado la mayoría es de confesión musulmana, el hecho de llevar el velo islámico como una obligación religiosa significaría una “discriminación entre los practicantes, los

creyentes no practicantes y los no creyentes en función de su vestimenta y significaría, indudablemente, que las personas que no llevan son contrarias a esa religión o sin religión” (párr. 36.4).

Obsérvese la asimilación aparente entre esta posición y la de la Corte Europea en el Caso Buscarini. No obstante, adelantamos nuestra posición en el sentido de sostener que el derecho de llevar un pañuelo o no llevarlo es un derecho que le asiste a cada uno y donde el Estado no debería intervenir para seguir una posición acorde con la que se señaló precedentemente en el Caso Buscarini.

En este contexto, el fallo repasa que la Universidad de Estambul (S. XV) cuenta con 17 Facultades y están inscriptos alrededor de 50.000 estudiantes. Menciona, asimismo, que se debate el uso del velo islámico en las escuelas y universidades.

En Francia, una ley reciente –2004– recepta la prohibición en las escuelas, colegios y liceos públicos de llevar signos o vestimentas a través de los cuales los alumnos manifiesten una pertenencia religiosa.

En Bélgica no está permitido su uso; en otros países –Alemania, Países Bajos y Gran Bretaña– después de un largo debate jurídico, se acepta, en principio, que en los establecimientos de enseñanza pública las estudiantes lleven el velo islámico. Sin embargo, la situación no es uniforme. En Alemania, donde el debate se concentra en el uso del velo islámico en la escuela pública, la Corte Constitucional indicó en un fallo de 24 de septiembre de 2003, que la ausencia de la prohibición legislativa implícita permitía llevar el velo a las estudiantes. En el Reino Unido, el velo es aceptado en la mayoría de los establecimientos educativos y se resuelven en ellos los conflictos que se presentan al respecto. En Suecia, Austria, España, la República Checa, Eslovaquia y Polonia el tema no ha sido motivo de una discusión jurídica profunda (párr. 53).

Después de los datos precedentes se centra el fallo en destacar que la peticionaria considera que la prohibición del uso del velo islámico viola su libertad de religión (párr. 64). Y es precisamente en este tema que la Corte Europea va a desarrollar sus argumentos para concluir que el Estado de Turquía no ha violado la disposición alegada.

El tribunal cita su posición en el caso Buscarini, precedentemente transcrito, en cuanto al alcance de la libertad religiosa que releva no sólo el fuero íntimo sino su manifestación individual o colectiva a través del culto, la enseñanza, las prácticas y los cumplimientos rituales, como reza el artículo 9 de la Convención.

A renglón seguido, el tribunal europeo precisa que la norma convencional no protege cualquier acto motivado o inspirado en una religión o convicción ni garantiza siempre el derecho a comportarse en el dominio público de una manera dictada por una convicción. De esta forma, observamos las primeras líneas de consideraciones tendientes

a la solución mencionada.

La Corte subraya algunos principios básicos tales como la preeminencia del derecho y la democracia que la llevan a afirmar que “en un país como Turquía donde la mayoría de la población es musulmana las medidas tomadas en las universidades para evitar ciertos movimientos fundamentalistas religiosos tendientes a ejercer cierta presión sobre los estudiantes que no practican esa religión o por los adherentes a otra religión pueden estar justificadas a la luz del artículo 9.2 de la Convención” (párr. 99).

Se otorga un espacio esencial a la teoría del “margen de apreciación” de los Estados, no obstante el control que sobre las medidas adoptadas en el ámbito interno le cabe a la Corte Europea.

Se sostiene que la “ingerencia” estaba fundamentada en dos principios básicos como la laicidad y la igualdad.

De esta forma, entre los principios democráticos, las convicciones y el margen de apreciación de los Estados la Corte Europea considera que la prohibición de usar el velo islámico en las universidades públicas no constituye una ingerencia violatoria al derecho a la libertad de religión.

9. Caso *Muslum Gunduz c. Turquía*, sentencia 14 de junio de 2004

En un programa de TV emitido de manera directa se entrevistó a un dirigente de una secta religiosa que defendía a ultranza la charia. En el debate se analizaron diversos aspectos de la democracia y la religión, encendiéndose el diálogo a lo largo de la entrevista. El entrevistado, entre otras manifestaciones consideró que los hijos nacidos de un matrimonio civil eran “bastardos” y criticó con violencia la democracia y la laicidad, calificando las instituciones laicas de “impías”.

Las autoridades turcas consideraron que se estaba frente a un discurso que fomentaba el odio y la intolerancia, recordando una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (n. 12 –1997– del 30 de octubre de 1997) con respecto al discurso sobre el odio, la intolerancia y la discriminación; así como la Recomendación N° 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia y la necesidad que las legislaciones nacionales contemplen sanciones para luchar contra el racismo y la discriminación racial (13 de diciembre de 2002). Recordó, asimismo, que se calificó al racismo como “la creencia que un motivo como la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico justifica el desprecio hacia una persona o grupo de personas o ideas de superioridad de una persona o un grupo de personas”.

De acuerdo a la ley interna sancionaron a Muslum Gunduz con dos años de prisión por discurso incitando el odio y la intolerancia.

En el ámbito europeo se analiza una vez más el alcance de la libertad de expresión a la luz del artículo 10 de la Convención Europea.

Extraemos del párrafo 43, las siguientes palabras: “la Corte observa que la emisión en cuestión (TV) estaba consagrada a la presentación de una secta que atraía la atención del público. El peticionario, dirigente de la secta, cuyas ideas son conocidas por el público, estaba invitado con un fin específico: la presentación de su secta y sus ideas no conformistas, esencialmente desde el aspecto de la incompatibilidad de su concepción del Islam con los valores democráticos. Este tema fue largamente debatido en los medios turcos y estaba vinculado a un tema de *interés general*, ámbito en el cual las restricciones a la libertad de expresión son llamadas a una interpretación restringida”.

El gobierno considera que el peticionario no estuvo condenado por su participación en una discusión pública, sino por su discurso de odio, sobrepasando los límites de una crítica admisible.

En el campo interno los jueces turcos han retenido del discurso los siguientes expresiones empujadas por el peticionario al referirse a las instituciones laicas las calificó de “impías”; criticó violentamente nociones como “laicidad” y “democracia” y, además, militó abiertamente por la “charia” (párr. 46).

“A criterio de la Corte, el simple hecho de defender la charia, sin incitar a la violencia para establecerla no puede pasar por un “discurso del odio”. Por el resto, el caso Gunduz se sitúa en un contexto particular: por un lado, la emisión televisiva tenía por objeto presentar la secta de la que el peticionario era el dirigente; por otro lado, las ideas extremistas de este último eran conocidas y habían sido debatidas por el público y notoriamente contrabalanceadas por la intervención de otros participantes a lo largo de la emisión en cuestión; en fin, ellas han sido expresadas en el marco de un debate pluralista en el que el interesado participó activamente. En consecuencia, la Corte estima que, en el caso, la necesidad de la restricción litigiosa no se encuentra establecida de manera convincente” (párr. 51).

En conclusión, “...en vista del conjunto de las circunstancias y no obstante el margen de apreciación de las autoridades nacionales, la Corte considera que el alcance otorgado al derecho a la libertad de expresión del peticionario no se funda en motivos suficientes a la luz del artículo 10. Esta constatación dispensa a la Corte de continuar su examen para examinar si la sanción de dos años de prisión aplicadas al peticionario, que reviste una severidad extrema aún con la posibilidad de libertad condicional que ofrece el derecho turco, era proporcionada al motivo perseguido... En consecuencia, la condena en cuestión enfrenta el artículo 10 de la Convención” (párrs. 52 y 53).

Esta es una línea cristalina sobre doctrina judicial en materia de libertad de

NECESIDAD DE UN COMPLEJO DE RAMAS DEL MUNDO JURÍDICO PARA UN NUEVO TIEMPO

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI *

1. El *desafío de la complejidad* es, a nuestro parecer, uno de los más significativos de nuestro tiempo¹. El mundo jurídico es más fácilmente comprendido cuando se lo construye como un complejo en el que se diferencien *distintas ramas* diversificadas por particularidades *sociológicas*, *normológicas* y *axiológicas* que culminan en exigencias de justicia². Ese complejo es “vital” y ha de satisfacer las

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNR. Investigador principal del CONICET.

1 Si bien es importante superar la mezcla que se produce en la “complejidad impura” en una “simplicidad pura”, de la que se ocupó a menudo la modernidad, como lo señaló hace décadas el maestro germano-hispano-argentino fundador del trialismo hoy urge alcanzar una “*complejidad pura*” (es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1976, pág. XVII; la edición de referencia es la 4ª –prólogo–, Bs. As., Depalma, 1972). Es posible v. nuestros artículos “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.; “El Derecho Internacional Privado y su complejidad pura”, en “Investigación y Docencia”, págs. 3 y ss. También puede c. DABOVE, María Isolina. “El Derecho como complejidad de “saberes” diversos”, en “Cartapacio”, N° 4, Sección Conferencias y Disertaciones, 2003.

Cabe c. BOCCHI, Gianluca y CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, trad. Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997; MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. Marcelo Pakman, 7ª reimp., Barcelona, Gedisa, 2004; Edgar Morin, Son oeuvre majeure: La Méthode, http://membres.lycos.fr/reneseon/complexite/edgar_morin.htm (3-1-2004); Red Mexicana de Pensamiento Complejo, <http://www.unla.edu.mx/complejidad/> (23-1-2004); El desafío de la complejidad, <http://ar.geocities.com/adicciones2001/complejidad.htm> (23-1-2004); Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory, François OST and Michel van de KERCHOVE, <http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/textes/vdk1.htm> (22-1-2004); Estamos en un Titanic, Edgar Morin, http://www.iigov.org/etica/2/2_03.pdf (3-1-2004); La lettre chemin faisant, n°31, <http://www.mcxapc.org/docs/interlettre/31/3.htm> (31-3-2005). En general cabe c. también por ej. Naturaleza y didáctica de la Lógica Jurídica, Dra. Ana Lilia Ulloa Cuéllar, <http://www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/021003ulloa.htm> (14-1-2004); Complexity Digest, <http://www.comdig.org/> (25-1-2004); Programme européen MCX “Modélisation de la CompleXité”, Association pour la Pensée Complexe, <http://www.mcxapc.org/> (25-1-2004). Coincidiendo con Edgar Morin consideramos que no solamente la sociedad es compleja, también lo es cada átomo del ser humano; el hombre nos resulta un ser jurídicamente complejo y las ramas del mundo jurídico han de reflejarlo (v. MORIN, op. cit., pág. 88).

2 Aunque, a diferencia de Werner Goldschmidt, fundador del trialismo, no sostenemos la objetividad de los valores, creemos que es posible el debate científico respecto de los valores en general y sobre la justicia en particular entre quienes comparten cierta referencia básica acerca de los mismos (puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958).

necesidades de *espacio, tiempo y persona*³. Cuando el complejo de ramas no corresponde a tales necesidades se produce “alienación”.

En nuestros días, de asombroso despliegue de la economía capitalista y de gran avance de la tecnología, de modo destacado respecto de la vida humana, desarrollo que plantea una *nueva era* y pone en cuestión a la democracia y los derechos humanos, urge el desenvolvimiento de *nuevas ramas jurídicas* que *enriquezcan* el panorama tradicional *complementando* los puntos de vista actuales demasiado comprometidos con el capitalismo. Con miras a este despliegue de ramas complementarias, es particularmente relevante desarrollar *nuevas concepciones del Derecho* de carácter *integrador*, como la teoría trialista del mundo jurídico, desenvuelta básicamente por Werner Goldschmidt dentro de la concepción tridimensional del Derecho⁴.

2. Según el *trialismo*, el objeto de la ciencia jurídica ha de construirse en base a *repartos* de “potencia” e “impotencia”, es decir, de adjudicaciones de lo que favorece o perjudica a la vida, especialmente la vida de los seres humanos, producidas por la conducta de seres humanos determinables. Los repartos se desenvuelven en un marco de otros repartos y de distribuciones que producen la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y contribuyen a formar el contexto histórico, hoy profundamente cambiado. En la construcción trialista, las normas son captaciones lógicas “neutrales” de los repartos, es decir han de reflejar su realidad describiéndolos e integrándolos, tarea ésta para la cual se deben valer de conceptos adecuados. Los repartos y las distribuciones, y las normas que captan los repartos, han de ser justos. Las ramas jurídicas tienen, al fin, particularidades sociológicas, normológicas y axiológicas.

3 Las ramas jurídicas “viven” como modelos en relaciones de plusmodelación, minusmodelación y sustitución, fácticas y conceptuales, y se aíslan o se relacionan en situaciones de coexistencia, dominación, aislamiento y desintegración (pueden v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976 (también en “Investigación...” cit., N° 37, págs. 85 y ss.). Con Edgar Morin podemos poder decir que no sólo la sociedad es compleja, sino también cada átomo del ser humano; el ser humano nos parece jurídicamente complejo (es posible v., por ej., Pensamiento Complejo, <http://www.colciencias.gov.co/redcom/PENSAMIENTO-COMPLEJO.html>, 31-3-2005).

4 Pueden v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas. 2000. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política” 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.

3. Entre las nuevas ramas requeridas por el nuevo tiempo se encuentran, a nuestro parecer, el *Derecho de la Salud* y el *Bioderecho*⁵, el *Derecho de la Ciencia y la Tecnología*⁶, el *Derecho del Arte*, el *Derecho de la Educación*⁷, el *Derecho de la Ancianidad*⁸, el *Derecho Universal* (abarcativo de la proyección planetaria de lo jurídico)⁹ y el *Derecho de la Cultura en General*¹⁰. Creemos que, sin perjuicio de otras exigencias específicas, en el Derecho de la Salud es necesaria la protección del al menos posible enfermo; en el Derecho de la Ciencia y la Tecnología es muy relevante la protección del investigador; en el Derecho del arte tiene destacado relieve el resguardo del artista; en el Derecho de la Educación posee jerarquía propia el amparo del educando; en el Derecho de la Ancianidad cuenta con muy relevante nivel el resguardo del anciano¹¹; en el Derecho Universal tiene gran significado el amparo del derecho a participar en una comunidad mundial, hoy instrumento de la superación de la globalización/marginación en la participatividad de la universalización¹², y en el Derecho de las Cultura en general toma relieve la perspectiva de conjunto de la juridicidad.

Ante un caso de autonomía “nueva” complementaria, por ejemplo del Derecho de la Salud, no se trata, a nuestro parecer, de ignorar las características internacionales, constitucionales, administrativas, civiles, comerciales, penales o procesales sino de *enriquecer* esas características con los rasgos propios que requiere la problemática de la salud, entendidos en el complejo problemático. El desenvolvimiento y el cierre de un

5 Cabe c. nuestro artículo “Introducción general al Bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 22, págs. 19 y ss., (y en “Bioética y Bioderecho”, N° 2, págs. 11 y ss.).

6 Cabe c. nuestro artículo “Derecho de la Ciencia y protección del investigador”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1992-III, págs. 851 y ss.

7 Es posible v. nuestro artículo “Derecho de la Educación”, en “Academia”, año 3, N° 5, Bs. As., Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005, págs. 135 y ss.

8 Respecto del Derecho de la Ancianidad, puede v. por ej. nuestro estudio “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación” cit., N° 20, págs. 35 y ss.

9 Es posible v. nuestro estudio “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas 2001.

10 Puede v. nuestro estudio “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993. Cabe c. nuestro trabajo “La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas”, en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1982, págs. 174 y ss. ; también es posible v. “Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia”, en “Zeus”, t. 29, págs. D.175 y ss.

11 Pueden v. nuestros artículos “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., N° 20, págs. 35 y ss. y “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., N° 25, págs. 7 y ss.

12 Es posible v. nuestro estudio “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs. 41/56.

hospital o de un sanatorio tienen rasgos distintos a los del desenvolvimiento y el cierre de una oficina administrativa o un centro comercial comunes.

El reconocimiento de las ramas jurídicas ha de nutrirse de una consideración profunda, desde el punto de vista filosófico, del Derecho, la salud, la ciencia, el arte, la educación, la ancianidad, la universalidad, la cultura en general, etc.¹³

4. El desarrollo de las ramas del mundo jurídico depende en gran medida de la apreciación de su *autonomía material*, constituida por las particularidades sociológicas, normológicas y axiológicas antes referidas y del despliegue de las *autonomías legislativa, judicial, administrativa, científica, docente y pedagógica*. Como hemos adelantado, es importante construir el objeto científico de la “materialidad” de la autonomía de las ramas atendiendo a las especificidades tridimensionales y, sobre todo, a particulares referencias *axiológicas* respecto de los repartos, principalmente a méritos de la conducta y merecimientos de la necesidad de los beneficiarios humanos, distintos de los otros casos pertenecientes a otras ramas. Por ejemplo: en el Derecho Internacional Privado clásico, la situación de debilidad del elemento extranjero por lo personal (domicilio, nacionalidad, residencia, etc.), lo conductista (lugar de celebración o ejecución de los actos, etc.) o lo real (lugar de situación o registración de los bienes, etc.) hace necesaria una especial protección a través de la “extraterritorialidad” del Derecho con el que dicho elemento se vincula apartándose de las soluciones del Derecho Interno propio¹⁴.

La materialidad de las ramas y sus “formalizaciones” legislativas, judiciales, administrativas, científicas, docentes y pedagógicas forman complejos *interrelacionados* en los que existen frecuentes tensiones en cuyo marco debe predominar la autonomía material. A menudo urge adaptar lo existente para el desenvolvimiento de las nuevas ramas.

5. La *autonomía legislativa* se concreta principalmente en la codificación. Las codificaciones tienden a esclerosar las posibilidades del reconocimiento de nuevos

13 En cuanto a la Filosofía de las ramas jurídicas más *tradicionales*, pueden v. por ej. nuestras “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003. Importa referirse, v. gr., a SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946/1950; GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2ª ed., Bs. As., EJE, 1952/4; BIDART CAMPOS, Germán J., “Filosofía del Derecho Constitucional”, Bs. As., Ediar, 1969.

14 Es posible v. nuestro trabajo “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1965. Cabe c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6ª ed., Bs. As., Depalma 1988.

espacios jurídicos, de modo que urge adaptar sus características tradicionales para abrir camino a las nuevas ramas a través de obras referidas a principios¹⁵.

6. La *autonomía judicial* se concreta en la existencia de fueros especiales. La constitución de tribunales de fuero pleno y de fuero residual, por ejemplo asignando este último papel a los tribunales de última instancia y a los juzgados civiles, puede contribuir a superar la compartimentalización. Es relevante que los encargados del funcionamiento de las normas, por ejemplo los *jueces*, tengan clara conciencia de la problemática que nos ocupa. Los despliegues de funcionamiento a través de la interpretación y la elaboración adquieren alta significación.

7. La *autonomía administrativa* se concreta en las dependencias ejecutivas especiales. Para superar sus limitaciones importa evitar la burocratización.

8. La *autonomía científica* se logra con el desenvolvimiento de “partes generales” que sistematizan los problemas comunes a toda la rama de referencia, como se plantea en el Derecho Penal, el Derecho Civil savigniano y la concepción normológica del Derecho Internacional Privado fundada por Werner Goldschmidt y actualizada en nuestros días¹⁶.

Las partes generales han de ser reflejo de la rica relación entre *razón e historia*. Esto contribuye a la especial necesidad de su actualización en nuestro tiempo. Urge evitar que los sistemas generales oculten las particularidades que pertenecen a otros ámbitos.

9. La *autonomía docente* se concreta en la existencia de cátedras propias de las disciplinas referidas a las ramas de que se trata. La superación de los compartimientos docentes puede lograrse a través de la vinculación de las cátedras, hoy a menudo dotadas de caracteres de espacios “feudales”, de planes de estudios articulados deliberadamente elásticos, y en centros de investigaciones, departamentos, facultades y espacios universitarios totales interdisciplinarios e interfacultades.

Las nuevas ramas pueden hallar, principalmente espacios iniciales en los departamentos. También es relevante, como parte integrada de la cultura del conjunto social, la articulación de la educación de grado y de posgrado. El nivel de posgrado posee

15 Es posible c. nuestro estudio “La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas”, en “Estudios de Filosofía Jurídica...” cit., t. II, 1982, págs. 174 y ss.; también puede v. “Reflexiones...” cit.

16 Es posible v. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 5 y ss.

en general una elasticidad altamente viabilizadora de la apertura docente a nuevas ramas.

En particular en cuanto a los planes de estudios, nos parece relevante, por ejemplo, la elasticidad lograda en la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a través del Ciclo Profesional Orientado. Respecto a la apertura a nuevas perspectivas complementarias de las tradicionales, nos complace hacer referencia a las realizaciones que hemos logrado en el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires mediante la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas, el Programa de Actualización y Profundización en Derecho de la Salud y el Programa de Actualización y Profundización en Derecho del Arte y Legislación Cultural¹⁷.

En el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario existe desde hace tiempo un área de Bioética y Bioderecho, se ha creado recientemente el área de Derecho de la Educación, se promovió el actual Centro de Investigaciones de Derecho de la Ancianidad y se están gestionando las áreas propias de Derecho de la Salud, Derecho y Ética de la Ciencia y la Tecnología y Derecho del Arte.

Asimismo, con miras a superar las ramas excesivamente economicistas, hemos promovido en el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el Programa de Actualización en Teoría y Práctica en Derecho de la Seguridad Social Profundizado.

Especial relevancia tiene el nivel del *Doctorado*¹⁸.

10. Denominamos *autonomía pedagógica* a la aptitud formativa que tienen las disciplinas referidas a ramas jurídicas para la comprensión profunda de su tema y del objeto jurídico en general. Ramas de especial autonomía pedagógica son, v. gr., en nuestro tiempo de predominio de construcciones capitalistas individualistas, las que ya hemos destacado por su novedad. Para superar las “compartimentalizaciones” que bloquean la comprensión de las nuevas ramas son relevantes disciplinas como la Filosofía del Derecho, la Teoría General del Derecho¹⁹, la Historia del Derecho y el

17 Puede v. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, <http://www.fder.uba.ar/> (31-1-2005).

18 Es posible c. nuestro artículo “Doctorado, Universidad y Derecho”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 7, págs. 103 y ss.

19 Pueden v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación...” cit., N° 32, págs. 33/76; también, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss. Asimismo pueden v. nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

Derecho Comparado. En el panorama obligacional, el Derecho del Trabajo contribuye a esclarecer y equilibrar el relativamente tradicional predominio individualista del Derecho de las Obligaciones general.

Es importante el mejoramiento de la *formación docente*, por ejemplo, incluyendo en la preparación de los educadores un complejo pedagógico que integre disciplinas como Filosofía de la Educación, Antropología Educacional, Historia de la Educación, Política Educacional, Psicología Educacional, Pedagogía, Diseño Curricular, Didáctica, Derecho de la Educación y Economía de la Educación y Administración Educativa²⁰.

11. Como todo fraccionamiento, el paradigma de recorte de las ramas jurídicas tradicionales en la simplicidad pura produce *certeza* y de cierto modo *seguridad*, pero a costa de mutilar la riqueza de comprensión que podemos obtener mediante el paradigma de la complejidad pura. El nuevo tiempo urge superarlo²¹.

Es importante construir el objeto jurídico como un ámbito complejo relativamente “independiente” pero al fin “autónomo” dentro de la cultura en general. Jornadas como las presentes pueden contribuir a lograrlo²².

Toda la vida jurídica, desde las soluciones materiales a la planificación de la formación de los juristas, se enriquece cuando se considera el complejo de las ramas del Derecho.

20 En cuanto a la necesidad de integrar el pensamiento jurídico, cabe recordar por ej. LLEWELLYN, Karl N., “El Derecho y las ciencias sociales, especialmente la Sociología”, trad. E. Vera Villalobos, reed. en “Academia”, 1, págs. 99 y ss.

21 Puede interesar v. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 390 y ss. y 401 y ss. Asimismo nuestro estudio “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967.

22 El presente trabajo es base de la exposición del autor en las Jornadas de Filosofía de las Ramas del Mundo Jurídico en homenaje al profesor doctor Germán J. Bidart Campos del 31 de marzo y 1º de abril de 2005, organizadas por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y las cátedras A y E de Introducción al Derecho y C de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

REFLEXIONES EN TORNO A LA CIENCIA DEL DERECHO. HOMENAJE A UN HOMENAJE

MARÍA ISOLINA DABOVE *

Como estamos reunidos con el propósito de homenajear al *prof. Germán Bidart Campos*, qué mejor que hacerlo, recordando palabras constitutivas de homenajes que él mismo realizara a lo largo de su vida. Palabras, a través de las cuales es posible identificar una vez más algunos rasgos constitutivos de su personalidad, de su condición de “maestro”: generosidad, sensible apertura para la comprensión de lo diverso, claridad reflexiva, creatividad, confianza, perseverancia, coraje y buena fe. Elementos todos ellos necesarios, dicho sea de paso, para lograr dosis suficientes de diálogos fructíferos para el crecimiento interpersonal. *Mi homenaje será pues, un homenaje a sus propios homenajes y, por su intermedio, a la capacidad de homenajear*. Por ello haremos, no sólo “historiografía dikelógica” respecto de la figura del *prof. Bidart*, sino también reconoceremos “recompensas vicarias” a nuestro querido Miguel Ángel Ciuro Caldani. Consistentes, al decir de Goldschmidt en premiar a personas contemporáneas por las justicias atribuidas a personas muertas, en atención a algún tipo de vínculo generado entre ambas.

Uno de los reconocimientos más nítidos del *prof. Bidart Campos* a lo largo de su vida, ha sido el que permanentemente le rendía a nuestro querido maestro Goldschmidt. Numerosos escritos, artículos y libros reseñados ya, nos brindan testimonio de este acontecimiento. Así como también lo confirma, la presteza con la cual acudía a Rosario para dictar conferencias y seminarios, al hilo –claro está– del vertiginoso ritmo de invitaciones que le iba cursando el *prof. Ciuro Caldani* con asiduidad. Riquísimas charlas se sucedían entonces en torno a sus clases, todas sugerentes, magistrales, elegantes, calmas –como él–. En aquella época, muchos de nosotros recién comenzábamos a transitar los primeros pasos por la vida universitaria y académica. Razón por la cual, todo lo que escuchábamos del *Prof. Bidart* hacía mella inusitada en nuestros cerebros, tanto como en nuestros corazones.

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR). Profesora de Filosofía del Derecho en la UNR y UNICEN. Profesora de Epistemología y Metodología de la Investigación Científica en la Maestría en Derecho Privado y el Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la UNR. E-mail: mdabove@fderec.unr.edu.ar

En una de aquellas ocasiones, hacia 1979-80, al son de los festejos de los *veinte años de creación de la entonces Escuela de Derecho*, la Facultad decide realizar unas Jornadas referidas a la “*ciencia jurídica argentina*”, en homenaje a Don Werner Goldschmidt. Varios documentos de trabajo elaborados por el Dr. Ciuro se pusieron a consideración. Y de ellos surgieron interesantísimos artículos de los prof. Roberto Brebbia, Néstor Sagüés, Miguel Ángel Ciuro Caldani y del propio Bidart, publicados luego en la Revista N° 2 y 3 de la Facultad.

Es en ese marco especial, en donde el prof. Bidart Campos escribe su “*Epistemología del Derecho*” en honor de don Werner Goldschmidt, en sus 70 años. En este artículo, el maestro Bidart se aboca a la difícil tarea de dilucidar qué cosa es esta a la cual llamamos “ciencia jurídica”. ¿Existe tal ciencia?; en caso afirmativo, ¿de qué tipo es?, ¿qué características la constituyen?, ¿todo lo jurídico es ciencia, o más bien cabe la posibilidad de diferenciar los tipos de saberes vinculados al Derecho?

El prof. Bidart Campos tiene clara conciencia de la necesidad de distinguir entre Filosofía y Ciencia del Derecho y a ello se aboca en este artículo que tomamos como referencia. Con cabal conocimiento del campo gnoseológico y metodológico, nuestro autor se refiere a los diversos modelos de conceptualización de lo científico.

- El proveniente de la matriz positivista, con sus pretensiones de universalismo abstracto y formal.
- Así como los aportes de las escuelas neokantianas, al hilo de las cuales se comenzaron a identificar las ciencias de acuerdo a la especificidad de sus objetos y sus métodos.

Dentro de este marco, advierte el Dr. Bidart dentro de una visión objetivista que, “sin una convergencia mínima sobre lo que el derecho sea como objeto de una ciencia, esta ciencia no podría existir. O habría tantas ciencias jurídicas cuantas fueran las concepciones iusfilosóficas de lo que es el derecho, cada una tomando como objeto suyo aquello que la escuela iusfilosófica de su preferencia o elección le dijera anticipadamente que es derecho”¹. Respecto a esta perspectiva cabe señalar que la epistemología actual, ha ido optando por la segunda alternativa. Siguiendo los postulados de la concepción constructivista, con Popper suele afirmarse que la definición del derecho como ciencia depende de una decisión metodológica previa, respecto de los postulados filosóficos que habrán de tomarse como supuestos de la investigación².

1 V. BIDART CAMPOS, op. cit., pág. 76.

2 V. POPPER, Karl, “La lógica de la investigación científica”, 1ª ed., 11ª reimp., trad. Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 48 y ss.; “Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico”, trad. Néstor Míguez, Madrid, Paidós, 1972, págs. 309 yss.; GIUBOURG, Ricardo, GHIGLIANI, R. y GUARINONI, V., “Introducción al conocimiento jurídico”, Bs. As.,

Ahora bien, el prof. Bidart Campos con criterio también se pregunta si “¿puede haber –o hacerse– ciencia del derecho prescindiendo de la filosofía del derecho³?”⁴. Frente a lo cual, admite la existencia de una vinculación necesaria entre la filosofía jurídica, que nos enseña qué es el derecho, y la ciencia jurídica, que lo toma como objeto de estudio. Por ello, nuestro autor reconoce que “...la ciencia del derecho sería siempre ciencia del derecho positivo, del derecho que es...”. En suma, sólo habría ciencia del derecho *en torno de un objeto que cae bajo la experiencia jurídica*, pudiéndose cumplir de esta forma –agregaría–, con los propósitos básicos de toda ciencia: describir, explicar y comprender el mundo investigado.

Sentados pues estos presupuestos, nuestro iusfilósofo procede a plantear una interesante perspectiva tridimensional de la ciencia jurídica, siguiendo las enseñanzas del prof. W. Goldschmidt⁵. Reconoce así, que la ciencia del Derecho puede constituirse en tres planos integrados: el de los hechos, las normas y los valores. En el campo ius-sociológico, escribe, el examen de las conductas “es científicamente posible, es susceptible de ser puesto bajo observación sistemática”. Mediante esta tarea se permite “indagar cuándo determinadas conductas se agotan en la singularidad de su cumplimiento, y cuándo, al contrario, se proyectan como conductas “modelo” que, dotadas de ejemplaridad, suscitan o son capaces de suscitar imitación, reiteración o seguimiento en casos análogos futuros y posteriores. ...de esta forma, se consigue detecta la regularidad, uniformidad y continuidad de algunas o muchas conductas ejemplares, que aventuran un juicio de previsibilidad o probabilidad de repetición”. Aunque, nuestro autor nos recuerda lúcidamente que en este contexto, tampoco habrá aquella “certidumbre que originariamente se demandaba a la ciencia en el flanco de las matemáticas o de la naturaleza, pero sí previsiones sin causalidad necesaria”⁶.

En cuanto a las normas, el prof. Bidart acepta que son construcciones científicas, basadas en preceptos legales cuyos contenidos se refieren a acciones que permisivas, prohibitivas u obligatorias. Al trialismo –señala–, “le interesa saber si las normas son

Astrea, 1984; GUIBOURG, R., “Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral”, México, Fontamara, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2002.

3 V. BIDART CAMPOS, op. cit., pág. 76.

4 Respecto a la vinculación de los distintos tipos de conocimiento en el Derecho, puede verse además, DABOVE, María Isolina, “El derecho como complejidad de saberes diversos”, en “Ideas y Derecho”, Anuario de la Asociación Argentina de filosofía del Derecho, año III, N° 3, 2003, págs. 95 y ss.

5 V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

6 V. BIDART CAMPOS, op. cit., pág. 78.

exactas, es decir, si la descripción anticipada que hace la norma será corroborada porque una conducta de reparto, o sea, si la voluntad del autor de la norma se cumplirá...”. En caso de no serlo, la ciencia nos mostrará que aquella formulación expresa de normas sólo pudo adquirir el carácter de “mera oferta, puro pronóstico o promesa, sin cumplimiento en la superficie de los hechos”⁷. Por ello, en este espacio, relevante será siempre dar el “salto de las fuentes formales a las materiales”, como camino de justificación científica del fenómeno jurídico⁸.

Por último, respecto de la cienficidad del análisis de los valores, nuestro maestro nos decía que es posible concretarlo mediante el análisis concreto de casos. En ellos, los criterios axiológicos admitidos positivamente, en general, resultan fraccionamientos o desfraccionamientos ciertos, que producen nuevas condiciones normativas. De esta forma, “...todo ello es observable y susceptible de sumisión a sistematizaciones racionalmente elaboradas después de haber usado un método empírico de comprobación y análisis”⁹. En esta misma línea de argumentación, más adelante enfatizará: “...en este plano empírico de la realización del valor por el hombre en la convivencia social..., el científico del derecho echa su ancla en campo propio, y a la par que valora aquellas conductas haciendo estimativa, también gusta saber cuáles y cuántos son las valoraciones sociales imperantes y los criterios de valor que históricamente acoge el mundo jurídico en determinado tiempo y lugar”¹⁰.

En este artículo, el prof. Bidart Campos extrae a mi juicio, dos conclusiones relevantes.

- El científico del Derecho maneja un enjambre de “realidades sociales y conductas en relación de alteridad que cumplen los hombres: maneja normas, maneja una serie de conceptos... y de materializaciones, y maneja al cabo, valoraciones y criterios de valor, pero todo dentro del derecho positivo y desde el derecho positivo...”¹¹
- Razón por la cual, “el trialismo aporta una metodología compatible con cada uno de esos sectores en panorama integralista...”¹²

Por lo menos, observa el prof. Bidart Campos con la acostumbrada sencillez de los grandes maestros, “la experiencia docente así nos alecciona”¹³.

7 V. BIDART CAMPOS, op. cit., pág. 79 y s.

8 Al respecto ver GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 221 y ss.

9 V. BIDART CAMPOS, op. cit., págs. 80 y s.

10 V. BIDART CAMPOS, op. cit., pág. 81.

11 V. BIDART CAMPOS, op. cit., pág. 82.

12 V. BIDART CAMPOS, op. cit., pág. 83.

13 Íd..

SOBRE VEINTE PROPOSICIONES CAPITALES DE LA
TEORÍA JURÍDICA DEL PROF. DR.
GERMÁN J. BIDART CAMPOS.
CREO EN ESTAS LETRAS

RAÚL GUSTAVO FERREYRA *

I. Advertencia: ¿Por qué creencias?¹

Referirme a la vida y obra de Bidart Campos, significa, disertar sobre los aspectos más destacados de uno de los juristas más relevantes de Iberoamérica, y sin incurrir en ningún error demasiado fatal, la equivalencia de su producción es comparable, por la importancia y proyección institucional, a la de Juan Bautista Alberdi, “padre intelectual de la Constitución Federal de la Argentina” y uno de los intelectuales más brillantes del siglo XIX.

Un ser humano excepcional dedicado en cuerpo y alma al fascinante mundo del Derecho, la Justicia, y la Docencia.

Desde este primer instante, también afirmo, que significa referirme a mi Maestro de Derecho Constitucional. Y con la misma convicción, también refiero que Germán fue uno de mis mejores amigos.

De tal suerte, pues, que en la vida cotidiana, solemos admitir que las creencias, con frecuencia son bastante independientes de la verdad.

No considero que creencia, como categoría epistemológica, disminuya su importancia en el campo del conocimiento. Simplemente, con modestia y humildad, digo que si hay algo que ha de movilizarlos o inquietarlos por el fondo o por la forma de las letras que siguen no se conmuevan: no son proposiciones blindadas. No acudiré por ello a la función emotiva del lenguaje, pero dejo bien aclarado que una creencia es una condición o naturaleza subjetiva del conocimiento. Y si queremos ganar una parcela de avance científico en libertad, indispensablemente, habrá que objetivizar dichas afirmaciones, hoy limitadas a ser consideradas como una acción humana voluntaria, que, depende, del

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

1 V. BUNGE, Mario, “Diccionario de Filosofía”, Siglo XXI, 2001, pág. 41.

conocimiento de las cosas y de las personas y de la aprobación o desaprobación que tales apreciaciones susciten, favorable o desfavorablemente².

No se hará, pues, ninguna alquimia epistémica. Con el mayor rigor analítico posible se intentará descomponer, brevísimamente, tres aspectos magníficos que pude descubrir a partir de mi relación con Bidart Campos.

En tal sentido, el trabajo será duro y dudo que tenga la hondura que se merece. Primero, me referiré al Amigo. Segundo, al Maestro. Y, en tercer término, enunciar las que a mi juicio constituyen las veinte proposiciones capitales de la teoría jurídica de Bidart Campos.

Por eso, el íntegro edificio donde se hunden estas letras lo hacen en un territorio notablemente influido por la amistad y la admiración. Espero que éste, suelo quizá brumoso desde el punto de vista epistemológico, no quite relevancia al propio objeto de la disertación.

II. La amistad

Germán Bidart Campos fue un varón muy bueno, inquebrantable en su honestidad y de una coherencia en su pensamiento y capacidad de especulación científica, francamente, digna de admiración y respeto.

No daré ninguna lección útil. Siempre que tenemos un amigo es porque en él encontramos algo de lo que “carecemos”³. He aprendido esto desde la infancia, y la juventud, dejada atrás hace ya tiempo, no me ha cambiado de parecer. Instantáneamente: no soy distinto a ningún ser humano, ni diferente. Quiero a mis amigos, los admiro, los respeto, y los recibo con alegría.

Encontrarse con Germán Bidart Campos era la ilusión de la sabiduría confirmada. Eso es lo que proporcionaba el amigo Germán.

El lazo de la unión fue una continua, permanente, inalterable invitación a la generosidad, a la disposición y a la apertura y libertad para reunarnos. Por eso, lo más terrible de la pérdida de la amistad es cuando nos toca vivir la vida, los nuevos días, sin la presencia del amigo que les daba sentido. Muy bien se ha dicho que la pérdida de un amigo, es una pérdida de tiempo.

La amistad con Germán fue una invitación permanente a aceptar y ser aceptado.

2 GUIBOURG, Ricardo, GHIGILIANI, Ricardo y GUARINONI, Ricardo, “Introducción al conocimiento científico”, Bs. As., Eudeba, págs. 67 y ss.

3 FUENTES, Carlos, “En esto creo”, Barcelona, Seix Barral, 2002, pág. 9.

Mejor dicho: una lección de vida, que jamás se cumplía con instrucciones, ni muchos menos terminantes.

Él lo entendió muy bien: la amistad era modestia digna, imaginación, honestidad y sencillez.

Estoy viviendo quizá la parte más importante de mi vida. Y, según creo, puedo confesar que amistad es confianza. Vida, que jamás se cumplía con instrucciones, ni muchos menos terminantes.

El lo entendió muy bien: la amistad era modestia digna, imaginación, honestidad y sencillez.

Estoy viviendo quizá la parte más importante de mi vida. Y, según creo, puedo confesar que amistad es confianza. Consecuentemente, no es un atrevimiento decir que las etapas de la vida se van midiendo por los grados de afinidad íntima que mantenemos a lo largo de nuestras edades.

Germán Bidart Campos, igual que todos nosotros, fue único e irrepetible. Lo sé. ¿Pero cómo hacer con el desasosiego, el vacío profundo que deja su partida?

III. El maestro

Sabía, y por eso lo enseñaba, que la Universidad, por su mismo nombre, está llamada a servir de puente entre las culturas, es decir, entre la creación del hombre y la naturaleza, aumentando nuestra capacidad para dar y recibir.

La Universidad fue el espacio de Bidart Campos. El ámbito dónde conoció, reconoció y enseñó que se puede abrazar la cultura del otro, con el objeto de que el otro abraza también nuestra cultura.

Como Maestro su plan fue siempre infinito. Infatigablemente, sugería seguir investigando, reflexionando, escribiendo, exponiendo. En fin, intentando poner a prueba una y otra vez nuevas ideas y nuevos instrumentos. Actualizando sumarios de viejos derechos, o limitando y controlando aspectos de renovados poderes del Estado.

Bidart Campos fue un claro contraejemplo de que la vanidad de los científicos, es una de las causas principales de la pobreza o el retraso de los saberes, incluido el jurídico. Su lema, creo, fue recordarnos que el objetivo del saber, del saber jurídico constitucional, era abrir las puertas a la coexistencia racional, poniendo límites al infinito e ineludible error humano, en estos casos, en general, a cargo de servidores públicos.

En el magisterio de Bidart Campos brillaba la búsqueda de la verdad. Y nos enseñaba que la verdad logra triunfar, si es que realmente puede triunfar, siempre que

luchemos por ella. En una asociación libre, les diría, que el magisterio de Germán puede resumirse en un hermoso verso de Bertold Brecht: “el triunfo de la razón sólo puede ser el triunfo de los que razonan”⁴.

Enseñó que debíamos estar despiertos y dispuestos a aprender a pensar todos los días de nuestra vida, con infinita paciencia y atentísima disposición.

IV. Veinte proposiciones capitales y el trialismo en el derecho constitucional

Bidart Campos siempre sostuvo que el Derecho Constitucional, por ser una fracción del mundo jurídico, participa de la concepción tridimensional del mismo. Este mundo jurídico, es una realidad a la que calificaría con los adjetivos de humana y social. E integrándose con tres ámbitos, dimensiones u órdenes: el de las conductas, el de las normas y el de los valores. Al primero lo llama la dimensión sociológica, al segundo la dimensión normativa y al tercero la dimensión dikelógica.

Si hay algo de fascinante en esta concepción del mundo jurídico es la coherencia. Sin temor a equivocarme demasiado, creo, lo expone por vez primera, en su *Derecho Constitucional*, publicado en 1964, por Editorial Ediar.

40 años después, en ocasión de publicar una nueva obra su *Compendio de Derecho Constitucional*, no solamente seguía ratificando en la juridicidad de este mundo. Insistía, razonablemente, con la descripción de cada uno de estos órdenes. El orden de las conductas: comportamientos humanos que llevan a cabo un reparto o repartos; conductas de reparto que constituyen la realidad fundamental del mundo jurídico y las conductas que interesan a la dimensión sociológica del derecho constitucional son, precisamente, las conductas (justas o injustas) que se consideran modelo; las conductas que no alcanzan ejemplaridad, no forman parte del orden de conductas, razón por la cual, “Derecho Constitucional positivo” es igual a “Derecho Constitucional vigente sociológicamente”, lo que funciona y se aplica, porque tiene ejemplaridad, obteniendo seguimiento en situaciones similares. Solamente las conductas ejemplares tienen vigencia sociológica.

Distinguió también la dimensión normativa. La captación lógica de un reparto producido por un sistema de normas, reconociendo hasta el final de sus días que las normas pueden estar formuladas expresamente o no estarlo. Sin desviarme demasiado, una de las preocupaciones centrales de Germán Bidart Campos eran lo que él llamaba las “implicitudes”, los derechos implícitos en nuestra Constitución federal. Tal fue, por otra

4 BRECHT, Bertold, “Galileo Galilei”, Teatro Municipal General San Martín, Bs. As., 1985, pág. 99.

parte, una de sus últimas presentaciones internacionales en el marco del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional⁵.

Pero, por fin, todo esto coronaba con el más excelso de los valores del mundo jurídico: la Justicia. Creía que el valor era objetivo y trascendente, porque no era creado ni inventado por los hombres. Por este carácter relacional y direccional hacia el hombre, el valor vale o es valor para el hombre. Reconocía que el valor no era histórico, pero sí lo era su ingreso en una comunidad.

Por estas razones Germán Bidart Campos fue un trialista, si debemos sintetizar cual era su enfoque para describir y valorar el Derecho. Al igual que Werner Goldschmidt y Miguel Ángel Ciuro Caldani, el mundo jurídico se compone, como decía más arriba de tres dimensiones u órdenes, y cualquiera que desee conocer el Derecho Constitucional de un Estado, no podría conformarse con la lectura de su Constitución escrita. Según esta postura epistemológica para la comprensión del fenómeno jurídico, deberá acudir al examen de su funcionamiento y, además, indagar que contenidos constitucionales existen en forma de valores, estado en el cual el investigador podrá encontrar la estimativa o valoración, es decir, la justicia o injusticia del plexo analizado.

Sus conocimientos, por decirlo, simplemente, eran enciclopédicos.

Como nunca más tendré la oportunidad de ver a solas a Bidart Campos, luego de su muerte, me impuse una tarea. No reiteraré juramento de fidelidad a sus resultados. Sencillamente, los comparto con el lector, para decidir, debatir, corregir, cuan equivocado puedo estar.

En tal sentido mi única contribución, si es que la hay, es recorrer la obra del Maestro y, en forma arbitraria e insuficiente enunciar 20 proposiciones capitales de su teoría jurídica.

1. Forma de Estado Democrática⁶
2. Interpretación de y desde la Constitución⁷
3. Fuerza Normativa de la Constitución del Estado Democrático⁸
4. Teoría de la Fuerza Normativa de la Constitución⁹
5. Fuerza Normativa y Parte Dogmática de la Constitución¹⁰

5 BIDART CAMPOS, Germán J., “Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”, en AA. VV., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Méndez Silva, Ricardo (coord.), UNAM, México, 2002.

6 “Manual de la Constitución Reformada”, t. I, Bs. As., Ediar, 1996, pág. 431.

7 Íd., pág. 312.

8 “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Bs. As., Ediar, Buenos Aires, 1995, págs. 20 y ss.

9 Íd., pág. 65.

6. La Constitución como Proyecto¹¹
7. Los Principios y los valores de la Constitución¹²
8. La Persona Humana y el Contenido Material de la Constitución¹³
9. Bloque de Constitucionalidad¹⁴
10. El Acceso a la Justicia¹⁵
11. La Defensa de la Constitución¹⁶
12. Los Derechos Implícitos: Encuadre, Riqueza, Desarrollo Progresivo, Listado¹⁷
13. El Poder. La Mediación entre Poder y Sociedad¹⁸
14. La Corte Suprema: Tribunal y Poder¹⁹
15. La Corte Suprema: ¿Un Poder con Más Poder que los Otros Poderes?²⁰
16. Supremacía y Control de la Constitución²¹
17. El Control de Constitucionalidad de Oficio²²
18. La Judiciabilidad de las Cuestiones Políticas²³
19. Los Decretos por Razones de Necesidad y Urgencia. Alcance de la Prohibición Presidencial para su Dictado²⁴
20. Jerarquía Constitucional del Derecho Comunitario (según su propuesta)
En este momento él debe estar escribiendo una más: la 21.

V. La despedida

El 9 de diciembre de 2004, al cumplirse el primer aniversario de natalicio de Germán, sin su presencia física, el profesor doctor Eugenio Raúl Zaffaroni le escribió una carta. Una de sus partes, muy cortita, que me permito citar, dice lo siguiente: “Chau,

-
- 10 Íd., pág. 75.
 - 11 Íd., pág. 96.
 - 12 Íd., pág. 116.
 - 13 Íd., pág. 124.
 - 14 Íd., pág. 264.
 - 15 Íd., pág. 305.
 - 16 Íd., pág. 365.
 - 17 “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. I-B., Bs. As., Ediar, 1995, págs. 264 y 304.
 - 18 Íd., t. II, Bs. As., Ediar, 1995, págs. 422 y ss.
 - 19 “La Corte Suprema”, Bs. As., Ediar, 1985, págs. 20 y ss.
 - 20 Íd., págs. 207 y ss.
 - 21 Íd., págs. 29 y ss.
 - 22 “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa” cit., pág. 423.
 - 23 Íd., pág. 429.
 - 24 “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, t. VI, Bs. As., Ediar, 1995, pág. 442.

Germán, nos vemos. Raúl”²⁵. Quisiera estar completamente equivocado. Renunciar ahora mismo a mi concepción ontológica y gnoseológica del mundo, y saltar ahora mismo de una estrella a otra, y mano a mano, decirle: “Hola, Maestro, ¿cómo va...? Vos sabés que estuve pensando en...” como hice todos los fines de semana, durante más de una década en largas tertulias académicas.

Bidart Campos siempre refería que la vida es corta. Pero el fin de toda vida, lo sabemos, es la muerte. Pulsión que nos aguarda. E iguala. Sabemos que un día llegará, aunque nadie sepa de qué se trata.

La muerte se ensaña con nosotros, nos lesiona definitivamente, cuando nos arrebatamos a un ser a quien respetamos tanto y por quien sentimos tanto afecto.

Pero el pensamiento no muere. La idea que parecía muerta en un tiempo, reaparece en otro. Y esto, sin ánimo de profecías que aborrezco, es lo que ocurrirá con la obra de Germán Bidart Campos.

Intentó resolver el principal problema filosófico: el que nos hace indagar si la vida, tal como nos es entregada, merece o corresponde ser vivida o vivirse. Apostó siempre a la vida.

Fue un humanista de raza. Con una visión filosófica que invitó y sigue invitando a la libre investigación, que defiende los códigos morales, que da prioridad a los derechos humanos y busca el bienestar de las personas, sustentado en programas políticos que dan prioridad a la libertad ciudadana. El fundamento de este humanismo es, pues, la naturaleza humana.

Como sostiene uno de sus más distinguidos discípulos, el recuerdo es una forma de inmortalidad, que aunque meramente intelectual, mantiene viva la memoria del difunto²⁶.

Para terminar estas letras, como oratorio laico, intentaré un “canto de despedida”. Si es que ha de ser cierto que la memoria del corazón borra los malos momentos, y magnifica los buenos para mejorar o permitir nuestra supervivencia²⁷. Lleno de vida, pues, ahora, te despido con palabras de Walt Whitman, escogidas especialmente para este homenaje:

25 Jueves 9 de diciembre de 2004. Querido Germán: Cuando lean este mensaje no estaré presente en la Facultad. Imagino que estaré sobre el océano y será de noche. Debajo tendré una enorme mancha oscura y arriba un montón de estrellas. ¿Desde cuál, poniendo mucha atención, podrás divisar este diminuto insecto metálico? Te reirás de mí, tan pequeño como un virus encerrado, inmovilizado y atado dentro de la panza de un bichito volador ruidoso y feo...

26 ROSATTI, Horacio Daniel, “El cuerpo de la muerte”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 70.

27 GARCIA MARQUEZ, Gabriel, “El amor en los tiempos del cólera”, Bs. As., Sudamericana, pág. 146.

*“Estos son en verdad los pensamientos de todos los hombres
 en todas las épocas y países: no son originales míos,
 Si no son tuyos tanto como míos, son nada o casi nada,
 Si no son el enigma y la solución del enigma, son nada
 Si no son cercanos como lejanos, son nada
 Esta es la hierba que crece donde hay tierra y agua,
 Este es el aire común que baña el globo”.*
*“...Anuncio a la justicia triunfante,
 Anuncio intransigentes igualdades y libertades,...”.*
*“...Anuncio al gran individuo, fluido como la naturaleza,
 afectuoso, compasivo, armado plenamente...”.*
“Anuncio una abundante vida, vehemente, espiritual, audaz...”.
*“...Lo mejor de mí quedará cuando yo no sea visible,
 para ese fin me he preparado sin tregua”.*
*“...¿Hay acaso un adiós definitivo?
 Mis cantos han cesado, los abandono”.*
*“...Recuerda mis palabras, tal vez yo vuelva,...
 Soy como algo incorpóreo, triunfante, muerto”²⁸.*
 (Walt Whitman)

Aleluya, Profesor Bidart Campos.

Estamos vivos. Te adelantaste por derecho propio. Y nos enseñaste en magnífica forma lo que vendría después, aunque no nos hayas avisado que partías. Eres concreto, aunque invisible. Podemos leerte. Imaginando lo feliz que seríamos si estuviéramos juntos y seguiríamos siendo amigos. *¡Sursum corda!*

Y compartiendo íntegramente la categoría conceptual desarrollada por otro de tus más distinguidos discípulos, “en un mundo de libertades, es un privilegio ser constitucionalistas”²⁹.

28 WHITMAN, Walt, “Hojas de hierba”, selección, traducción, y prólogo de Jorge Luis Borges, Barcelona, Lumen, 2000, págs. 61, 267, 269 y 271.

29 V. VALADES, Diego, Discurso de apertura del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, DF, 12 de febrero de 2002, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/242/14.pdf>

LA FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

ANA MARÍA FIGUEROA *

I. Introducción

Quiero agradecer la invitación a participar en estas Jornadas en homenaje al Dr. Germán Bidart Campos, quien durante toda su vida se dedicó a estudiar el derecho, centralizando en el derecho constitucional, abordándolo desde la filosofía, sociología jurídica y en la última etapa analizó la importancia de los derechos humanos, realizando aportes significativos en la materia, siendo hoy cita permanente en el ámbito académico, judicial y doctrinario.

Para pensar acerca de la filosofía de los derechos humanos, debemos preguntarnos ¿Cómo nace la idea de que los seres humanos tenemos derechos?, ¿Por qué se idearon y sostienen estructuras jurídicas en base a desigualdades?, ¿Cómo se construye ese conocimiento de derechos?, ¿Después de conocerlos, podemos transformarlos?, ¿Qué relación debe darse entre Estado Constitucional de Derecho y Derechos Humanos?, parecen pocas preguntas, pero cada una de ellas podría derivar en un tratado, por ello la importancia de seminarios, donde podamos debatir, preguntarnos, aportar, reconstruir, porque los estudiosos del derecho debemos dar en este campo respuestas, que sirvan a las necesidades de nuestro tiempo. No podemos sentirnos satisfechos con describir la realidad o interpretarla, sino que debemos comprometernos para cambiarlo y fundamentalmente desde la Universidad Pública.

Por ello no podemos analizar los derechos en el siglo XXI que iniciamos, sin advertir que el nacimiento del Estado de Derecho se produce a partir de 1789 con la Revolución Francesa, donde se impone la práctica de que los Estados adoptan sus cartas constitucionales con un contenido formal de proclamación de derechos, libertades y garantías, con una organización y distribución del poder, emanados sus contenidos del poder constituyente. Este es el nacimiento de los derechos subjetivos.

Con el inicio del constitucionalismo, las ideas del aseguramiento de las libertades individuales e imposición de los límites al poder constituían la centralidad.

* Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNL, Doctora en Derecho, Facultad de Derecho, UNR. Profesora titular ordinaria de Derecho Constitucional II –Derechos Humanos y Garantías Públicas–, en la Carrera de Abogacía. Profesora titular de Derechos Humanos en la Especialización en Magistratura de la Facultad de Derecho de la UNR.

En el devenir se incorporaron a los derechos civiles, los políticos, luego de la Revolución Rusa se generalizaron los derechos económicos, sociales y culturales.

En el siglo XX con la Carta de Naciones Unidas –1945– y la “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*” –1948–, nacerá el nuevo paradigma jurídico de los derechos humanos, aunque recién en este siglo hayamos advertido su nueva construcción teórica. Las declaraciones, pactos, tratados que se elaboran a partir de esta etapa constituyen una nueva legalidad internacional y del derecho interno, a partir de la cual esta diferente mirada de la sociedad controlará a los gobernantes y al derecho, por medio de la cual ya no habrá ningún acto de poder que pueda ser admitido ni aceptado como legítimo, si no pasa el test de los estándares mínimos en derechos humanos.

En la década del '70, se comprendió que la proclamación de las independencias de los nuevos Estados y del tercer mundo, eran insuficientes para autodeterminarse, se comenzaron a construir nuevos esquemas teóricos sobre los derechos de los pueblos, como mecanismos para hacer frente a las mayores concentraciones del poder.

Paralelamente en este período se instauraron los autoritarismos en el Cono Sur, donde sectores de la sociedad civil, ONG, las/os ciudadanas/os comprometidas/os con los derechos humanos, militantes, opositores a las diversas modalidades de las derechas, usamos del discurso jurídico y la llave del monitoreo supranacional que prevén los tratados, para hacer frente a la ilegitimidad de los estados terroristas. Lejos de servir sólo como mecanismo para esa etapa, lo fuimos profundizando con la instauración de las democracias, prácticas que cada vez tienen más fuerza en el contexto regional y global.

Llegamos al final del siglo XX, donde fue creciendo la idea del neoconstitucionalismo, que constituye la superación de la concepción decimonónica del Estado Liberal de Derecho, por la etapa del Estado Constitucional de Derecho, en donde el contenido es significativo, al decir de Luigi Ferrajoli que corresponden a dos modelos normativos diferentes: *el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o modelo constitucional)*¹.

Esta nueva concepción del neoconstitucionalismo, va ampliando la incidencia del DIDH en las normas internas, como así también que los actos estatales deben aprobar el estándar de los derechos humanos para su validez y legitimidad, incorporará a la organización interna de los Estados una nueva práctica, que traerá discusiones y desequilibrios si pretendemos abordarla con las viejas concepciones jurídicas. De ello

1 FERRAJOLI, Luigi “Neoconstitucionalismo”, Edición de Miguel Carbonell, 2ª Ed. Madrid, Trotta, 2005, págs. 13-4.

resultará una síntesis que abre paso a la incorporación de tipologías que modificarán lo actuado hasta ahora.

II. Desarrollo

1. *Globalismo jurídico y derechos humanos*

Iniciamos el siglo XXI con el paradigma de la globalización, el poder de los medios de comunicación masivos e Internet y el discurso único instalado.

Convivimos con un sistema de mundialización de bienes y servicios en un mundo interdependiente, con bolsas y mercados de valores que funcionan los 365 días y las 24 horas del año, dado que siempre existe por las diferencias horarias alguna bolsa abierta donde juegan en el gran casino mundial los ciudadanos globales, que son un porcentaje muy pequeño de seres humanos, apuestan y deciden la suerte de los más de seis mil millones que habitamos el planeta.

El flujo de capitales, transacciones, bonos y valores se mueve en un propio estado supranacional, independientemente de los estados nacionales, en donde cotiza la comunidad económica multinacional y tiene como objetivo la optimización de sus recursos a escala planetaria del capital financiero, divisas, acciones, con el aval del FMI, OMC, Banco Mundial, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, entre otras. Es un supra estado multinacional, sin sociedad política y sin ciudadanos, donde no existe la democracia liberal del ejercicio de los derechos políticos, sino las decisiones económicas que condicionan la política, se toman sólo por los que cotizan, especulan y juegan en las bolsas, pero sus consecuencias las sufrimos los miles de millones de seres humanos que nos encontramos excluidos de ella. Ante el acrecentamiento del poder económico, se van degradando los DH.

Debe agregarse que no existen mecanismos ideados por las democracias para hacerles frente a la especulación financiera organizada, habiendo ejemplos, aún en nuestro país, de finalización anticipada de mandatos legítimos de gobernantes, cuando lo impone el poder económico. Se puede analizar así la fragilidad del Estado de Derecho y de las democracias ante al poder económico concentrado. El derecho interno también resulta ineficaz para el control.

Frente al ejercicio del poder económico transnacional y violento, donde la minoría que lo detenta lo hace a costa de la mayoría de la población mundial; que se caracteriza por su pobreza, vulnerabilidad, insuficiencia de alimentos, bienes y servicios y omisión de derechos esenciales, va creciendo la fuerza del *globalismo jurídico*, en donde los

derechos corresponden a los seres humanos, como sujetos de derecho internacional, que nacen libres e iguales, independientemente de su nacionalidad, raza, condición social, educación, linaje, etnia, ciudadanía, género y que no reconoce ningún tipo de fronteras.

Este *globalismo jurídico* se encuentra contenido en las declaraciones, pactos, tratados, convenciones, internacionales y regionales, que a su vez cada uno de ellos tienen sus propios organismos políticos, jurídicos, contenciosos y cuasi contenciosos de control para el cumplimiento del contenido de esos instrumentos, ratificados voluntariamente por los Estados que los suscriben.

El contenido de las normas del DIDH, se encuentran basadas en un consenso universal, poseen un positivismo convencional regulado en el contenido de los artículos respectivos en cada instrumento, que tienen en el caso de Argentina jerarquía constitucional, si se trata de los instrumentos contenidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional –once instrumentos reconocidos en la Convención Constituyente en 1994 y dos posteriormente, por el mecanismo que la propia CN determina–, o superior a las leyes internas –artículo 75 inciso 24 CN–, de manera que todas las normas y actos de los poderes del Estado se deben adecuar a éstos, de lo contrario la CSJN deberá resolver su inconstitucionalidad en ejercicio del “*control de constitucionalidad y convencionalidad*” de las leyes y actos de gobierno.

En este sentido la CSJN ha venido sosteniendo en los casos “*Giroldi*”, “*Bramajo*”, “*Alvarez*” y más extensamente a partir de su nueva conformación en “*Arancibia Clavel*” –24/08/2004–; “*Simón*” –14/06/2005– y “*Riveros*” –13/07/2007– que es su obligación interpretar las normas del derecho interno tomando como guía a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos –CIDH–, ya sea en sus fallos como en las opiniones consultivas –OC–.

Es interesante analizar las citas y la validez asignada por la CSJN a los decisorios de la CIDH, especialmente de los casos “*Barrios Altos vs. Perú*” –14/03/2001– y “*Almonacid Orellano y otros vs. Chile*” –26/09/2006–, cuando debieron decidir cuestiones semejantes a las ya resueltas por la Corte Interamericana en las planteados ante el Superior Tribunal de Argentina, sobre la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad 23492 y 23521 y la validez de la ley 25779; como así también sobre la inconstitucionalidad del indulto 1002/1989.

2. El nuevo paradigma de los Derechos Humanos

Como lo anticipara en la introducción, los derechos contenidos en el sistema convencional no constituyen un plus a los derechos subjetivos del constitucionalismo decimonónico, por lo que para su mejor comprensión realizaré la diferencia acerca de la

construcción epistemológica entre derechos humanos y derechos subjetivos.

a. En primer lugar poseen una construcción epistemológica distinta, el origen de los derechos humanos surgen a partir de la Carta de UN y la “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, son construcciones convencionales realizadas entre los Estados que las elaboran en las primeras instancias con formato de declaraciones, donde se discutía su exigibilidad, hasta perfeccionarlas en Pactos y Convenciones exigibles por quienes las ratifiquen. En la actualidad los derechos humanos son aceptados por sus características de supralegalidad interna, de orden público, indivisibilidad, exigibilidad, irrenunciabilidad, no regresividad y se aplica el principio *pro homine*.

Los derechos humanos surgen entre las dos guerras mundiales, se formalizan a partir de las declaraciones universales y regionales de derechos humanos en 1948. Los sujetos que violan los derechos humanos son los estados o grupos de estados, organismos internacionales, organizaciones internacionales –Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, Banco Mundial–, por lo que se debe reconocer una antijuridicidad objetiva ante la situación de desposesión.

Mientras que los derechos subjetivos surgieron con el Estado Liberal de Derecho en 1789, como consecuencia del abstencionismo estatal, son positivizados en constituciones, normas, que consagran los derechos y libertades del ciudadano. Los sujetos de los derechos subjetivos son las personas, podemos afirmar que estos derechos son vulnerados por los particulares entre sí en diversas relaciones: civiles, comerciales, laborales; o por grupos económicos, teniendo una base contractual privada.

b. En segundo lugar se diferencian en cuanto a la formalidad, los derechos humanos son construcciones normativas convencionales que se realizan entre Estados ya sean de una misma pertenencia internacional o regional –UN, OEA, Unión Europea, Unión Africana–, que a pesar de las diferencias culturales, étnicas, geopolíticas, poder, se consensúa estándares mínimos de derechos, de manera que si un Estado en su derecho interno tiene mayores reconocimientos, funciona el principio “*pro homine*” y se aplica siempre lo más favorable al ser humano, pero a la vez los Estados que lo ratifican no pueden alegar cuestiones domésticas para incumplirlo, siempre deben respetar el piso mínimo. Estos instrumentos luego de ser sometidos a su aprobación en el organismo internacional o regional que corresponda, posee otro proceso igualmente formal por los poderes de cada Estado para su positivización en el derecho interno y una vez que se logra el voto positivo, nuevamente vuelve al trámite internacional hasta culminar con el depósito del instrumento ratificado.

Los derechos subjetivos de cada Estado sólo poseen un trámite interno para la

sanción de las leyes ya sean constitucionales u ordinarias, son formulaciones generales que conforman las constituciones, legislaciones internas, normas del sistema jurídico, que contemplan las particularidades de cada país, que pueden ser cambiadas con mayor frecuencia dado que depende únicamente del poder político de cada Estado.

Pero, cuando esos mismos derechos se encuentran en el texto de un tratado que el Estado ha ratificado, estamos en la órbita de los derechos humanos y en consecuencia se está reconociendo estándares mínimos universales para aplicarlos en el país. De manera tal que, si no se cumplen los preceptos convencionales se incurre en responsabilidad internacional, que es mucho más grave que violar una norma interna, porque el incumplimiento genera la intervención de órganos supra nacionales que pueden derivar en sentencias condenatorias, exigiendo el cese de la violación, reparaciones o modificaciones de actos estatales². Los mecanismos de control son diversos, desde la presentación de informes de los Estados para establecer el grado de cumplimiento a los pactos, los contra informes de las ONG, las denuncias que los particulares realizan a los incumplimientos, entre otras.

En consecuencia la violación de una norma interna, aún constitucional, implica responsabilidades al Estado en el orden interno frente a los ciudadanos, pero cuando el mismo contenido normativo se encuentra positivizado en un tratado, genera además responsabilidad estatal internacional.

c. En tercer lugar se diferencian en cuanto al sujeto, los derechos humanos son violados por acción u omisión por los Estados, de manera que no sólo se incumple una convención cuando en sus prácticas las vulnera o desconoce directamente, sino también cuando frente a una situación de desposesión generalizada, no adopta políticas públicas para que las/os ciudadanas/nos tengan acceso a los derechos, reconociéndose la anti-

2 La *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, determina que sus controversias serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de parte, artículo 9; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* establece dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con los compromisos de la CADH –artículo 33– que son la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* –artículos 34/51– y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* –artículos 52/69–; la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* su monitoreo lo realiza el *Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* –artículos 17/22–; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* establece que su monitoreo estará a cargo del *Consejo Económico y Social* –artículos 16/22–; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* es controlado por el *Comité de Derechos Humanos* –artículos 28/43– y su *Protocolo Facultativo* que reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos; la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* encomienda al *Comité contra la Tortura* la tarea de control –artículos 17/24– y la *Convención sobre los Derechos del Niño* deja en manos del *Comité de los Derechos del Niño* –Artículos 43/45–.

juridicidad objetiva.

En cambio los derechos subjetivos son vulnerados por particulares, personas físicas o jurídicas, grupos, sociedades, que se encuentran en el circuito económico y poseen una base contractual privada o efectivizan una conducta disvaliosa tipificada como ilícito.

d. En cuarto lugar se diferencian en cuanto al objeto, los derechos humanos son derechos y garantías que constituyen necesidades humanas internacionalmente objetivadas en los respectivos instrumentos convencionales, se parte de la concepción que todo ser humano es un sujeto de derecho internacional y cada Estado, como parte integrante de la comunidad internacional debe velar por ellos, independientemente de su capacidad de adquirirlos frente al mercado. Deben ocuparse los Estados del acceso al derecho, remover los obstáculos cuando los seres humanos no pueden tener derechos.

Los derechos subjetivos tienen como objeto la defensa y protección del derecho de propiedad, las cosas, los objetos susceptibles de una apreciación patrimonial, reconocidos por las leyes del sistema jurídico interno.

e. En quinto lugar se diferencian en cuanto al sistema de garantías, los derechos humanos contenidos en el sistema convencional, cuando son violados las/os ciudadanas/os disponen de un accionar jurisdiccional ante los tribunales de justicia de su país, pero si el reclamo no es receptado y se sienten agraviadas/os, subsidiariamente pueden reclamar ante el organismo de control de cada instrumento convencional, como fue referido en el punto b.

Cuando la vulneración es de derechos subjetivos se pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional reclamando por incumplimientos contractuales, obligaciones insatisfechas, turbación ilegítima de un derecho o frente a la desposesión arbitraria, porque se demanda la reposición al estado anterior al litigio, o en caso de imposibilidad, como es la muerte de una persona por otro particular, ya sea ante delitos o cuasi delitos, se reclamarán los daños y perjuicios o sanciones punitivas o ambas.

f. En sexto lugar se diferencian en cuanto a la legitimación, frente a la vulneración de derechos humanos el particular lesionado, las ONG, los grupos sociales, el Estado y la comunidad internacional tienen legitimación para accionar ante la justicia para el cumplimiento de derechos convencionales, máximo cuando las investigaciones, juzgamiento y sanciones se refieren a crímenes de lesa humanidad.

La legitimación frente a los derechos subjetivos generalmente está reservado al afectado, a quienes tiene un interés legítimo y a funcionarios específicamente designados por la ley para asumir dichos roles.

g. En séptimo lugar se diferencian en cuanto a la jurisdicción, los derechos humanos son subsidiariamente internacionales o regionales, según del instrumento convencional del que se trate. Se aplica la subsidiaridad porque primero deben reclamarse en el propio Estado donde se ha producido la violación y una vez que se agotó la vía dentro del sistema jurisdiccional de cada país, se habilita el reclamo o demanda internacional.

En los derechos subjetivos la jurisdicción es interna, se judicializan en los tribunales competentes de cada país, el superior tribunal de justicia es el que resuelve en definitiva y la sentencia es inapelable. Sólo cuando el litigio versa sobre cuestiones de derechos humanos es posible someter el decisorio a análisis de otro organismo supranacional, pero éste no podrá revisar un fallo de los tribunales de otro país, ni las leyes internas de ese, sino que sólo analizará si el caso viola o no normas convencionales.

Esta construcción acerca de los derechos humanos trae consecuencias en la teoría de los derechos subjetivos, porque frente a determinadas violaciones sobre los primeros, no podemos analizar únicamente los contenidos del derecho interno, sino que debemos efectuar el control de convencionalidad.

III. Conclusiones

Con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 y la jerarquía asignada a los tratados sobre derechos humanos, internacionales y de integración, se asumía una nueva filosofía política e iniciaba la etapa del neoconstitucionalismo, o del estado Constitucional de Derecho siendo ésta la coalición de Democracia, Constitución y Derechos Humanos.

El neoconstitucionalismo implica asegurar: Que el contenido de la Constitución debe ajustarse a los estándares del DIDH; el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y actos de gobierno; la subordinación de todos los órganos del Estado a los derechos humanos.

Este paradigma de derechos humanos constituye la cara progresista de la globalización, impone un globalismo jurídico en donde por un lado protege a los seres humanos como sujetos de derecho internacional y por la otra podrán los ciudadanos utilizar nuevas herramientas de resistencia al poder económico concentrado y a los Estados más poderosos.

Posibilita que el derecho sea usado como un espacio más de resistencia y construcción, dado que la globalización también puede ser encaminada hacia la creencia de que un mundo mejor es posible, con vigencia plena de los derechos humanos.

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LAS RAMAS DEL DERECHO

RICARDO GUIBOURG *

1. La filosofía cumple una función básica en el pensamiento general; de hecho, es completamente imposible pensar sin tener una filosofía. Lo que sucede casi siempre es que damos por sentadas ciertas opciones filosóficas que hemos tomado, inadvertidamente, de la estructura del lenguaje que aprendimos de pequeños y de la cultura en la que hemos crecido. Esta filosofía “práctica”, nunca sometida a un análisis crítico consciente, suele contener contradicciones e inconsistencias que la tornan prácticamente inservible. Con el pensamiento jurídico sucede lo mismo: cuando discutimos acerca del derecho, damos por sentadas opciones de la filosofía del derecho (superpuesta a la general) que tampoco hemos sometido a crítica racional y también suele contener contradicciones e inconsistencias más o menos ocultas tras un lenguaje lleno de palabras prestigiosas.

2. El problema de la filosofía general no se resuelve leyendo libros: en lugar de elaborar nuestra propia filosofía, estudiamos (historia de la) filosofía, con lo que lo que debería ser la base racional de nuestro pensamiento se convierte en un conocimiento esquemático (y bastante vago) de los pensamientos de otras personas a quienes admiramos.

3. El problema de la filosofía del derecho es parecido. En lugar de encaramarnos sobre una filosofía general consciente y operativa para construir un pensamiento jurídico consciente, operativo y coherente, tendemos a considerar que el derecho nace de la práctica. Pero ni siquiera construimos una filosofía yendo en ese sentido inverso, que ya sería mucho: hacemos lo que otros hacen, decimos lo que otros dicen y repetimos teorías poco meditadas, sin cuidarnos de la coherencia de todo ese pensamiento con tal que queden a salvo ciertas prácticas, ciertos estados de cosas y ciertas aspiraciones que valoramos explícitamente.

* Profesor titular emérito y director de la Maestría en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

4. Esta dificultad, que se plantea a diario en el pensamiento filosófico jurídico, se multiplica y se potencia cuando razonamos en los límites de alguna de las ramas del Derecho, cada una con su tradición, su historia, sus héroes, sus villanos y sus modas.

5. Cada rama está signada por los valores que sus cultores pretenden realizar: el derecho civil busca la estabilidad y el cumplimiento de las obligaciones, así como el resarcimiento de los daños hasta la exasperación; el derecho comercial persigue la continuidad de los negocios; el derecho laboral quiere amparar al débil; el tributario desea recaudación; el procesal añora la predictibilidad; el administrativo intenta con relativo éxito limar las asperezas del poder estatal; el penal no termina de debatir sus propios objetivos y el constitucional, ya deteriorado por rebeliones y catástrofes, por excepciones, picardías y emergencias, apenas atina a implorar cierta gobernabilidad.

6. En estas condiciones, lo que se hace desde una rama podría criticarse desde otra. La controversia no estalla porque muchos especialistas están tan concentrados en los problemas de su propia rama que no tienen ánimo para analizar lo que sucede en las otras.

7. Sin embargo, en un pensamiento jurídico consistente debería ser posible seguir el hilo de la interpretación de un artículo del Código Civil, por ejemplo, hasta advertir sus fundamentos, no sólo en su relación analógica con otros artículos del mismo código, con la doctrina o con el derecho comparado, sino a través de una concepción general del derecho civil, de su función en la sociedad, de los límites y vínculos de esa función ante las demás estructuras y funciones, de una teoría general del derecho, de cierto conocimiento de estados de cosas sociales y de relaciones de causa a efecto también sociales, económicas y psicológicas, de una teoría política, de un sistema moral, de una teoría metaética y, por último, de una ontología, una teoría del conocimiento y una metodología generales capaces de abarcar el pensamiento entero, incluido el de los juristas. Esta visión de conjunto llevaría –entre otras consecuencias deseables– a una mayor armonía entre las ramas del derecho, que volverían a reconocerse como capítulos de un mismo fenómeno y como segmentos diferentes de la lucha del hombre por los mismos ideales. Implicaría, por ejemplo, postular ciertas fronteras compartidas entre los objetivos del derecho civil, del comercial, del laboral y del procesal; cierta armonía entre los derechos tributario y administrativo por un lado y el constitucional por el otro; y, con un poco de buena suerte, traería además una visión más seria del derecho constitucional y una mejor disposición para acatar y cumplir sus normas.

8. Nada de esto sucede: es más, estoy seguro de que muchos considerarían lo que acabo de decir como una exageración racionalista o como una cortina de humo para distraer a las almas buenas de su tarea cotidiana, que es la búsqueda de la justicia. Y así vivimos y pensamos, cada uno aferrado a un cuadrado de mosaico y sin una idea clara de la figura que proponemos componer con todas las piezas, confundiendo palabras con proyectos y metáforas con ideas. Además, ese mismo cuadrado de mosaico que cada uno de nosotros tiene en sus manos amenaza disgregarse cuando lo observamos atentamente, porque no lo hemos dejado fraguar en el horno de la crítica racional.

9. La situación que estoy describiendo es casi desesperante, porque si tantas veces hemos sufrido leyes que juzgamos injustas, acaso pronto no tengamos ni siquiera leyes que criticar ni criterios reconocibles para juzgarlas.

10. Este ciclo metodológicamente involutivo puede detenerse y revertirse. No será un trabajo fácil. Requiere un ejercicio profundo de introspección crítica, para que cada uno de nosotros advierta su propio modo global de pensar y lo reconstruya racionalmente, y otro ejercicio leal de diálogo, para que cada uno ponga a prueba sus ideas ante el desacuerdo de los demás. Y requiere volver a construir puentes que vinculen la práctica jurídica con la teoría del derecho, la teoría del derecho con el pensamiento cotidiano y todo eso con las bases filosóficas que realmente –y no sólo de oídas– estemos dispuestos a emplear como nuestras. Si lo logramos, no sé qué derecho brotará de esa siembra. Pero será un derecho, será el nuestro, lo criticaremos, lo obedeceremos y lo usaremos para evitar o resolver nuestras controversias. Ojalá podamos calificarlo de justo. Y ojalá también sepamos dialogar, en un lenguaje común, con quienes lo califiquen de injusto.

**EL DERECHO DE FAMILIA
Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.
LOS APORTES DEL PROF. GERMÁN J. BIDART CAMPOS
DESDE SU DISCIPLINA DE PERTENENCIA**

ADRIANA N. KRASNOW *

I. Introducción

Partiendo de las enseñanzas de Ciuro Caldani, el acto de filosofar es un acto de conocimiento con vocación de universalidad, que presenta tensiones cuando se lo vincula a regiones del universo, entre las cuales encontramos el Derecho¹.

En tal sentido, una cuestión permanente en la Historia de la Filosofía del Derecho Privado es la distinción y vinculación del Derecho Público y el Derecho Privado.

Justamente, Bidart Campos en diversos trabajos se ocupó de la incidencia del Derecho Público en el Derecho de Familia, como área de conocimiento perteneciente al Derecho Privado².

* Investigadora adjunta del CONICET. Doctora en Derecho. Profesora adjunta de Derecho Civil V en la Facultad de Derecho de la UNR.

1 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)", 1ª ed., Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

2 Ver, entre otros: "Sexualidad, minoridad, discernimiento y patria potestad" (nota a fallo), en "Revista Derecho de Familia", 2004-I, Lexis Nexis, Bs. As., 2004, págs. 47 y ss.; "El examen hematológico mediante prueba compulsivamente obtenida", en LL, 2003-F-435; "¿Es inconstitucional la indisolubilidad del matrimonio?", en LL, 2003-F-435; "La denegatoria de personalidad jurídica a la Asociación de Swingers es perfectamente constitucional y coincide con el orden público de nuestro Derecho de Familia", en LL, 2003-E-513; "La ley de unión civil de la ciudad autónoma de Bs. As.", en LL, 2003-C-1495; "El adulterio lapidado ¿Y la dignidad de la persona también?", en LL, 2002-C-1405; "El derecho de casarse", en LL, 2002-C-1406; "Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación de un menor", en LL, 2002-C-719; "El derecho a la salud en la convivencia familiar extramatrimonial", en LL, 2002-C-730; "Constitución, disolubilidad matrimonial, discriminación... y algo más", en LL, 2001-D-1307; "Una discriminación por sexo declarada inconstitucional y remedada", en LLBA, 2001-433; "La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?", en LL, 2000-B-22; "Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia", en "Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 15, Bs. As., Abeledo Perrot, 1999, págs. 9 y ss.; "Familia y Derechos Humanos", en "Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad", Bs. As., Ediar, 1999, págs. 85 y ss.; "Familia y Derechos Humanos", en "El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas", Santa Fe-Bs.

Tras la lectura de estos trabajos, en los cuales el jurista desde su disciplina estudia los distintos institutos pertenecientes al Derecho de familia, nos pareció pertinente analizar en esta oportunidad sus aportes en vinculación a la protección de la intimidad y la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares.

II. La intimidad y la autonomía de la voluntad en la dinámica familiar

Previamente y sin apartarnos de sus pensamientos, resulta necesario determinar desde una perspectiva constitucional cuál es el contenido y naturaleza de la intimidad; siendo ésta la que permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Podemos partir de dos corrientes de opinión. Una de ellas, entiende a la intimidad como todo aquello que no trasciende al exterior y que no puede ser conocido por los terceros. Como ejemplos pueden mencionarse, el pensamiento de una persona o el actuar de una persona en la intimidad de su hogar.

Bidart Campos rechaza esta mirada, por entender que también integran la intimidad muchas conductas que se exteriorizan y que quedan al alcance de los demás. Nos brinda ejemplos simples, al decir que es propio de mi intimidad dejarme barba, usar el cabello largo, entre otros. Estas conductas que no comprometen a terceros las denomina *autorreferentes*.

Trasladando lo expuesto a la proyección social de la persona, en el ámbito de la familia o fuera de ella, señala que cuando ésta entabla relaciones con otra u otras también puede poner en ejercicio su intimidad. En este sentido, las relaciones entre el médico y el

As., Rubinzal Culzoni, 1999, págs. 29 y ss.; “El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales. La adopción de un menor por cónyuges divorciados”, en LL, 1999-F-623; “Pertenece a la privacidad la supuesta paternidad extramatrimonial del presidente de la República?”, en LL, 1998-D-585; “Derecho constitucional y Bioética en relación con la vida humana”, en JA, 1998-IV-701; “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)”, en LL, 1997-F-145; “Derechos y valores convergentes en la objeción de conciencia y la transfusión de sangre”, en ED, 164-654; “La inmutabilidad del nombre”, en ED, 152-224; “El emplazamiento judicial de la paternidad y la filiación extramatrimonial: sus perspectivas constitucionales”, en ED, 145-422; “La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación”, en ED, 145-255; “Las realidades biológicas y las normas jurídicas”, en ED, 145-881; “En busca de la filiación de sangre: una prueba rechazada y discutida, y muchos derechos comprometidos”, en ED, 141-263; “La unión de hecho y la reparación por daños”, en ED, 133-796; “Los alegatos de inconstitucionalidad contra la ley de divorcio vincular”, en ED, 126-731; “La objeción de conciencia de los padres y el derecho a la vida de su hija recién nacida”, en ED, 125-540; “Derecho constitucional humanitario”, Bs. As., Ediar, 1996.

paciente o el abogado con su cliente, pertenecen a un ámbito de intimidad que comprende a los sujetos que forman parte del vínculo.

Esta vinculación de la persona con el mundo social, puede impactar en el interior de la dinámica familiar. En este ámbito, podemos distinguir las relaciones intrafamiliares de las relaciones extrafamiliares. Las primeras son aquellas que se desarrollan dentro del mundo privado que conforma la familia y que se integra con miembros de la misma; mientras que las segundas se proyectan desde la familia hacia afuera, permitiendo el nacimiento de vínculos entre un integrante de la familia con terceros (particulares o el Estado). Entre las primeras se encuentran las relaciones personales - patrimoniales entre cónyuges o convivientes de hecho y las relaciones entre padres e hijos. Como supuesto de las segundas, podemos mencionar como ejemplo los supuestos de responsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas asumidas con terceros acreedores. Si bien ambas clases de relaciones pertenecen al mundo íntimo de quienes la componen, cuando se origina un conflicto que impacta en sus miembros, el Estado puede interferir, como sería el caso de la violencia familiar.

Una vez delimitado el contenido de la intimidad, Bidart Campos se pregunta hasta donde llega la protección de la intimidad y la autonomía en las relaciones familiares, cuál es el límite y cuándo se lo excede. Para poder dar una respuesta a esta situación problemática planteada, traza una línea de frontera donde se ubicará en un extremo la zona de intimidad o autonomía y en el otro extremo las limitaciones que surgen de la ley.

Esta línea de frontera responde al sistema de fuentes vigente en el Derecho interno desde la reforma constitucional del año 1994. En su obra, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*³, afirma que la Constitución tiene fuerza normativa en su integridad, en todas sus partes, en todo su contenido y, en este sentido, la misma como norma jurídica fundante del orden jurídico de un Estado, es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico-político. En consecuencia, la Constitución es Derecho Público, no dispensable por nadie. Siguiendo el derecho constitucional español, señala que hay un “contenido esencial”, entendido como una especie de mínimo que jamás tolera ser violado para evitar incurrir en arbitrariedad que produce inconstitucionalidad.

Sin perder de vista este sistema de libertades y limitaciones, cuando en sus trabajos se ocupó del estudio de diversos temas propios del Derecho de familia, exteriorizó sus ideas sujetándose siempre al funcionamiento de las relaciones jurídicas familiares en armonía con la jerarquía de normas vigentes. Quienes investigamos en el campo del Derecho de familia,

3 BIDART CAMPOS, German J., “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Bs. As., Ediar, 1995.

estamos sumamente agradecidas por estos aportes, los cuales al tener la virtud de ser claros y a la vez profundos, coadyuvan permanentemente en el estudio y en la búsqueda de respuestas a situaciones problemáticas presentes en esta área de conocimiento.

A continuación y por una razón de espacio, sólo nos limitamos a trasladar al lector el pensamiento exteriorizado por Bidart Campos al tratar temas actuales y generadores de debate en el ámbito doctrinario y jurisprudencial.

III. Reseña de sus aportes en cuestiones de familia

1. Educación de los hijos

Desde una mirada constitucional, los padres tienen derecho a educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones éticas o religiosas. Esto conduce a sostener que este derecho - deber de los padres puede ser encuadrado como parte del contenido del derecho a la intimidad familiar.

Ahora bien, Bidart Campos se ocupó de plantear en qué casos debe resguardarse la intimidad de los padres cuando ejercen la responsabilidad parental en orden a la educación de los hijos y cuando la intervención del Estado es necesaria para reguardar el mejor interés del niño/a. Respecto al último supuesto, sostiene que la interferencia a la intimidad será posible cuando se comprueba que los padres transmiten al hijo/a un sentimiento de rechazo hacia personas de otros cultos o ideologías. Aclara que esta limitación a la intimidad de los padres, se extiende tanto cuando el niño carece de discernimiento propio como cuando ya lo posee. Otro caso que habilita la intervención del Estado, se presenta cuando la educación moral y religiosa entra en contacto con la salud y vida del niño, impidiendo que reciba una transfusión de sangre para superar una enfermedad.

2. El nombre y el apellido de la persona

Sostiene que en este tema la autonomía de la voluntad es inofensiva. Propicia que la elección del *nombre* quede librada a la voluntad de los padres del nacido o de quien esté habilitado para ello, respetando las limitaciones de la ley.

En cuanto al *apellido*, señala que la imposición obligatoria del apellido paterno es una supervivencia de un machismo coactivo que no se concilia con la igualdad del varón y la mujer en las relaciones familiares. Si la responsabilidad parental es compartida, se pregunta: ¿por qué los hijos hemos de usar sin margen de opción el primer apellido paterno? ¿Se es acaso más hijo del padre que de la madre?

3. El derecho a la procreación y la procreación humana asistida

Afirma que el derecho a procrear de un hombre y una mujer pertenece al mundo íntimo de ambos. Pero, cuando acuden a las nuevas tecnologías reproductivas, se incorpora a la intimidad de la pareja la tercería de un médico. Así, observa que se presenta una intimidad de tres, por un lado la dual de la pareja que es una relación intrafamiliar, y por otro se le agrega una relación extrafamiliar proyectada desde la familia. Esta situación lo conduce a preguntarse: ¿hasta dónde debe respetarse esta intimidad triangular? En la búsqueda de una respuesta a esta pregunta, entiende que la intimidad deja de ser tal cuando la procreación humana asistida puede vulnerar la dignidad personal de la mujer o el bien jurídico “vida humana” radicado en el embrión.

4. Procreación humana asistida y su vinculación con el derecho de identidad

En los casos que se recurre a material genético de tercero dador ajeno a la pareja, se pregunta: ¿el dador tiene derecho a permanecer en el anonimato con fundamento en su derecho a la protección de la intimidad? Sostiene que la respuesta necesariamente se desplaza hacia la persona del hijo y su derecho de acceder a su identidad de origen.

De esta forma, entiende que constitucionalmente cabría una dualidad de respuestas: a) jerarquizar el derecho del hijo de acceder a su historia de origen; b) enfocar la cuestión como un conflicto de derechos entre la persona del tercero dador y los derechos del hijo, debiendo priorizar aquel derecho que en la escala axiológica reviste mayor jerarquía. Frente a esta dualidad de respuestas y colisión de derechos fundamentales que al tener la misma jerarquía son de alcance relativo, manifiesta que no se encuentra en condiciones de dar con plena convicción una respuesta.

5. La legitimación como una cuestión constitucional

Cuando se ocupa de analizar la falta de legitimación activa de la madre para el planteo por derecho propio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, señala que la cuestión de la legitimación excede la normativa de fondo por tratarse de una cuestión constitucional. En este caso, la ley debe admitir la autonomía de la voluntad de la madre de ejercer la acción de filiación correspondiente con el objeto de proteger los derechos del hijo.

Categoricamente señala que *las leyes que niegan legitimación para impedir que los jueces descubran la verdad material u objetiva, son inconstitucionales*. Partiendo de

preguntas, formula las siguientes reflexiones: *¿qué debe interesar prioritariamente: la ficción hipócrita de presunciones legales a favor de la paternidad del marido, o la cruda verdad de que la esposa tuvo el hijo con un hombre que no era su marido? ¿qué debe interesar: qué el hijo nacido de esa relación extramatrimonial tenga y prolongue el disfraz que su madre no puede quitarle, o que la ley le asigne los medios disponibles para que su derecho constitucional a la identidad se haga efectivo? ¿qué verdad puede ser más importante que la que indica que la filiación legal debe coincidir –mientras sea viable– con la filiación biológica?*⁴.

6. La negativa a someterse a la pericial biológica

En una posición solitaria, criticó la postura mayoritaria asumida respecto al efecto derivado de la negativa a someterse a la pericial biológica en un proceso de filiación. En uno de sus trabajos expresó: *“...cuando la Constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí misma está poniendo una valla a toda prueba coactiva que afecte la integridad física, síquica o moral de la persona; por ende, si ésta se niega a prestar su cuerpo para esta prueba, no puede inferirse en su contra un reconocimiento, ni siquiera una presunción a favor de la contraparte... La prohibición de obligar a prestar declaración en contra de uno mismo rige, a nuestro criterio, en toda clase de juicio... Yo no puedo decirle a alguien (y la constitución se lo dice) que no está obligado a declarar contra si mismo, y una vez que ha ejercido ese derecho, negándose, añadirle: ahora tomo la negativa fundada en un derecho tuyo, como elemento probatorio en tu contra”*⁵.

Claramente surge del párrafo precedente, que para el jurista la negativa no puede ser equiparada a una presunción en contra por la sencilla razón que la norma constitucional faculta tal conducta.

7. Cuestiones patrimoniales en el Derecho de familia

Se plantea las siguientes preguntas: ¿conviene dejar librada a la autonomía de la voluntad de los cónyuges la regulación de los bienes durante el matrimonio?; ¿la fijación de la cuota alimentaria ha de reservarse para suplir la ausencia o el fracaso de un acuerdo de partes?

En cuanto al régimen de bienes, sostiene que desde una mirada constitucional

4 BIDART CAMPOS, “La legitimación...” cit.

5 BIDART CAMPOS, “La negatoria...” cit.

puede admitirse la posibilidad de que los cónyuges en ejercicio de la autonomía de la voluntad opten por el régimen de bienes al que quedarán sometidas las relaciones patrimoniales entre ellos y respecto a terceros. Sin embargo, refiere a la necesidad de establecer normas que actúen por sobre la autonomía de la voluntad con el fin de proteger a cualquiera de los cónyuges frente a eventuales perjuicios. Este criterio es el que se sigue en la mayoría de los sistemas legales que al consagrar la libertad de pactar, paralelamente establecen un régimen primario de cumplimiento obligatorio para todas las parejas unidas en matrimonio.

En cuanto a la obligación alimentaria entre cónyuges, postula como deseable dejar librada al ejercicio de la autonomía de la voluntad la determinación de la prestación, siempre y cuando sea el resultado de una voluntad común.

IV. Cierre

Como vemos, la valiosa tarea desplegada por este prestigioso jurista en el ámbito del Derecho de Familia, nos ayuda a confirmar que esta área del Derecho Privado se integra con contenido de derecho público. Sólo así, es posible la efectividad de los derechos fundamentales de quienes integran la familia, siendo viable la intromisión del Estado en la intimidad familiar cuando el amparo de cualquiera de sus miembros lo exija.

LA CUESTIÓN PENAL EN LAS RAMAS DEL DERECHO

EDUARDO LAPENTA *

1. La construcción histórica del Derecho Penal conforma un sistema de garantías frente al poder punitivo del estado, que debe *proteger* al delincuente, pero no en forma aislada, sino como persona *en sociedad*. La pena ampara al individuo común contra los demás a fin de que no delinca contra él, y al delincuente contra la venganza de las víctimas y sus familias¹. La exigencia de legalidad y tipicidad protege al individuo contra el régimen a través de la división de poderes.

Pero la *cuestión penal* desborda al Derecho Penal. Por si solo no nos brinda una respuesta satisfactoria a problemas complejos como la actuación preventiva, la inflación de los tipos delictuales, la situación de la víctima, el procedimiento penal, disponibilidad de la acción penal, el diseño de otras penas alternativas a la prisión, la ejecución de la pena privativa de libertad, etc.

2. Para ubicarnos en el problema debemos adoptar un *método* para el conocimiento del derecho. Podemos tener distintas visiones de lo que el derecho es, refiriéndonos a las normas, los hechos, los valores, etcétera.

Creemos que es posible pactar, teniendo en cuenta nuestro interés, lo que consideramos el objeto de la ciencia jurídica. La mayoría de las personas tienen *interés* en considerar, dentro del campo jurídico, los *hechos*, las *normas*, y los *valores*, como lo hace el integrativismo trialista².

3. La teoría trialista del mundo jurídico sostiene que el derecho es un conjunto de repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica al ser y a la vida), captados (descriptos e integrados) por normas, y valorados (los repartos y las normas) por la justicia. Se identifica por las posibilidades de realizar la justicia, en la realidad social y en las normas.

* Profesor e investigador de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Bs. As. (UNICEN).

1 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Reflexiones trialistas acerca del derecho penal", Anuario n° 5, Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1983, pág. 110.

2 CIURO CALDANI, "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, pág. 50.

4. El trialismo reconoce en la dimensión sociológica los repartos que son obra de conductas humanas determinadas, y las distribuciones que se producen por efecto de la naturaleza, el azar o la influencia humana difusa.

Desde la posición de la víctima, quién ha sufrido muchos robos en un mismo mes, lo percibe como una distribución de impotencia que resulta de conductas humanas no determinables. Entonces, el afectado considerará insuficiente la mera criminalización individual, frente a una problemática generalizada.

Desde la posición del delincuente, la globalización con su secuela de marginación, conforma en gran medida un modelo de exclusión y vulnerabilidad social. Hay una significativa relación entre inequidad y delito violento, porque para el excluido no es un problema subsistencia sino de identidad. Probablemente piensa que está excluido de por vida, y no tiene sentido pedirle que respete las normas de un mundo que no integra.

El Derecho Penal se muestra insuficiente para abordar estos problemas.

El trialismo advierte que la conducción repartidora no es omnipotente, porque se tropieza con *límites*, impuestos por la naturaleza de las cosas. Límites físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos. El reconocimiento de los límites en la cuestión penal permite distinguir entre repartos *exitosos* y *fracasados*.

El mero incremento de las penas privativas de libertad no es un instrumento adecuado para reducir la criminalidad ni para mejorar la tasa de condenas, y el legislador suele negarse a reconocer esos límites.

5. Para el trialismo la dimensión normativa debe reflejar la vida lo más que sea posible. De allí que construya el concepto de norma como la *captación lógica* neutral *de un reparto proyectado*. Así el legislador *proyecta conceptualmente* un reparto de potencia o impotencia que debiera lograr en la realidad social, los propósitos que lo guían.

Si la norma se cumple, es *exacta*; si sirve a los propósitos del legislador, es *adecuada*. En ambos casos conectamos con la realidad para ver qué ocurre con la exactitud y la adecuación de las normas penales.

Puede verificarse una inflación y endurecimiento de la legislación penal y procesal penal, con el incremento de las conductas tipificadas, el aumento de las penas, las restricciones a la libertad en el curso del proceso penal, etcétera. Las modificaciones legislativas se realizan con el consenso –y por momentos la exigencia– de los electores. La sociedad no parece tener opciones, pese a que en el ámbito académico se invocan estudios e investigaciones de signo contrario. El número de detenidos aumenta en forma

incontenible hasta sobrepasar la capacidad de las cárceles³; los órganos jurisdiccionales saturan su capacidad de resolver casos; y el sistema en general decae en la pretensión de lograr *justicia*.

La resultante no satisface las expectativas. El número de delitos sigue aumentando⁴. Las encuestas señalan porcentajes de victimización muy superiores a las cifras oficiales, adonde la denominada cifra negra sobrepasa el 20%.

Por el contrario, en los países avanzados la cifra de criminalidad está en descenso, en algunos casos desde hace 15 años, como ocurre en Estados Unidos de Norteamérica y Canadá.

6. En la dimensión *dikelógica*, el *trialismo* reconoce que el valor se manifiesta en despliegues de valencia, valoración y orientación.

Los criterios generales de *orientación* pueden no adecuarse al caso concreto y, aunque al desplazarlos se produzca cierto sentido de crisis, puede ser éste un camino de justicia. La jurisdicción está en mejores condiciones que la constitución o la ley, para superar los criterios generales orientadores, y realizar *valoraciones* completas.

En cuanto a la valoración, el *trialismo* considera que la justicia es una categoría *pantónoma*, y su aplicación al caso requeriría abarcar el pasado, el presente y el futuro, que no podemos satisfacer en plenitud, porque no somos omnipotentes ni omniscientes. Producimos *fraccionamientos* para *analizar* o *sintetizar* los despliegues del valor que se atienden o se apartan. El *trialismo* toma como meta la complejidad de la vida, y procura *desfraccionar* hasta donde sea posible. El juez debe continuar hasta donde no pueda hacer o conocer más.

La seguridad es la resultante del fraccionamiento del valor justicia. El *trialismo* no considera a la seguridad como un valor, ni lo admite como un fin en sí.

El principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cuál sea capaz de desarrollar su personalidad, convirtiéndose de individuo en persona. Se trata de la comprensión del derecho al servicio de la plenitud de la vida humana⁵. Este principio de cierto modo aparece consagrado en el art. 29 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Colombia, 1948), incorporado con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), que expresa “Toda persona tiene el deber de convivir con los demás de manera que todas y cada una puedan formar y

3 Servicio Penitenciario Federal. Total presos en 1987: 3185; en 2002: 8823; incremento: 277%. Procesados 53%, penados 47%. Mujeres presas en 1987: 133; en 2002: 862; incremento: 648 %.

4 RICO, José María y CHINCHILLA, Laura, “Seguridad Ciudadana en América”, México, Siglo XXI, 2002, pág. 13.

5 CIURO CALDANI, “...Metodología Jurídica” cit., pág. 54.

desenvolver íntegramente su personalidad”.

7. Nuestra época de la llamada posmodernidad, aparece caracterizada por un debilitamiento de la razón abstracta y una crisis del sujeto, por una diversidad de superficie y una radical uniformidad utilitaria en lo profundo.

Desde el punto de vista de la justicia del régimen de repartos, el trialismo considera que para satisfacer el principio supremo de justicia, el régimen debe ser *humanista*. Esto significa tomar a cada hombre como fin y no como medio.

Todos los hombres deben ser reconocidos como *únicos, iguales* e integrantes de una *comunidad*. El régimen debe servir a estos caracteres mediante el *liberalismo político*, la *democracia*, y la *res pública* (cosa común)⁶.

La realización del régimen de justicia exige la protección del individuo contra todas las amenazas que puedan afectarlo, provenientes del propio régimen, de los otros individuos, y de lo demás (ignorancia, miseria, enfermedad, etcétera).

Pero hay grandes tensiones entre ellos, porque no es lo mismo proteger la unicidad, la igualdad, o la comunidad.

8. Precisamente, el gran debate en la cuestión penal remite a la disyuntiva entre la *prevención* y las *garantías*, que algunos plantean como *dilema*⁷.

La institución social de la pena se legitima en función de su labor de protección de la libertad de las personas, pero para ello es menester agredir la libertad de otras. A mayor protección preventiva, mayor detrimento de la libertad de todos.

El delito es una de las maneras de atentar contra esa libertad y la pena debe ser comprendida como una liberación del reo respecto del delito, a fin de que pueda *repersonalizarse*⁸. La pena debe ser en cada instante medio para la libertad.

Si solo se concibe la pena como resocialización, existe el riesgo de sacrificar al individuo frente a la sociedad. Hay que tomar al hombre como fin, y no como medio, y esto se relaciona con los peligros de la pena como instrumento para la prevención general.

9. Bidart Campos enseña que “es un axioma constitucional que los derechos no son absolutos sino relativos (y deben limitarse)... por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad

6 Íd., pág. 89.

7 GUIRAO, Rafael Alcocer, “Prevención y Garantías: Conflicto y Síntesis”, en “Doxa”, N° 25.

8 CIURO CALDANI, “Reflexiones...” cit., pág. 107.

democrática”⁹.

En el mismo sentido el art. 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Colombia, 1948) expresa “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático”.

El Derecho Penal está construido enfatizando las garantías, en el *plano teórico*, desde la consideración de la unicidad del individuo antes que sobre la comunidad. Pero, en el *plano de la realidad*, existe un avance creciente del poder punitivo estatal, imponiendo con frecuencia afectaciones de dudosa constitucionalidad de corte comunitarista.

10. Las dificultades que tenemos para resolver los problemas entre prevención y garantías, pueden derivar de un apego excesivo a los criterios generales de orientación del valor, contruidos a partir del Derecho Penal.

El Derecho Penal se desplaza a partir del eje de la intervención represiva, y de la exigencia de lograr pasos procesales válidos como prueba de cargo, necesaria para imponer la pena.

Las limitaciones a los derechos que se estiman razonables en otras ramas jurídicas, se consideran violatorias de las garantías constitucionales, cuando se lo hace con la finalidad probar los extremos de un delito, y responsabilizar al autor.

La inmunidad de declaración, la inmunidad de arresto, o la inviolabilidad del domicilio, tienen distintos alcances según sea la finalidad del procedimiento. Las mismas conductas según el contexto normativo, pueden requerir o no orden judicial previa.

Por ejemplo, un inspector puede revisar legítimamente un comercio o un automotor sin orden judicial, incluso con alcance sancionatorio en contravenciones. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, faculta para allanar domicilios a las autoridades municipales encargadas de vigilar la ejecución de los reglamentos de salubridad pública, a ese solo efecto. Pero de tales diligencias no se derivan pruebas válidas para una imputación penal.

En algunos casos la garantía no atiende tanto a la protección especial de un derecho individual, como la intimidad, sino a rodear de seguridades especiales la obtención de pruebas de cargo en un proceso penal, entendido como antesala para la imposición de una pena privativa de libertad. Cuanto más grave sea el delito imputado, más rigor existirá en el cumplimiento de las formalidades para obtener prueba de cargo.

9 BIDART CAMPOS, Germán, “Compendio de Derecho Constitucional”, Bs. As., Ediar, 2004, pág. 202.

Ello nos advierte respecto a una posible paradoja, propia de la cuestión penal: la *prevención* de las conductas amenazantes se torna más dificultosa cuanto más avanzamos con su tipificación penal y, posiblemente, con el aumento de la penalidad.¹⁰ Inversamente, es posible reducir el delito cancelando el beneficio en las etapas siguientes con intervenciones no penales, y es más sencillo detectar la venta de elementos sustraídos, que condenar al autor¹¹.

Si legislador tipificara la portación de *bengalas*, como consecuencia de las gravísimas consecuencias del incendio en República Cromañon, ¿podría el empresario revisar a los concurrentes para impedir que ingresen con fuegos artificiales, como hoy se le exige?

El Derecho Penal, y sus desarrollos procesales, parecen forzar a que todo acto de autoridad transite por el tamiz de los requisitos constitucionales predispuestos para lograr una prueba de cargo válida. Se piensa en estas afectaciones como el cauce formal para la imposición de una pena al autor de un delito, y se está preservando la afectación esencial a la libertad del imputado.

Esa vinculación ha llevado a limitar las garantías penales con normas procesales e interpretaciones judiciales, de dudosa compatibilidad con la Constitución¹².

¿Podríamos pensar en una categoría de actos de la autoridad que prescindiera de la validez de probatoria en un eventual proceso penal, en aras de evitar, hacer cesar o reducir los daños de un delito? La tensión entre prevención y garantías podría tener, entonces, una solución distinta.

Podemos imaginar casos en los que exista tensión entre la finalidad de limitar el daño a la víctima, por ejemplo, aún secuestrada, y el objetivo de reunir prueba válida para imponer una pena al autor del delito. ¿Querrá el juez (o el fiscal) exponer el resultado del juicio para facilitar el cese del delito? ¿Quién debería disponer tales actos?

El trialismo nos advierte que es imposible comprender un reparto jurisdiccional, sin apreciar que el propio juez es recipiendario, beneficiado o gravado, por su decisión¹³.

10 La pretensión de traducir en términos de proceso o de nulidad de actos procesales, toda la actividad policial, penitenciaria y –probablemente– fiscal, limita indebidamente la posibilidad de generar el análisis de validez y la responsabilidad en otras ramas jurídicas, tradicionales o emergentes.

11 La problemática de la mercadería sustraída puede mejorarse significativamente con la actuación administrativa, cortando la cadena de comercialización por infracciones contravencionales o tributarias, pero en tanto procuramos imputar por encubrimiento, dejamos librada la cuestión a la jurisdicción penal, que estará ocupada con asuntos *más importantes*.

12 Por ejemplo, se han dispuesto allanamientos masivos en Fuerte Apache, lo que parece incompatible con la garantía de inviolabilidad del domicilio con alcance probatorio en el Derecho Penal.

13 CIURO CALDANI, “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pág. 22.

Si solo nos conducimos con los criterios generales de orientación, tal vez apliquemos soluciones pensadas para otros conflictos. La valoración completa del caso nos llevaría a sopesar los valores en conflicto y el grado de afectación que tienen. Resulta de utilidad para ello el *método de las variaciones*.

11. Existe un significativo esfuerzo teórico en sostener la necesidad de lograr un derecho penal *mínimo*, que se reafirma mediante el principio de *reserva de código*¹⁴ asegurando la sistematicidad.

En sentido contrario, asistimos a la inflación en el número y gravedad de las conductas tipificadas como delitos. El abandono de una técnica legislativa adecuada, la desformalización del derecho penal y procesal penal, ha llevado a un crecimiento de los deberes de actuar, es decir, de los delitos de omisión, a los tipos penales en blanco, etc.

Ferrajoli¹⁵ sostiene que un programa de derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los ‘bienes’ penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica. Postula la supresión de los delitos de bagatela; de los ataques a bienes que no importen lesión a personas de carne y hueso y que afectan a abstracciones como la personalidad del estado, la administración pública, la actividad judicial, el orden público, la fe pública, la industria y el comercio, el patrimonio, etc., permitiendo que algunos delitos como el hurto y la estafa se persigan a instancia de parte; y los actos preparatorios, la ideación, delitos abstractos o de peligro, y todo otro que no tenga materialidad concreta.

También se aconseja esa reducción por consideraciones referidas a la eficiencia del sistema, cuestionándose la *inflación legislativa*, opuesta en materia penal al principio de la *intervención mínima*, que impide el conocimiento y la eficacia de las leyes¹⁶.

Con distintos argumentos y alcances se propone una sustancial reducción de la cantidad de delitos¹⁷.

Naturalmente no se propicia la legalización de esas conductas disvaliosas, sino mantenerlas como ilícitas en otro sector del mundo jurídico distinto al penal. Es útil la precisión de lenguaje que ha señalado Bidart Campos, distinguiendo entre *no penalizar* y

14 Dice Ferrajoli que no basta con la *reserva de ley*, sino que es menester la *reserva de código*, es decir, el principio de que ninguna norma penal o procesal pueda dictarse si no es mediante una modificación o una integración de los códigos, aprobada, quizá, con procedimientos agravados.

15 FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Madrid, Trotta, 2000, pág. 479. En similar sentido podríamos citar a Alessandro BARATTA, Eugenio ZAFFARONI o Daniel ERBETTA.

16 RICO y CHINCHILLA, op. cit., pág. 32.

17 Daniel Erbetta explica que, como consecuencia de la globalización, la debilitación de los estados y la pérdida de poder político, el derecho penal se ha transformado en un instrumento formidable para vender ilusiones, pero sin efecto real.

legalizar conductas¹⁸.

Pero, ¿qué rama del derecho debería receptor ese bloque de conductas no deseadas?, y cuál sería la respuesta jurídica esperable: ¿La sanción? ¿El resarcimiento?

Una respuesta posible consiste en transformar los delitos en faltas del derecho administrativo. Aunque ello tiene dirección opuesta a la *criminalización* del derecho sancionatorio administrativo que se ha operado en los últimos años, tanto en la tipificación de faltas como delitos, como en la aplicación más firme de los principios penales, y por el juzgamiento jurisdiccional con exclusión de los órganos administrativos.

El Derecho Administrativo refleja la exigencia de satisfacer necesidades públicas con la organización de los servicios respectivos. La jurisdicción debe ser útil, pero la mayor referencia a la justicia o a la utilidad es uno de los puntos esclarecedores de la distinción entre jurisdicción y administración¹⁹.

La problemática antes referida, se vincula con la actividad de la administración aunque, no puede confundirse con *cualquier* actividad administrativa. No es lo mismo proveer energía eléctrica u otro servicio público, que prevenir o sancionar conductas no deseadas, particularmente las que hoy se tipifican como delitos.

12. Tampoco da cuenta el Derecho Penal de la problemática de la víctima. Apenas se la comienza a considerar respecto a la problemática del proceso penal, tomando algunas medidas dirigidas a evitar la revictimización.

Se mezclan indiscriminadamente tipos penales adonde la conducta lesiona a los derechos esenciales de las personas físicas, con otras que afectan abstracciones como la personalidad del estado, la administración pública, la actividad judicial, el orden público, la fe pública, la industria y el comercio, etc.

Ello nos impide advertir que las víctimas, en tanto sean personas físicas, son legitimadas para recibir del estado un tratamiento especial. Las consecuencias personales del delito es una de las contingencias que un régimen de justicia debe atender, de modo análogo a la enfermedad, la ignorancia o la miseria. Debería avanzarse en un régimen de seguridad social protector de las víctimas de los delitos, al menos en los casos más graves.

13. La disponibilidad de la acción penal expresada en la suspensión del proceso a prueba y en el desistimiento fiscal²⁰ tiene aplicación creciente, pero en gran medida

18 BIDART CAMPOS, Germán J., "Otra vez el vocabulario: ¿'no penalizar' es igual a 'legalizar'?", en "La Constitución que Dura", Bs. As., Ediar, 2004.

19 CIURO CALDANI, "Filosofía..." cit., pág. 96.

20 En la provincia de Bs. As. se canaliza mediante el "archivo" de actuaciones.

responde a necesidades estructurales del sistema judicial. No es posible el juzgamiento de todos los delitos, entonces se utilizan estas vías para descomprimir el cúmulo de causas judiciales.

No se conecta con razones de justicia vinculadas al autor, la víctima o la sociedad, sino que usualmente se lo vincula con la magnitud de la pena prevista para el delito.

14. Es llamativo que no se diseñen ni implementen nuevas penas distintas a la privación de libertad. La imposición de trabajos comunitarios no aparece como una pena o modalidad específica de cumplimiento.

La pena de inhabilitación genera más dudas que certezas. Si la pena tiene un fundamento retributivo, posiblemente sea más adecuada la imposición de una multa. Si su finalidad es de prevención especial, resulta incomprensible en los delitos culposos, porque al imputado se le permite continuar la actividad durante los años que dura el proceso, se lo priva de ejercerla durante el cumplimiento de la pena, y se lo rehabilita luego de que perdió la práctica y la actualización del conocimiento, incrementando el riesgo de cometer un nuevo delito.

En un mundo signado por lo económico, la pena de multa debería cobrar importancia, al menos en los delitos económicos, tributarios o ambientales que expresen finalidad de lucro. La neutralización del beneficio parece una mejor penalidad que una pena de prisión en suspenso. Con la información actual es relativamente simple dimensionar la sanción de acuerdo a los ingresos o al patrimonio del condenado.

15. La pena privativa de libertad se cumple en Argentina en condiciones de mero depósito humano, adonde se lo *despersonaliza* por la afectación sistemática de la dignidad del penado²¹. Difícilmente pueda funcionar en sociedad un individuo luego de pasar por esta vivencia.

La persona privada de libertad se convierte en un sujeto profundamente débil. Está sometido a todo tipo de riesgos, muchos de ellos provenientes de la autoridad, sola o en connivencia con otros presos que tal vez pudieran estar más allá de toda amenaza legal por nuevos delitos. El sistema disciplinado de las fuerzas de seguridad en el interior del penal, tomando decisiones vitales para el privado de libertad, es inaceptable. No solo se diluye la responsabilidad por la jerarquía y obediencia, sino que se impide que fluya la información imprescindible para el control de la actividad. Es paradójal que, adonde más imperiosa resulta la *división del poder*, se observa la acumulación más alta que registra el

21 En este sentido puede verse el gravísimo cuadro referido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de las penitenciarías de Mendoza (2004).

sistema jurídico.

La posibilidad de repersonalización del penado depende sustancialmente de la contención familiar, sin la cual es impensable que al salir de prisión pueda seguir otro camino distinto al delictual. Pero el sistema se esfuerza en excluirla. No hay programas de seguridad social específicos para asistir a la familia del penado, ni para mantener la unidad familiar en ese trance. Además, la familia sufre usualmente algún tipo de vejaciones en cada visita carcelaria.

16. Existen disciplinas que estudian las causas del delito (criminología), las alternativas y efectos de la pena (penología), y estudios interdisciplinarios que analizan la problemática de la actuación policial en su rol de control social, entre otras.

Son estudios e investigaciones con fuerte acento en lo sociológico, que no tienen correlato eficaz en el derecho, es decir, rara vez se conectan con el quehacer legislativo y judicial de la cuestión penal.

17. El integrativismo trialista considera que las ramas jurídicas se construyen con un sistema de reglas y principios propios. Se caracterizan por tener *especiales requerimientos de justicia*, respecto a la realidad social y a las normas que identifican tales ramas.

La comprensión del conjunto del mundo jurídico y de sus partes se enriquecen recíprocamente, y en mayor o menor medida cada rama se vincula con el *todo* del Derecho.

La perspectiva de conjunto de las ramas involucradas en un determinado problema jurídico, es materia de un saber que el trialismo denomina Teoría General del Derecho, y constituye una herramienta especialmente idónea para la función legislativa.

Las ramas jurídicas tradicionales encierran el pensamiento y limitan el avance del derecho. Deben existir otras ramas del derecho que releen las necesidades humanas. La vida desborda los compartimentos.

Emergen así otras ramas jurídicas que se desarrollan en sentido *transversal* a las tradicionales. Así ha ocurrido en otras áreas del derecho, generando el Derecho de la Salud, de la Ancianidad, del Arte, de la Educación, a las que hoy se les reconoce autonomía, porque ponen en evidencia otros requerimientos de justicia. La posición del enfermo, el anciano, el artista, el educador o el educando, no pueden quedar reducidas a los enfoques relativamente superficiales y compartimentalizados, que pueden darles el Derecho Comercial, el Derecho Administrativo, etcétera.

18. Lo expuesto nos lleva a concluir que la limitación de la cuestión penal al estudio y aplicación del Derecho Penal, resulta insatisfactorio. Es un molde estrecho para analizar esta compleja realidad, e impropio del avance actual de la ciencia jurídica. Además, compromete severamente la posibilidad de lograr una razonable expectativa de justicia, en los casos individuales.

Resulta imperativo el desarrollo de nuevas ramas jurídicas transversales que enfoquen con claridad algunos de los problemas que hemos señalado, construyéndolas a partir de la consideración de la vulnerabilidad jurídica de distintos beneficiarios gravados en la cuestión penal: el autor, la víctima, el privado de libertad y su familia, etcétera. Con una realidad social y normas que le son propias, y reconociendo los especiales requerimientos de justicia que de ellos dimanar.

Finalmente, la comprensión de la cuestión penal en su real complejidad, reclama que adoptemos una perspectiva de conjunto respecto a las ramas –tradicionales y emergentes– involucradas en este problema jurídico, para lo cual resulta indispensable estudios e investigaciones desde la Teoría General del Derecho.

EL DERECHO PROCESAL Y LAS RAMAS DEL MUNDO JURÍDICO *

ANDREA A. MEROI **

1. Una mirada superficial al panorama del *Derecho Procesal* en su relación con el resto de las ramas jurídicas muestra un fenómeno de relativo vaciamiento de aquél, en función de la apropiación de sus contenidos por éstas. Esto ocurre en distintos ámbitos de despliegue del mundo jurídico (en la legislación nacional y provincial referida a los llamados “procedimientos especiales”, en las producciones científicas de los *procesalistas* y en los propios programas de la asignatura *Derecho Procesal*).

1.1. ¿A qué razones obedece este fenómeno de *minusmodelación*¹ del Derecho Procesal y correlativa *plusmodelación*² del resto de las ramas? ¿Qué consecuencias traen estas manifestaciones de vaciamiento y expansión?

Para una mejor comprensión del problema que habilite la conjetura de posibles respuestas, proponemos abordarlo desde la comprensión de la Teoría General del Derecho como “sistema jurídico”³, entendido “en su universalidad, recurriendo a las nociones de denominadores comunes y particulares del mundo jurídico que aproximan o distancian las respuestas”⁴. El estudio de las dificultades y superposiciones de las “respuestas” se hace a través de la comparación de la *materia*, de ahí que sea menester preguntarnos por la inserción del Derecho Procesal en la *Teoría General del Derecho*⁵.

* El presente trabajo, con algunas modificaciones y bajo el título “El Derecho Procesal y su inserción en la Teoría General del Derecho”, fue publicado en la “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2004/2005, págs. 49 y ss.

** Profesora titular de Derecho Procesal I en la Facultad de Derecho de la UNR.

1 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de teoría general del derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, págs. 66/7. V., asimismo y originariamente, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones, Universidad Nacional de Rosario, 1976, pág. 51.

2 Id..

3 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.

4 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, ARIZA, Ariel y otros, “Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del derecho”, en ED, 150-859 y ss.

5 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas de la Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 35, pág. 30.

2. El Derecho Procesal es una rama relativamente joven. Su autonomía suele ubicarse bien entrada la segunda mitad del s. XIX. La historia es conocida —aunque no por ello menos significativa— y está estrechamente vinculada a la evolución del concepto de *acción*. Mientras la acción fue un mero elemento del derecho subjetivo violado, no era concebible un Derecho Procesal autónomo.

La transformación comenzó a gestarse desde ya entrada la Edad Moderna, como resultado de las tensiones entre las fuerzas “centrípetas” del poder real (expresiones del creciente papel protagónico de la ley) y las fuerzas “centrífugas” del poder de los magistrados (a través de los pronunciamientos judiciales)⁶. Lo cierto es que “largos períodos de la modernidad fueron escenario de la escisión entre «teoría» y «práctica», pero sobre todo conviene destacar que —en afinidad con la tendencia general abstracta del pensamiento continental moderno— en este tiempo se hizo nítida la distinción del «Derecho de fondo» y el «Derecho Procesal»⁷.

La autonomía y la abstracción del derecho de acción fueron los pilares sobre los que se construyó la *ciencia procesal*.

3. Particularmente desde las perspectivas *unitarias* de la teoría general del proceso —construidas al hilo de la *abstracción* del derecho de acción— se constata la aspiración de una *simplicidad pura* en que todas las formas sirvan por igual a cualesquiera pretensiones (civiles, comerciales, penales, laborales, de familia y contenciosoadministrativas, así como las más recientemente diferenciadas: los llamados derechos de tercera generación, de relaciones de consumo, intereses de incidencia colectiva, etcétera).

El proceso de escisión entre *forma* y *fondo*, entre *acción* y *pretensión*, trajo indudables avances de entre los cuales la “autonomía” de la ciencia es, si se quiere, uno menor o —mejor dicho— una consecuencia inevitable. En efecto, tanto más importantes resultan las implicaciones de afirmar que:

- Tiene *derecho de acción* aun quien no tiene *derecho a aquello por lo cual acciona*;
- El *proceso* es una “estructura de obtención del reparto”⁸;
- La justicia del reparto procesal se mide en términos de *imparcialidad* e

6 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas jurídicas” cit., pág. 173. Autores de distinta procedencia coinciden en destacar como “antecedente de gran interés” el llamado Code Louis (Ordonnance civile touchant la reformation de la Justice, de 1667, y la Ordonnance criminelle de 1670, las dos de Luis XIV de Francia).

7 Íd., pág. 175.

8 ARAGONESES ALONSO, Pedro, “Proceso y derecho procesal (introducción)”, 2ª ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, pág. 111.

imparcialidad del juzgador⁹;

- Corolario de ello (la prohibición del *pre-juicio*) es el “principio de que no existe proceso sin juicio, decisión sin previa audiencia”¹⁰;
- Precisamente en razón de la actividad, el reparto se obtiene por el establecimiento de un sistema de controversia, en la que cada interesado pueda exponer al repartidor sus puntos de vista¹¹;
- Se trata, pues, de un *método, camino, medio o instrumento*¹²;
- Hay *acción* en toda la línea del proceso, de suerte de posibilitar la *audiencia*¹³.

De tal suerte, la *teoría general del proceso* se construye en torno a una concepción del *proceso* caracterizado, en mucho, por las siguientes notas: 1ª *Es una institución estatal* (naturaleza general de la estructura); 2ª *Para la realización, coactiva e imparcial, de la Justicia* (fundamento institucional); 3ª *Por la que se satisfacen* (fin empírico); 4ª *Las pretensiones* (objeto); 5ª *Que unos sujetos actúan frente a otros* (carácter contencioso del proceso); 6ª *Afirmando su fundamento jurídico* (causa de la pretensión); 7ª *Siguiendo al efecto un procedimiento contradictorio previamente establecido* (método de averiguación procesal) como garantía individual”¹⁴.

3.1. Si se examina analíticamente esa perspectiva, los recortes al “reparto procesal” son importantes:

- En cuanto a los *adjudicadores (repartidores)*, la exigencia de estar a cargo de una “institución estatal” cercena la posibilidad de que pueda ser también un particular –tan *imparcial* y tan *imparcial* como el juez del Estado– quien adjudique la solución del conflicto.
- En cuanto a los *destinatarios (recipiendarios)*, bien que en el horizonte del *proceso*, se excluyen aquellos sujetos que no actúan “unos frente a otros”. Se trata de los innumerables casos en que el Estado ejerce autotutela de sus intereses o en que no

9 Cf. GOLDSCHMIDT, Werner, “La imparcialidad como principio básico del proceso («parcialidad» y parcialidad)”, Discurso de recepción del autor como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en “Conducta y norma”, Bs. As., Librería Jurídica, 1955, págs. 133 y ss.

10 ARAGONESES ALONSO, op. cit., pág. 112.

11 Íd., págs. 118 y ss.

12 Apoyado en las enseñanzas de Briseño Sierra, Alvarado Velloso dirá que se trata de una “serie lógica y consecuencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es imparcial, imparcial e independiente” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al estudio del derecho procesal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, reimpresión 1997, t. 1, pág. 239).

13 Cf. BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Compendio de derecho procesal”, México D.F., Humanitas Centro de Investigación y Posgrado, 1989, pág. 182.

14 ARAGONESES ALONSO, op. cit., págs. 351/2.

existe *contradictorio* al estilo clásico sino, más bien, un esquema procedimental de administración en que algunas de las postulaciones son verdaderos contradictorios (vgr. algunas cuestiones de concursos y quiebras, sucesiones).

- En cuanto a las *pretensiones*, el empeño por construir un método que sirva por igual a cualesquiera de ellas –no importa cuán diferentes sean– ignora la inmanente complejidad del mundo y los conflictos que lo habitan. Claramente, no es lo mismo *procesar* una pretensión de cobro de un pagaré, la de resolución de un contrato de larga duración, la de tenencia de un menor, la de nulidad de la concesión del servicio público de telefonía de todo el país, la punitiva de robo en una casa de familia, la punitiva por el motín y toma de rehenes en la cárcel más populosa de un estado, la de protección del derecho a la vida de una mujer con quince años de estado vegetativo... y así podríamos continuar con la “complejidad de la vida”¹⁵.
- En cuanto a las *formas* del reparto procesal, conectado muy estrechamente con sus *límites*, debemos preguntarnos por aquello que define al *proceso*:
 - o ¿*qué audiencia*? (¿audiencia efectiva o sólo la posibilidad razonable de audiencia? ¿sólo la posibilidad de afirmar o, también, la posibilidad de probar y alegar?);
 - o ¿*cuánta audiencia*? (¿mucha, como en un juicio ordinario; poca, como en un juicio abreviado; nada, como en una medida autosatisfactiva?);
 - o ¿*cuándo audiencia*? (¿antes, como en un juicio; después, como en una medida cautelar o anticipatoria; después, como en un procedimiento monitorio?)
 Estas alternativas, ¿escapan a *lo procesal*?

3.2. Si bien la escisión de las formas respecto del objeto del reparto y la afirmación de una teoría general del proceso coadyuvieron a la autonomía del Derecho Procesal –y, con ésta, a una mejor comprensión de las reglas de la audiencia–, la aspiración actual de reducir las diferencias entre los objetos repartidos a meras cuestiones de competencia o de procedimientos conlleva a desnaturalizar la complejidad del objeto y, en cierto sentido, la oculta.

No dudamos que la etapa de *simplificación* de cualquier ciencia sea un paso necesario y fructífero. La anterior *complejidad impura* entre *fondo* y *forma* (ejemplificada en el *pre-juicio* con el que actuaba el juez de la inquisición¹⁶) constituye, sin duda, un

15 Respecto de las decisiones “complejas” puede verse CHAUMET, Mario Eugenio, “Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja: el caso de los intereses supraindividuales”, en JA, Lexis Nexis, suplemento especial del 31.03.04, págs. 38 y ss. (JA 2004-I, fascículo 13).

16 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El juez, el proceso y el Estado en la posmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 33, pág. 20.

estadio disvalioso. Sin embargo, a la *simplicidad pura* de la forma debe seguirle una consideración de la *complejidad pura* que integre adecuadamente ambos despliegues¹⁷. La relación *fondo / forma* debe *establecerse* pero no *desintegrarse*.

En la consideración especial del *objeto* no sólo se pone en juego el quiénes deben escucharlo (juez competente) sino también a quiénes hay que escuchar, cómo hay que escuchar, qué tipos de razones están involucradas, cuáles son los límites a ese escuchar.

Con toda razón se ha dicho que “es asimismo importante reconocer la *forma* del reparto jurisdiccional, apreciando el grado de *audiencia* posible y cuál se produce en realidad. El juez verdaderamente tal «escucha», con más o menos colaboración de los interesados, los hechos y el Derecho sobre los que ha de resolver (...) La relación entre la *forma procesal* y los *objetos* que se adjudican según el Derecho de fondo es a veces muy tensa. La *forma* ha de conducir al *fondo*, pero éste no puede ser sin la forma. Nada de esto ha de llevar, sin embargo, al desconocimiento de que, sobre todo en épocas como la actual, en algunas áreas, como la de los derechos humanos, el proceso adquiere –por lo menos discursivamente– gran significación, al punto de alcanzar el núcleo del concepto jurisdiccional. Existe un muy relevante derecho al proceso”¹⁸.

3.3. Más aún: las visiones de *lo procesal* suelen ser *estáticas*, esto es, desvinculadas de los despliegues *dinámicos*, vinculados a la *estrategia*¹⁹ que cada uno de los protagonistas –incluido el juzgador²⁰– planea y ejecuta a la hora de la toma de decisiones en cada uno de los procesos. Con acierto se ha dicho que “desde una visión estática del proceso podría suponerse que las partes ejercen su pretensión o resistencia, exclusivamente por una controversia sobre el significado y alcance de sus derechos. Desde tal óptica sería incomprensible la decisión de prolongar el proceso cuando la parte puede anticipar su derrota, soportando las molestias y gastos, en lugar de allanarse a la

17 Íd..

18 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, págs. 23/4.

19 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, N° 32, págs. 25 y ss.; “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación...” cit., 2000, N° 33, págs. 9 y ss.; también puede v. nuestro trabajo “La estrategia y el Derecho Procesal (la comprensión de la decisión y estrategia en la solución de conflictos)”, en “Investigación...” cit., 2002, N° 35, págs. 49 y ss.

20 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, en JA, Lexis Nexis, suplemento especial del 31.03.04, págs. 30 y ss. (JA 2004-I, fascículo 13).

pretensión de la contraria”²¹. Antes bien, nuestras prácticas procesales indican que la *conjetura* de la decisión judicial no siempre funciona como disparador de una negociación temprana sino que los abogados especulan con *repartos provisionales* (medidas cautelares, prolongación del pleito por utilización de todos los medios de impugnación disponibles, oposición a la ejecución, etcétera) para la satisfacción de *otras* pretensiones.

4. En nuestra opinión, el fenómeno descrito derivó en dos consecuencias disvaliosas: la *reducción* del Derecho Procesal y la consiguiente *expansión* de las ramas “sustantivas”.

4.1. El estudio de la normatividad *procesal* recibió un fuerte impulso a partir de la segunda mitad del s. XIX y, muy particularmente, durante el s. XX. Estos avances consolidaron la comprensión de la actividad *jurisdiccional*, pero tuvieron el efecto de silenciar u ocultar otros fenómenos íntimamente vinculados. El Derecho Procesal asiste, entonces, a un fenómeno de *minusmodelación* (por reducción de las respuestas a problemas que son propios del “modelo” procesal) en el que la exacerbación de las *formas* aísla otros elementos del reparto.

4.1.1. *La forma aísla a los repartidores.* Una reducción sufrida por el Derecho Procesal reside en la exclusión de otras vías de solución del conflicto (que no sean las judiciales estatales) del ámbito de su estudio. Acierta Ciuro Caldani cuando afirma que “construido demasiado desde la óptica del Estado, el Derecho Procesal ha devenido una rama «mutilante». Hay otros medios que no sean el «proceso judicial» (arbitraje, mediación, negociación) y hay otras ramas con las cuales vincularse y enriquecerse en una «complejidad pura»”²².

Tan mutilante ha sido, por caso, que muchos cultores del Derecho Procesal suprimen de sus estudios a los medios alternativos de solución de conflictos –incluido el arbitraje– justificando que se los incluye “más por los beneficios que reporta un sistema de debate diferente al proceso judicial, que por las proximidades que tiene la intervención de un tercero frente a las partes en conflicto”²³. Otras opiniones, en cambio, participan

21 LAPENTA, Eduardo Víctor, “Aportes para la comprensión de la dinámica del proceso judicial”, en “Cartapacio”, Azul, 2004, N° 6 (puede v. en www.cartapacio.org.ar).

22 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El juez, el proceso y el Estado en la posmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 33, págs.19/23.

23 GOZAÍNI, Osvaldo, “Métodos diferentes del proceso para resolver conflictos entre personas: ¿es un tema procesal?”, en “Teoría unitaria del derecho procesal”, Rosario, Juris, 2001, pág. 350.

del carácter *jurisdiccional* de estas soluciones, bien que con las restricciones propias del no uso legítimo de la fuerza²⁴.

4.1.2. *La forma aísla a los destinatarios.* El Derecho Procesal se ha preocupado por la *forma* (“audiencia”), concentrando sus desvelos en aquel que escucha (el juzgador). En cambio, muy poca o ninguna atención de los procesalistas han merecido las especiales características de los *destinatarios*. El Derecho Procesal no distingue entre trabajadores, menores, consumidores, usuarios de servicios públicos, administrados, etcétera. Los especiales problemas que la *audiencia* de esas partes pueda generar se dejan librados a la respuesta de cada una de las ramas sustantivas. Sólo recientemente el Derecho Procesal ha incursionado, por ejemplo, en los casos de partes plurales (intereses supraindividuales y plurales homogéneos)²⁵, aunque también valiéndose de los estudios precursores de otras ramas (v. gr., Derecho Constitucional, Derecho Administrativo).

4.1.3. *La forma aísla al objeto.* Las propias estructuras del proceso tradicional aparecen insuficientes para la consideración especial que merecen ciertas pretensiones: tutelas urgentes, pretensiones de familia en que se requieren ámbitos de mediación y conciliación, pretensiones colectivas, cuestiones de menor cuantía.

4.1.4. *La forma aísla sus propias formas.* Aunque resulte paradójico, en algunos casos se ha llegado al extremo de desligar el problema de las *formas* de sus *propias formas*. Tras los estudios denominados “científicos”²⁶, los procesalistas persiguieron, precisamente, depurar todo lo que fuera «mero» *procedimiento*²⁷. Conclusión: el Derecho

24 V. gr. SERRA DOMÍNGUEZ, “El proceso arbitral en estudios de derecho procesal”, Barcelona, Ariel, 1969, pág. 571; RAMOS MENDEZ, Francisco, “Derecho y proceso”, Barcelona, Bosch, 1978, pág. 299; CARRERAS, Jorge, “Contribución al estudio del arbitraje”, en “Revista de Derecho Comparado”, Barcelona, 1953, págs. 118/38; FENECH, Miguel, “Estudios de derecho procesal”, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 433 y ss.; en nuestro país, Palacio, Colombo, Morello, etc. En cambio, le niegan carácter jurisdiccional y lo enmarcan en el ámbito contractual, Chiovenda, Rosenberg, Rocco, etcétera.

25 V. con provecho, GUTIÉRREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, “La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos”, Elcano, Navarra, Aranzadi, 1999.

26 “Se ha visto que desde el siglo XIX, la preocupación de los especialistas ha sido el proceso. Se le ha analizado tan profundamente que se viene hablando de una corriente científica a partir de la polémica entre Windscheid y Muther, o de la aparición de la obra ya citada de Oskar von Bülow. Pero curiosamente el calificativo de científico ha sido empleado porque el proceso se apartó del procedimiento, aunque no hizo lo mismo respecto de la sentencia” (BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Esbozo del procedimiento jurídico”, en “Teoría unitaria del proceso”, Rosario, Juris, 2001, pág. 467).

27 Íd., págs. 465 y 467.

Procesal, aborto en el *proceso*, abandonó el *procedimiento*, sin reparar quizá que “la formación del sistema jurídico, al menos en la parte correspondiente al sector del dinamismo normativo, utiliza las fórmulas empleadas en los distintos rubros para llevar a cabo el tejido que resulta de la combinación de los distintos capítulos o ramos de la juridicidad”²⁸.

En otras palabras: puede acontecer (y ello ocurre frecuentemente) que las reglas procedimentales coexistan con las procesales. ¿Puede entonces el Derecho Procesal desentenderse de los estudios sobre el *procedimiento*, estrictamente hablando? ¿Pueden diluirse los estudios sobre el *procedimiento* en la rama *administrativa*? ¿No será que existen aquí ciertos *denominadores comunes*—cual la secuencia de conexiones de conductas de diferentes sujetos— que imponen tratamientos que se enriquezcan recíprocamente²⁹? ¿No ocurre muchas veces que el “mero” procedimiento incide en la eficacia del proceso? ¿Da igual, por ejemplo, cualquier tipo de notificación? ¿No será que las opciones mismas del procedimiento pueden incidir —y de hecho lo hacen constantemente— en la audiencia?

4.2. Sea por abandono más o menos explícito del Derecho Procesal, sea por afán de apropiación de las ramas sustantivas, lo cierto y constatable es que muchas de éstas han avanzado por sobre el estudio y la regulación de la solución de conflictos propios de su área jurídica. Se trata, así, de un fenómeno de *plusmodelación*. La constatación de esta expansión respecto de cada una de las ramas del mundo jurídico excede los alcances de este trabajo. Sin embargo, pueden destacarse áreas en las que —perdiéndose en mucho aquello que particulariza al *proceso*— se pergeñan soluciones asistemáticas.

Piénsese, por caso, en la falta de definición adecuada de los roles de concursado / fallido, síndico, juez concursal, acreedores, y se comprenderán los problemas que se suscitan a la hora, por ejemplo, de sustanciar un incidente. La falta de definición de los alcances procesales del llamado “orden público concursal” enfrente a juzgadores y partes a cotidianas sorpresas y a diversos *fraudes* a la ley falencial, ocultando tras el interés de

28 Íd., pág. 471.

29 “...el derecho procesal, rama jurídica con principios autónomos y en conexión sistemática, es simplemente unitario como lo pide casi toda la doctrina. Esta afirmación lleva a su vez al corolario de que en su contenido se relacionan temas que no son exclusivos del proceso, ya que las nociones procedimentales, por ejemplo, o las orgánicas, no le afectan directamente, pero son conexas, propias de la teoría general de la rama. Es por esto que en el desarrollo del presente trabajo, se intenta una revisión de los capítulos del derecho ciencia procesal y no sólo de la institución proceso que es una de sus figuras, la más importante si se quiere, la que le da nombre, pero no la única. De ahí que pueda hablarse de nociones comunes a todo procedimiento: actos, notificaciones, plazos, formas, tiempo, etc.” (BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Derecho procesal”, México D.F., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, t. II, pág. 50).

la comunidad aquello que en realidad no lo es.

Lo propio acaece con los procesos llamados “publicizados”, cual los de familia, en los que se desdibujan las pretensiones de las partes al punto, a veces, de elevarse ilegítimamente la consideración de un “orden público familiar”.

En lo laboral no es infrecuente que los jueces asuman actitudes proteccionistas extremas, desvirtuando totalmente la controversia mucho más allá del principio interpretativo del *favor operari* –aun pensado desde lo procesal– y soslayando la imparcialidad.

En los amparos, la defectuosa técnica legislativa suele prever un “informe circunstanciado” de la autoridad accionada, en lugar de la correspondiente “contestación de demanda”, desvirtuando los conceptos de audiencia y congruencia y creando situaciones anárquicas.

Finalmente, como consecuencia disvaliosa de conjunto, podemos señalar la incomprensible inflación de procedimientos superpuestos. Del extremo de la falta de consideración de los aspectos particulares de determinadas materias (minusmodelación del Derecho Procesal), pasamos a la innecesaria y gravosa proliferación de procedimientos –tantos, cuantas ramas existan– (plusmodelación de los derechos de fondo), dificultando la tarea de jueces y abogados hasta límites intolerables y, mucho peor, desvirtuando aquello “propio” de cada uno.

5. A modo de conclusión: la consideración de todos los despliegues del reparto procesal y la ubicación del Derecho Procesal en una Teoría General del Derecho nos permitirá reconocer su especificidad no sólo para ciertas pretensiones sino para el universo de ellas.

La forma de la audiencia no debe ignorar ni reducir los problemas que inevitablemente plantea el “escuchar”. Si los procesalistas se ocuparan del estudio de los procesos laborales, contenciosoadministrativos, concursales, de familia, de amparo –y no sólo de los procesos civiles y penales– muy diferentes serían las percepciones que de la audiencia, la imparcialidad judicial, la congruencia y tantos otros temas caros al procesalismo se tendrían en esas sedes.

Si bien los aportes de la *simplicidad pura* han sido trascendentes (llamando *proceso* a una cierta estructura de reparto en la solución de los conflictos y no a cualesquiera de ellas), la inclusión en el Derecho Procesal de todos los *despliegues del propio fenómeno* “proceso” y de los *fenómenos* que le son *conexos* permitirá una comprensión de la *complejidad pura* que, inevitablemente, presenta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, reimpresión 1997.
- ARAGONESES ALONSO, PEDRO, *Proceso y derecho procesal (introducción)*, 2ª ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, DANTE, *Teoría del proceso*, Bs. As., Depalma, 1979.
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, *Derecho Procesal*, México D.F., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969.
 - *Esbozo del procedimiento jurídico*, en “Teoría unitaria del proceso”, Rosario, Juris, 2001.
- CARLOS, EDUARDO, *Acotaciones al problema de la unidad del derecho procesal*, en “Revista de Derecho Procesal, Estudios en memoria de James Goldschmidt”, Bs. As., EDIAR, 1951.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As., EJE, 1959.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, ARIZA, ARIEL Y OTROS, *Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del derecho*, ED, 150-859 y ss.
- 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”, cit., 2000, N° 33, págs. 9 y ss.
 - *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario, Consejo de Investigaciones, Universidad Nacional de Rosario, 1976.
 - *Derecho y Política*, Bs. As., Depalma, 1976.
 - *El juez, el proceso y el Estado en la posmodernidad*, en “Investigación y Docencia”, N° 33.
 - *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4;
 - *Estudios Jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.
 - *Filosofía de la jurisdicción*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.
 - *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídica. Metodología Jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
 - *La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas*, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, N° 32, págs. 25 y ss.
 - *Lecciones de teoría general del derecho*, en “Investigación y Docencia”, N° 32.
 - *Perspectivas de la Teoría General del Derecho*, en “Investigación y Docencia”, N° 35.
 - *Perspectivas Jurídicas*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.
 - *Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos)*, en LL Suplemento Actualidad, 10/06/2004.
- COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed. póstuma, reimp., Bs. As., Depalma, 1976.

- CHAUMET, MARIO EUGENIO, *Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja: el caso de los intereses supraindividuales*, JA, Lexis Nexis, suplemento especial del 31.03.04, págs. 38 y ss. (JA 2004-I, fascículo 13).
- CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. E. Gómez de Orbaneja, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.
- DÍAZ, CLEMENTE A., *Derecho procesal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1965.
- FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1990.
 - *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
 - *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Controversias y soluciones: guerra, duelo y proceso*, en “Conducta y Norma”, Bs. As., Librería Jurídica, 1955.
 - *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.
 - *La imparcialidad como principio básico del proceso («partialidad» y parcialidad)*, Discurso de recepción del autor como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en “Conducta y norma”, Bs. As., Librería Jurídica, 1955.
- GOZAÍNI, OSVALDO, *Métodos diferentes del proceso para resolver conflictos entre personas: ¿es un tema procesal?*, en “Teoría unitaria del derecho procesal”, Rosario, Juris, 2001.
- GUASP, JAIME, *Derecho procesal civil*, 3ª ed. corregida, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- LAPENTA, EDUARDO VÍCTOR, *Aportes para la comprensión de la dinámica del proceso judicial*, en “Cartapacio”, Azul, 2004, N° 6 (puede verse en www.cartapacio.org.ar).
- MEROI, ANDREA A., *La estrategia y el derecho procesal. La comprensión de la decisión y estrategia en la solución de conflictos*, en “Investigación y Docencia”, N° 35, págs. 49 y ss.
- MONROY GÁLVEZ, JUAN, *Introducción al proceso civil*, Bogotá, Temis, 1996.
- MONTERO AROCA, JUAN Y OTROS, *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, JMBosch Editor, 1994.
- MONTERO AROCA, JUAN, *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
 - *Evolución y futuro del derecho procesal*, Bogotá, Temis, 1984.
- MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Constitución y proceso*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Derecho y proceso*, Barcelona, Bosch, 1978.
- ROCCO, UGO, *Teoría general del proceso*, trad. Felipe de J. Tena, México D.F., Porrúa, 1959.
- SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *Teoría y práctica del proceso*, Bs. As., EJE, 1959.
- VON BÜLOW, OSKAR, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Bs. As., EJE, 1964.
- WACH, ADOLF, *La pretensión de declaración*, Bs. As., EJE, 1962.

EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO DE BIDART CAMPOS EN TORNO AL DERECHO PRIVADO

NOEMÍ LIDIA NICOLAU *

1. Así como la Filosofía es la disciplina de la pregunta por excelencia, también se construye a partir de los grandes interrogantes la Filosofía del Derecho Privado, desarrollada con maestría por Gioele Solari¹ y, entre nosotros por Ciuro Caldani².

En la actualidad, esta Filosofía se plantea numerosas preguntas, pero las más grandes, las primeras que debe formularse frente a los desafíos de la ciencia y la tecnología, son las mismas que se enfrenta, en general, la ciencia jurídica acerca de qué es la vida humana, qué es la persona y cómo protegerla.

Estos son, precisamente, los grandes problemas que nuestro homenajeado comprendió en toda su magnitud, dedicando una parte importante de su trabajo a buscar soluciones siempre cautas, meditadas y razonables. A Bidart se lo escuchaba con atención, porque tenía su mente muy abierta. Meditó en profundidad cada una de sus respuestas a los planteos esenciales. En reiteradas oportunidades se pronunció enérgicamente por la defensa de la vida y, sobre todo, de la vida humana. De igual modo concebía el respeto al cuerpo humano, a la privacidad de la persona y al derecho de ésta a su sexualidad³.

* Investigadora de la Carrera del Investigador de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR).

1 SOLARI, Gioele, "Filosofía del Derecho privado", trad. Oberdan Caletti, Depalma, Bs. As., 1946.

2 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2003.

3 Pueden citarse entre sus innumerables trabajos publicados: "La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud", L.L. 2001-F, 906; "Un difícil caso de Derecho Constitucional y Bioética", LLBA 2000, 417; "¿Habeas data, o qué? ¿Derecho "a la verdad", o qué?", L.L.1999-A, 212; "Denuncia de un delito del que tuvo noticia el médico por evidencias corporales de su paciente", L.L. 1999-B, 164; "El derecho a la salud y el amparo", L.L.1997-B, 297; "Algo sobre el derecho a la vida", L.L.1983-A, 701; "La dignidad del hombre (natural o sobrenatural) (Comentarios a una tesis de Alvaro D'Ors)", L.L. 1980-D, 940; "El examen hematológico mediante prueba compulsivamente obtenida", L.L.2003-F, 435; "Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?", RDF 1999-15-9; "Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003", L.L.2003-C, 1235; "¿Ser afiliado a un partido político configura un "dato sensible"?", L.L. 2003-A, 1299; "El adulterio lapidado. ¿Y la dignidad de la persona también?", L.L.2002-C, 1405; "El derecho de casarse", L.L. 2002-C, 1406; "Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación de un menor", L.L.2002-C, 719; "Travestismo y transexualidad: el derecho a la identidad y a la diferencia puede ser defendido como fin propio de una asociación", L.L.2004-D, 797; "La modificación registral del sexo y el cambio de documentación (El derecho a la verdad y la identidad sexual)", L.L. 2001-F, 216 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional -

Todos estos temas lo ocuparon y preocuparon. Entre tantos trabajos que publicó quiero rescatar uno: “Derecho constitucional y bioética en relación con la vida humana (“Valor” vida y “derecho” a la vida)”⁴, allí dice:

“El ‘derecho’ a la vida será ontológicamente tal cuando haya un ser cuya individuación dé origen a una persona susceptible de ser sujeto activo titular de tal derecho, con lo que dejamos en claro que el deber jurídico de proteger la vida es capaz de adelantarse temporalmente al derecho a la vida, desde que en la vida hay un valor aunque a veces no quepa detectar un derecho”. “¿Qué nos queda en el cierre? Que no es incongruente en una filosofía del derecho constitucional empalmada con la bioética la aseveración de que a veces hay valores jurídicos que engendran en uno o más sujetos la obligación también jurídica de dispensarles tutela, aunque esos valores no guarden identidad con uno o más derechos personales, y aunque –acaso– la relación con el sistema de derechos sólo sea mediata, remota o futuriza”.

Esta reivindicación a ultranza de la vida, como valor que merece ser tutelado, sostenida durante años por Bidart, su reconocimiento permanente a la jerarquía de la persona humana, hace que nos preguntemos qué diría hoy frente a algunos casos paradigmáticos que se exponen ante el mundo, en los que parece estar francamente afectada la dignidad de hombres destacados y de algunas personas que se han vuelto noticia, por el debate suscitado en torno a su muerte⁵. La tecnología facilita la prolongación de sus

Director: Alberto Ricardo Dalla Via, Editorial L.L. 2002, 533; “El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados”, J.A. 1990-III-103; “El sexo, la corporeidad, la psiquis y el derecho: ¿Dónde está y cuál es la verdad?”, R.D.F. 2002-21-173; “La ley de “unión civil” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, L.L. 2003-C, 1495; “La modificación registral del sexo y el cambio de documentación (El derecho a la verdad y la identidad sexual)”, L.L. 2001-F, 216; “Vida privada, sexualidad y fuerzas armadas”, L.L. 2000-E, 211; “La sanción al travestismo “inofensivo”, L.L.B.A. 1998, 162.

4 Fue publicado en J.A., 1998-IV-701.

5 Nos referimos a varios hechos vinculados al derecho de morir en dignidad que sucedieron en los días previos al desarrollo del encuentro en el que se expusiera este trabajo. El 30 de marzo se informaba que el Papa Juan Pablo II había aparecido en una ventana de sus departamentos del Vaticano para bendecir a los fieles en la plaza San Pedro. Permaneció cuatro minutos en la ventana escuchando un mensaje, luego uno de sus ayudantes le acercó un micrófono y entonces hizo un esfuerzo para hablar, pero rápidamente renunció, haciendo varios gestos de bendición, entrecortados de movimientos para recuperar el aliento. En ese tiempo el Papa tenía una “sonda nasogástrica”, porque a raíz de la enfermedad de Parkinson, tenía serios problemas para tragar y estaba recibiendo alimentos líquidos, semilíquidos y suero por vía endovenosa (La Nación, 30 de marzo de 2005, AP). Al poco tiempo falleció. El 6 de abril, murió el príncipe Rainiero III, de Mónaco, en un centro cardiológico, donde había estado internado desde hacía un mes. Tenía 81 años, estaba enfermo desde hacía tiempo, y fue internado el 7 de marzo por problemas pulmonares (La Nación, 6 de abril, Ansa). El 31 de marzo de 2005 en Florida (EEUU) moría Terri Schiavo a quien, por orden judicial, se le había retirado los soportes tecnológicos a los que estaba conectada desde 1990. Como consecuencia de un problema

vidas, quizás mucho más allá de lo que naturalmente hubieran durado, quizás con mucha menor calidad, y permite, asimismo que sus imágenes recorran la tierra mostrando su debilidad e invadiendo su privacidad.

Creo que Bidart Campos habría salido en defensa de la privacidad de estos pacientes terminales y sobretodo de su derecho a no ser sometidos a distanasia⁶. Habría proclamado que el derecho a la vida y la dignidad de estas personas exige que se les permita concluir sus vidas naturalmente, proporcionándoles sólo lo necesario para evitarles sufrimientos, de modo que su fin llegue cuando la naturaleza lo determine.

2. Desde otra perspectiva, Bidart abordó también una cuestión singular del sistema jurídico actual, cual es la conexidad y complementariedad de las diferentes partes y ramas del mundo jurídico. Con seguridad ha reflexionado acerca del pensamiento de su maestro Goldschmidt, en cuanto a reconocer si era llegado el momento de la “complejidad pura”, después de haber superado la complejidad impura, de los primeros siglos y la simplicidad pura de la teoría pura del derecho⁷.

En ese aspecto, un interrogante sustancial que tuvo clara respuesta por parte de nuestro homenajeado es cómo alcanzar una razonable combinación entre Derecho público y Derecho privado. Esta cuestión que aparece entre nosotros sobre todo como consecuencia de la Reforma constitucional de 1994, bajo el signo de la “constitucionalización del derecho privado”, no era nueva. Los italianos, por ejemplo, se dedicaron a ella por los años

cardíaco, Terry padeció una lesión cerebral grave que la dejó en “estado vegetativo persistente”. En torno a su vida se libró una batalla judicial entre su esposo, que solicitaba autorización para la desconexión y sus padres, que sostenían que podría ser viviendo (The Associated Press. 31-3-2005. “Terri Schiavo Dies, but Debate Lives On” por Vickie Chachere).

6 Como es sabido, la distanasia es también denominada “encarnizamiento terapéutico” o “violencia terapéutica” y consiste en la práctica que insiste en prolongar vidas o agonías con toda clase de medicamentos o medios mecánicos o quirúrgicos. Se presenta como el tratamiento contrario a la eutanasia activa, que es la muerte que se provoca al enfermo terminal por una acción directa (se suministra un medicamento que provoca la muerte) o indirecta (se suministra un medicamento que no tiene efecto inmediato para provocar la muerte, pero la produce por vía colateral). Nos parece que la solución más personalista y justa en estos casos de pacientes terminales, para permitirles morir en dignidad, es optar por la ortotanasia u orto-eutanasia tratamiento en el que la muerte se produce simplemente por una omisión, por no suministrar un tratamiento extraordinario o desproporcionado o por interrumpir el que se hubiere iniciado. Se permite al enfermo terminal que su vida acabe naturalmente, proporcionándole apoyo psicológico y una medicación que reduzca el dolor físico y moral, puede v. nuestra tesis “Vida humana y Derecho civil. Exigencia y posibilidad de una teoría del negocio jurídico personalísimo en el derecho argentino, desde la perspectiva de los actos vinculados al principio y fin de la vida humana”, Santa Fe, 1990.

7 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, Depalma, Bs.As., 1980, 6ª ed., pág. XVII.

cincuenta⁸.

En un trabajo publicado en 1998 relativo al panorama de los derechos humanos a fin de siglo, dijo con razón: “Sabemos demasiado bien que las constancias normativas no alcanzan por sí solas para asegurar su eficacia, pero aun cuando muchísimas áreas de la realidad social no las reflejan sino a veces hasta las contradicen, el anclaje en normas de derecho público de tantos contenidos iusprivatistas sirve como mínimo para dos objetivos: uno, incitar valoraciones colectivas favorables y estimular la exigencia de que aquellas normas se hagan efectivas; otro, proporcionar fundamento a cuestiones constitucionales en sede judicial y, en su caso y con relación a los tratados, permitir acusar las violaciones y los incumplimientos en la jurisdicción supraestatal”⁹.

El talento indudable de este eminente constitucionalista le permitió reconocer sin cortapisas esa complementariedad necesaria que permite a las normas constitucionales alcanzar su real eficacia en el marco que les brindan las otras ramas del derecho y, en especial, el derecho privado. Por esa razón, a la hora de proponer reformas, principios nuevos o avances para reforzar los derechos humanos enumera en un largo listado de sugerencias, entre otras las siguientes: “g) En las tangencias cada vez más marcadas entre el derecho privado y el derecho público, se vuelve prioritario tutelar a las víctimas de daños en múltiples campos (ya citamos el ambiente, y podemos agregar el mercado, el consumo, la propiedad, la información social, etc.), extendiendo la protección más allá del daño al patrimonio para abarcar lo que ahora se denomina, en vez de daño moral, daño “a la persona” en todos sus aspectos; h) Muy relacionado con estas irradiaciones del derecho de daños, es bueno fortalecer el principio del favor debilis para brindar amparo a quien en cualquier relación jurídica es la parte más débil frente a la otra; ya hicimos alusión a la aplicación de este principio en materia de relaciones del trabajo, individuales y colectivas”.

Como puede observarse, también en este tema el autor conoce las cuestiones esenciales del Derecho Privado y sabe dar la contestación actual y apropiada.

3. Germán Bidart Campos ha llegado a destino, ha concluido su camino como transeúnte por la vida¹⁰, transitando con vigor, inteligencia, trabajo y magnanimidad. Aunque ya no camina con nosotros, su vasta obra nos permite continuar nuestra ruta iluminados por su talento.

8 IRTI, Natalino, “I cinquant’anni del Codice Civile, All’insegna del pesce d’oro”, Milano, 1992.

9 “El panorama de los derechos humanos a fin de siglo”, JA 80° Aniversario 1998-97, Lexis N° 0003/007291.

10 Tal la expresión que le gustó usar, como conclusiva del trabajo citado en la nota anterior: “Es posible que el camino de los derechos humanos lo hagamos caminando. Así se hizo el que ahora nos tiene como transeúntes por la vida”.

BIBLIOGRAFÍA DEL PROF. DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS
VINCULADA CON LA RAMA *DERECHO PROCESAL* Y PUBLICADA
EN LAS PRINCIPALES REVISTAS JURÍDICAS DE LA ARGENTINA

RECOPILACIÓN: JUAN PABLO CIFRÉ - ANDREA A. MEROI

Revista Jurídica La Ley

1. Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional • Nota a Fallo • LA LEY 1998-B, 287
2. Un muy difícil deslinde entre la función del juez y la del Ministerio Público • Nota a Fallo • Sup.Penal, 2003 (junio), 1
3. Una bisagra constitucional entre el debido proceso y la absolución de posiciones por oficio • Nota a Fallo • LA LEY 1997-E, 89
4. La revisión judicial de las decisiones destitutorias en el enjuiciamiento de magistrados • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 785
5. La valla que la Jurisprudencia de la Corte Suprema pone al control constitucional sin pedido de parte • Nota a Fallo • LA LEY 1997-D, 530
6. La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño? • Nota a Fallo • LA LEY 2000-B, 22
7. Las aperturas al “corralito” por decisiones judiciales con apelación ante la Corte Suprema • Nota a Fallo • LA LEY 2002-C, 362
8. El recaudo constitucional y procesal de la acusación penal • Nota a Fallo • Sup.Const., 2002 (diciembre), 1
9. La legitimación pasiva y la relación jurídica con el legitimado activo • Nota a Fallo • LA LEY 1997-B, 641
10. Las sentencias que dicta la Corte sin tener jurisdicción ni competencia en el caso, son nulas de nulidad absoluta • Nota a Fallo • Sup.Const, 2002 (diciembre), 15
11. Un amparo exitoso que deja algunas dudas en un tema conflictivo: ¿Por qué? • Nota a Fallo • LA LEY 2002-C, 487 (Caso Imediat, tema legitimación; efecto *erga omnes*).
12. Cautelar en un amparo ambiental y legitimación para accionar • Nota a Fallo • LA LEY 1999-D, 120
13. La competencia en los juicios de amparo • Nota a Fallo • LA LEY 1999-E, 80
14. La mediación obligatoria en el régimen de la ley 24.573 • Nota a Fallo • LA LEY 2002-B, 48
15. La ley de lemas santafesina en un proceso asumido por la Corte en su jurisdicción originaria • Nota a Fallo • LA LEY 2003-F, 973
16. ¿Y el “iura novit curia”? • Nota a Fallo • Sup.Const 2004 (abril), 7 - RU 2004-2, 30
17. Un tema constitucional - procesal siempre atractivo: El exceso ritual manifiesto • Columna de Opinión • LA LEY 2003-F, 1494

18. El examen hematológico mediante prueba compulsivamente obtenida • Nota a Fallo • LA LEY 2003-F, 435
19. Dos caras del enjuiciamiento político: lo que es decisión definitiva del órgano competente y lo que es judicialmente controlable • Nota a Fallo • LA LEY 1996-C, 535
20. ¿Conflicto por exceso de competencia judicial? • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 250
21. El derecho a la tutela judicial efectiva en una señera sentencia de la Corte Suprema de Justicia • Nota a Fallo • LA LEY 1996-E, 580
22. La jurisprudencia obligatoria • Columna de Opinión • LA LEY 2001-F, 1492
23. La justiciabilidad: ¿cuestiones políticas y cuestiones abstractas? • Columna de Opinión • LA LEY 07/04/2004, 1
24. La legitimación procesal activa de los legisladores • Nota a Fallo • LA LEY 1997-F, 564
25. La duración del proceso penal • Columna de Opinión • LA LEY 27/07/2004, 1
26. El periodismo, la publicidad del proceso penal y el acceso al expediente ya cerrado • Nota a Fallo • LLLitoral, 1999-783
27. Formalismos rituales que han eludido la “verdad material” y “lo justo objetivo” • Nota a Fallo • LA LEY 2001-B, 782
28. Delito, proceso penal, prisión preventiva y control judicial de constitucionalidad • Nota a Fallo • LA LEY 1999-B, 660
29. La denegatoria de personalidad jurídica a la Asociación de Swingers es perfectamente constitucional, y coincidente con el orden público de nuestro derecho de familia • Nota a Fallo • LA LEY 2003-E, 513
30. El control constitucional y el arbitraje • Nota a Fallo • Sup.Const 2004 (agosto), 17
31. Las legitimaciones en materia de amparo • Nota a Fallo • LA LEY 2001-B, 798
32. Los recortes a la legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires • Nota a Fallo • LA LEY 2001-C, 802
33. Lo que puede hacer un juez desde su función docente: ¿Qué es o qué no es incompatible? • Nota a Fallo • RU 2003-6, 15 - LA LEY 2003-F, 956
34. La remuneración de los jueces como hecho imponible • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 217
35. Los roles del Ministerio Público y de la víctima querellante en la acusación penal • Nota a Fallo • LA LEY 1998-E, 432
36. Un largo trayecto procesal que la Corte equipara a privación de justicia • Nota a Fallo • LA LEY 2000-E, 186
37. La legitimación del afectado en materia de Derecho Ambiental • Nota a Fallo • Sup.Const 2004 (julio), 32
38. La exigencia constitucional e internacional de la alzada en el proceso penal • Nota a Fallo • LA LEY 2001-B, 142
39. La tasa de justicia y el derecho a la tutela judicial - (Una solitaria disidencia en la Corte Suprema) • Nota a Fallo • LA LEY 1997-A, 41
40. Adecuada enmienda a una omisión procesal • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 803
41. ¿Hay que pagarle al Estado para que administre justicia? (Repensando la “tasa” de justicia) • Columna de Opinión • LA LEY 2003-B, 1467

42. La mediación prejudicial obligatoria en la órbita del Poder Ejecutivo • Nota a Fallo • LA LEY 1998-F, 467
43. “Amicus curiae” • Columna de Opinión • LA LEY 26/08/2004, 1

Revista Jurídica El Derecho

1. Aspectos constitucionales de las sanciones por inconducta procesal, ED, 26-355
2. La revisión judicial por vía de hábeas corpus de arrestos durante el estado de sitio, ED, 33-462
3. El amparo de pronto despacho, ED, 24-204
4. El juicio de amparo y la supremacía de la Constitución, ED, 8-782
5. El recurso extraordinario, ED, 20-43
6. La ejecutoriedad de la sentencias contra el Estado, ED, 12-811
7. La jurisdicción federal, ED, 18-511
8. La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas, ED, 9-915
9. Presunción del juicio de divorcio después de la muerte de un cónyuge, ED, 9-766
10. Cosa juzgada en la calificación de culpa en el divorcio, ED, 78-821
11. Debido proceso y “rapidez” del proceso, ED, 80-703
12. Diligencias de las partes y diligencias del tribunal (De nuevo el problema de la “rapidez” del proceso), ED, 80-730
13. El derecho judicial como derecho vigente, ED, 79-184
14. El juez natural en los recursos judiciales, ED, 79-287
15. ¿Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?, ED, 74-385
16. ¿Materias “no justiciables” en la administración?, ED, 78-703
17. Nueva perspectiva en el control judicial de los arrestos políticos, ED, 75-765
18. El derecho a la jurisdicción en Argentina, ED, 11-954
19. El derecho a la jurisdicción y la jurisdicción internacional, ED, 15-953
20. La aplicación judicial de la ley de amparo, ED, 18-312
21. La competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, ED, 18-757
22. El juicio de amparo y la supremacía de la Constitución, ED, 8-782
23. La función del abogado frente al derecho a la jurisdicción, ED, 7-953
24. Sentencia autocontradictoria por deficiencia en el control de constitucionalidad, ED, 42-191
25. Aspectos constitucionales de las sanciones por inconducta procesal, ED, 26-355
26. De nuevo sobre “hábeas corpus y estado de sitio”, ED, 36-58
27. Gravedad institucional en el Poder Judicial (Remociones, nombramientos y jubilaciones), ED, 50-613
28. Detracciones inconstitucionales a la función judicial, ED, 54-655
29. Hábeas corpus para impeler el trámite de libertad condicional, ED, 52-400
30. Jurisdicción federal y jurisdicción provincial en materia electroenergética, ED, 54-735
31. Exención de cobro ejecutivo de costas y honorarios a los trabajadores, ED, 60-211
32. El derecho judicial como derecho vigente, ED, 79-134
33. El enjuiciamiento de jueces del Superior Tribunal de Misiones, ED, 84-148

34. El juego de la supremacía federal y la obstrucción del recurso extraordinario en las acciones provinciales de inconstitucionalidad local, ED, 85-835
35. El juez natural en los recursos judiciales, ED, 79-287
36. El juzgamiento de civiles por tribunales militares, ED, 83-429
37. El rigorismo procesal violatorio de la defensa, ED, 81-530
38. ¿Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?, ED, 74-385
39. inscripción judicial de nacimiento de un hijo matrimonial por vía de información sumaria, ED, 84-378
40. La cuestión constitucional planteada respecto de una ley abarca también al decreto que da ejecución a la ley, ED, 80-152
41. La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión, ED, 78-785
42. Nueva perspectiva en el control judicial de los arrestos políticos, ED, 75-765
43. Pluralidad de instancia y defensas, ED, 80-658
44. Retrogradación inconstitucional de proceso penal, ED, 83-189
45. Ritualismo formal exagerado versus solución justa, ED, 80-630
46. Sentencia arbitraria y doctrina jurisprudencial de la Corte, ED, 80-525
47. Un caso excepcional de control judicial sobre el arresto político durante el estado de sitio, ED, 79-148
48. La Corte reitera un principio liminar en el proceso de amparo, ED, 88-320
49. Los poderes implícitos de la Corte Suprema y los impedimentos “ad extra” para la administración de justicia, ED, 81-721
50. Hábeas corpus: Finalidad y prueba, ED, 89-689
51. Jurisdicción originaria de la Corte en causas concernientes a embajadores extranjeros, ED, 86-787
52. ¿Materias “no judiciales” en la administración?, ED, 78-703
53. Una justa superación de un formalismo procesal, ED, 86-717
54. Algunas reflexiones sobre el control de constitucionalidad en la Argentina, ED, 88-925
55. Competencia provincial en materia de seguridad social, ED, 90-414
56. Derecho a la jurisdicción, defensa en juicio y posibilidad de obtener una sentencia útil, ED, 91-407
57. Fracaso del amparo por rigorismo formal y rehabilitación de sus sentido por la Corte Suprema, ED, 94-759
58. Inmunidad total de jurisdicción de entes internacionales y privación de justicia en sede e internacional (Derecho constitucional y “jus cogens”), ED, 91-194
59. La competencia originaria de la Corte, cuando “es parte” una provincia es competencia “ratione personae”, ED, 92-149
60. Pluralidad de instancia y defensa, ED, 80-658
61. Cuestión insustancial en el recurso extraordinario, ED, 95-353
62. El problema de los “desaparecidos” y el Poder Judicial, ED, 93-308
63. Facultad acusatoria de un colegio profesional en el enjuiciamiento de magistrados provinciales, ED, 96-745
64. Cuestión insustancial en el recurso extraordinario, ED, 95-353
65. De nuevo los tribunales militares en el juzgamiento de civiles, ED, 97-675
66. El control constitucional de oficio en sede provincial, ED, 100-633

67. La cosa juzgada y su alteración por normas posteriores (el derecho de opción), ED, 103-336
68. De nuevo queremos rescatar el amparo (Un voto disidente en la Corte: estado de sitio y libertad de imprenta), ED, 104-231
69. Competencia originaria y exclusiva de la Corte en causas en que es parte una provincia, y hay litisconsortes o terceros no aforados, ED, 104-488
70. Sentencia definitiva, recurso extraordinario y cuestión constitucional a la luz del art. 100 de la Constitución, ED, 104-592
71. Las enseñanzas dejadas por el amparo a los 25 años de su creación por la Corte Suprema, EDLA, 1982-1067
72. Un hábeas corpus para recobrar la libertad durante el estado de sitio, sin formular opción para salir del país, ED, 104-142
73. Un importante fallo de la Corte: derecho internacional, inmunidad de jurisdicción y derecho a la jurisdicción, ED, 107-613.
74. Reincorporación de jueces removidos por el gobierno militar. (Doctrina “de facto”. Competencia de la Corte), ED, 107-693
75. El caso “Jubert”: recursos locales para llegar al extraordinario. La sentencia “definitiva” del Superior Tribunal “de la causa”, ED, 108-238
76. La investidura de los jueces nombrados por el Poder “de facto”, ED, 108-284
77. Justicia militar y control de constitucionalidad en flamante jurisprudencia de la Corte, ED, 108-474
78. La resolución “contraria” en el recurso extraordinario, ED, 110-916
79. La avocación de la cámara federal en el proceso a las juntas militares, ED, 112-189
80. El “certiorari” y la “avocación” en la competencia de la Corte Suprema (Innovaciones en su proyectos de reforma), ED, 115-805
81. La doble instancia en el proceso penal (La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica), ED, 118-877
82. El hábeas corpus contra limitaciones a la libertad dispuestas en un proceso ajeno, ED, 119-394
83. La abstención de un tribunal (federal o provincial) que no juzga una cuestión constitucional, es inconstitucional, ED, 128-221
84. El recurso extraordinario no satisface el requisito de la doble instancia que para el proceso penal prevén los pactos internacionales de derechos humanos, ED, 129-791
85. La Corte admite que tribunales provinciales declaren inconstitucionalidades “de oficio” cuando el derecho local los habilita, ED, 130-461
86. ¿Deben y pueden cumplir los superiores tribunales provinciales su deber de decidir causas con cuestiones federales cuando no hay recurso local que los haga competentes?, ED, 134-534
87. La Corte Suprema de Tucumán afronta la demora en las designaciones de jueces provinciales (¿un caso inédito?), ED, 134-678
88. Cuestiones procesales y no procesales en un fallo de la Corte sobre la guarda de una menor, ED, 134-745
89. Un muy complicado caso relacionado con la competencia originaria de la Corte Suprema, ED, 136-259

90. El deber judicial de fundar las sentencias en las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ED, 136-975
91. El daño moral inferido a un juez a quien se los denunció impetrando su enjuiciamiento político, ED, 137-203
92. El “Per Saltum”, ED, 138-598
93. La importante sentencia de la Corte en el “per saltum” por la licitación de Aerolíneas Argentinas, ED, 139-319
94. Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal, ED, 127-109
95. El agotamiento de los recursos internos antes de acceder a la jurisdicción supraestatal organizada por el Pacto de San José de Costa Rica, ED, 140-186
96. El principio de la competencia territorial no rige para juzgar delitos contra el derecho de gentes: el art. 102 constitucional, ED, 140-244
97. La revisión de una condena penal por cambio en la jurisprudencia de la Corte (Ley penal más benigna, derecho judicial más benigno e igualdad constitucional), ED, 141-97
98. A propósito de los indultos: ¿no es inconstitucional la inexistencia del querellante en la Justicia militar?, ED, 141-194
99. Entre un “per saltum” frustrado y una cuestión de competencia, ED, 141-317
100. La suspensión por decreto de los juicios contra el Estado, ED, 141-365
101. El fallo de la Corte sobre el “Plan Bonex” (El amparo; airoso; la propiedad: desprotegida; la Constitución; entre paréntesis), ED, 141-519
102. El juicio sobre la conveniencia de una medida a veces hace parte del control judicial de razonabilidad constitucional, ED, 141-828
103. La legitimación del querellante, ED, 143-937
104. Estrecheces y holguras del hábeas corpus en un fallo de la Corte Suprema. (¿Y el valor libertad?), ED, 144-261
105. La Corte Suprema ante un desborde institucional del Poder Ejecutivo, ED, 144-271
106. Un caso “extraordinario” para la instancia extraordinaria: La Corte ordena la intervención previa del Superior Tribunal de una provincia, ED, 144-454
107. Más sentencias de la Corte en el marco de su activismo judicial: la declaración de inconstitucionalidad de una pena, ED, 134-202
108. Egoísmos inconstitucionales por negación de la legitimación procesal activa, ED, 145-476
109. Un importante problema judicial en la provincia de Tierra del Fuego mientras no esté organizada y en funcionamiento la administración de justicia provincial, ED, 148-531
110. La acción de tutela (amparo) en el nuevo derecho colombiano, ED, 151-185
111. El control judicial de constitucionalidad y la legitimación procesal (Segunda Parte), ED, 152-790
112. La judiciabilidad y la legitimación procesal en materia de derechos políticos y de cuestiones electorales y partidarias (Tercera Parte), ED, 152-792
113. La legitimación en el recurso extraordinario (Cuarta Parte), ED, 152-887
114. Los derechos humanos y la legitimación procesal (Primera Parte), ED, 152-784
115. Responsabilidad del Estado por la sustanciación de los procesos penales (Error judicial y privación de libertad), ED, 154-543
116. El certiorari positivo, ED, 156-32

BIBLIOGRAFÍA DEL PROF. DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS
VINCULADA CON LA RAMA *DERECHO PROCESAL* Y PUBLICADA
EN LAS PRINCIPALES REVISTAS JURÍDICAS DE LA ARGENTINA

RECOPILACIÓN: JUAN PABLO CIFRÉ - ANDREA A. MEROI

Revista Jurídica La Ley

1. Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional • Nota a Fallo • LA LEY 1998-B, 287
2. Un muy difícil deslinde entre la función del juez y la del Ministerio Público • Nota a Fallo • Sup.Penal, 2003 (junio), 1
3. Una bisagra constitucional entre el debido proceso y la absolución de posiciones por oficio • Nota a Fallo • LA LEY 1997-E, 89
4. La revisión judicial de las decisiones destitutorias en el enjuiciamiento de magistrados • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 785
5. La valla que la Jurisprudencia de la Corte Suprema pone al control constitucional sin pedido de parte • Nota a Fallo • LA LEY 1997-D, 530
6. La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño? • Nota a Fallo • LA LEY 2000-B, 22
7. Las aperturas al “corralito” por decisiones judiciales con apelación ante la Corte Suprema • Nota a Fallo • LA LEY 2002-C, 362
8. El recaudo constitucional y procesal de la acusación penal • Nota a Fallo • Sup.Const., 2002 (diciembre), 1
9. La legitimación pasiva y la relación jurídica con el legitimado activo • Nota a Fallo • LA LEY 1997-B, 641
10. Las sentencias que dicta la Corte sin tener jurisdicción ni competencia en el caso, son nulas de nulidad absoluta • Nota a Fallo • Sup.Const, 2002 (diciembre), 15
11. Un amparo exitoso que deja algunas dudas en un tema conflictivo: ¿Por qué? • Nota a Fallo • LA LEY 2002-C, 487 (Caso Imediat, tema legitimación; efecto *erga omnes*).
12. Cautelar en un amparo ambiental y legitimación para accionar • Nota a Fallo • LA LEY 1999-D, 120
13. La competencia en los juicios de amparo • Nota a Fallo • LA LEY 1999-E, 80
14. La mediación obligatoria en el régimen de la ley 24.573 • Nota a Fallo • LA LEY 2002-B, 48
15. La ley de lemas santafesina en un proceso asumido por la Corte en su jurisdicción originaria • Nota a Fallo • LA LEY 2003-F, 973
16. ¿Y el “iura novit curia”? • Nota a Fallo • Sup.Const 2004 (abril), 7 - RU 2004-2, 30
17. Un tema constitucional - procesal siempre atractivo: El exceso ritual manifiesto • Columna de Opinión • LA LEY 2003-F, 1494

18. El examen hematológico mediante prueba compulsivamente obtenida • Nota a Fallo • LA LEY 2003-F, 435
19. Dos caras del enjuiciamiento político: lo que es decisión definitiva del órgano competente y lo que es judicialmente controlable • Nota a Fallo • LA LEY 1996-C, 535
20. ¿Conflicto por exceso de competencia judicial? • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 250
21. El derecho a la tutela judicial efectiva en una señera sentencia de la Corte Suprema de Justicia • Nota a Fallo • LA LEY 1996-E, 580
22. La jurisprudencia obligatoria • Columna de Opinión • LA LEY 2001-F, 1492
23. La justiciabilidad: ¿cuestiones políticas y cuestiones abstractas? • Columna de Opinión • LA LEY 07/04/2004, 1
24. La legitimación procesal activa de los legisladores • Nota a Fallo • LA LEY 1997-F, 564
25. La duración del proceso penal • Columna de Opinión • LA LEY 27/07/2004, 1
26. El periodismo, la publicidad del proceso penal y el acceso al expediente ya cerrado • Nota a Fallo • LLLitoral, 1999-783
27. Formalismos rituales que han eludido la “verdad material” y “lo justo objetivo” • Nota a Fallo • LA LEY 2001-B, 782
28. Delito, proceso penal, prisión preventiva y control judicial de constitucionalidad • Nota a Fallo • LA LEY 1999-B, 660
29. La denegatoria de personalidad jurídica a la Asociación de Swingers es perfectamente constitucional, y coincidente con el orden público de nuestro derecho de familia • Nota a Fallo • LA LEY 2003-E, 513
30. El control constitucional y el arbitraje • Nota a Fallo • Sup.Const 2004 (agosto), 17
31. Las legitimaciones en materia de amparo • Nota a Fallo • LA LEY 2001-B, 798
32. Los recortes a la legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires • Nota a Fallo • LA LEY 2001-C, 802
33. Lo que puede hacer un juez desde su función docente: ¿Qué es o qué no es incompatible? • Nota a Fallo • RU 2003-6, 15 - LA LEY 2003-F, 956
34. La remuneración de los jueces como hecho imponible • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 217
35. Los roles del Ministerio Público y de la víctima querellante en la acusación penal • Nota a Fallo • LA LEY 1998-E, 432
36. Un largo trayecto procesal que la Corte equipara a privación de justicia • Nota a Fallo • LA LEY 2000-E, 186
37. La legitimación del afectado en materia de Derecho Ambiental • Nota a Fallo • Sup.Const 2004 (julio), 32
38. La exigencia constitucional e internacional de la alzada en el proceso penal • Nota a Fallo • LA LEY 2001-B, 142
39. La tasa de justicia y el derecho a la tutela judicial - (Una solitaria disidencia en la Corte Suprema) • Nota a Fallo • LA LEY 1997-A, 41
40. Adecuada enmienda a una omisión procesal • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 803
41. ¿Hay que pagarle al Estado para que administre justicia? (Repensando la “tasa” de justicia) • Columna de Opinión • LA LEY 2003-B, 1467

42. La mediación prejudicial obligatoria en la órbita del Poder Ejecutivo • Nota a Fallo • LA LEY 1998-F, 467
43. “Amicus curiae” • Columna de Opinión • LA LEY 26/08/2004, 1

Revista Jurídica El Derecho

1. Aspectos constitucionales de las sanciones por inconducta procesal, ED, 26-355
2. La revisión judicial por vía de hábeas corpus de arrestos durante el estado de sitio, ED, 33-462
3. El amparo de pronto despacho, ED, 24-204
4. El juicio de amparo y la supremacía de la Constitución, ED, 8-782
5. El recurso extraordinario, ED, 20-43
6. La ejecutoriedad de la sentencias contra el Estado, ED, 12-811
7. La jurisdicción federal, ED, 18-511
8. La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas, ED, 9-915
9. Presunción del juicio de divorcio después de la muerte de un cónyuge, ED, 9-766
10. Cosa juzgada en la calificación de culpa en el divorcio, ED, 78-821
11. Debido proceso y “rapidez” del proceso, ED, 80-703
12. Diligencias de las partes y diligencias del tribunal (De nuevo el problema de la “rapidez” del proceso), ED, 80-730
13. El derecho judicial como derecho vigente, ED, 79-184
14. El juez natural en los recursos judiciales, ED, 79-287
15. ¿Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?, ED, 74-385
16. ¿Materias “no justiciables” en la administración?, ED, 78-703
17. Nueva perspectiva en el control judicial de los arrestos políticos, ED, 75-765
18. El derecho a la jurisdicción en Argentina, ED, 11-954
19. El derecho a la jurisdicción y la jurisdicción internacional, ED, 15-953
20. La aplicación judicial de la ley de amparo, ED, 18-312
21. La competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, ED, 18-757
22. El juicio de amparo y la supremacía de la Constitución, ED, 8-782
23. La función del abogado frente al derecho a la jurisdicción, ED, 7-953
24. Sentencia autocontradictoria por deficiencia en el control de constitucionalidad, ED, 42-191
25. Aspectos constitucionales de las sanciones por inconducta procesal, ED, 26-355
26. De nuevo sobre “hábeas corpus y estado de sitio”, ED, 36-58
27. Gravedad institucional en el Poder Judicial (Remociones, nombramientos y jubilaciones), ED, 50-613
28. Detracciones inconstitucionales a la función judicial, ED, 54-655
29. Hábeas corpus para impeler el trámite de libertad condicional, ED, 52-400
30. Jurisdicción federal y jurisdicción provincial en materia electroenergética, ED, 54-735
31. Exención de cobro ejecutivo de costas y honorarios a los trabajadores, ED, 60-211
32. El derecho judicial como derecho vigente, ED, 79-134
33. El enjuiciamiento de jueces del Superior Tribunal de Misiones, ED, 84-148

34. El juego de la supremacía federal y la obstrucción del recurso extraordinario en las acciones provinciales de inconstitucionalidad local, ED, 85-835
35. El juez natural en los recursos judiciales, ED, 79-287
36. El juzgamiento de civiles por tribunales militares, ED, 83-429
37. El rigorismo procesal violatorio de la defensa, ED, 81-530
38. ¿Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?, ED, 74-385
39. inscripción judicial de nacimiento de un hijo matrimonial por vía de información sumaria, ED, 84-378
40. La cuestión constitucional planteada respecto de una ley abarca también al decreto que da ejecución a la ley, ED, 80-152
41. La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión, ED, 78-785
42. Nueva perspectiva en el control judicial de los arrestos políticos, ED, 75-765
43. Pluralidad de instancia y defensas, ED, 80-658
44. Retrogradación inconstitucional de proceso penal, ED, 83-189
45. Ritualismo formal exagerado versus solución justa, ED, 80-630
46. Sentencia arbitraria y doctrina jurisprudencial de la Corte, ED, 80-525
47. Un caso excepcional de control judicial sobre el arresto político durante el estado de sitio, ED, 79-148
48. La Corte reitera un principio liminar en el proceso de amparo, ED, 88-320
49. Los poderes implícitos de la Corte Suprema y los impedimentos “ad extra” para la administración de justicia, ED, 81-721
50. Hábeas corpus: Finalidad y prueba, ED, 89-689
51. Jurisdicción originaria de la Corte en causas concernientes a embajadores extranjeros, ED, 86-787
52. ¿Materias “no judiciales” en la administración?, ED, 78-703
53. Una justa superación de un formalismo procesal, ED, 86-717
54. Algunas reflexiones sobre el control de constitucionalidad en la Argentina, ED, 88-925
55. Competencia provincial en materia de seguridad social, ED, 90-414
56. Derecho a la jurisdicción, defensa en juicio y posibilidad de obtener una sentencia útil, ED, 91-407
57. Fracaso del amparo por rigorismo formal y rehabilitación de sus sentido por la Corte Suprema, ED, 94-759
58. Inmunidad total de jurisdicción de entes internacionales y privación de justicia en sede e internacional (Derecho constitucional y “jus cogens”), ED, 91-194
59. La competencia originaria de la Corte, cuando “es parte” una provincia es competencia “ratione personae”, ED, 92-149
60. Pluralidad de instancia y defensa, ED, 80-658
61. Cuestión insustancial en el recurso extraordinario, ED, 95-353
62. El problema de los “desaparecidos” y el Poder Judicial, ED, 93-308
63. Facultad acusatoria de un colegio profesional en el enjuiciamiento de magistrados provinciales, ED, 96-745
64. Cuestión insustancial en el recurso extraordinario, ED, 95-353
65. De nuevo los tribunales militares en el juzgamiento de civiles, ED, 97-675
66. El control constitucional de oficio en sede provincial, ED, 100-633

67. La cosa juzgada y su alteración por normas posteriores (el derecho de opción), ED, 103-336
68. De nuevo queremos rescatar el amparo (Un voto disidente en la Corte: estado de sitio y libertad de imprenta), ED, 104-231
69. Competencia originaria y exclusiva de la Corte en causas en que es parte una provincia, y hay litisconsortes o terceros no aforados, ED, 104-488
70. Sentencia definitiva, recurso extraordinario y cuestión constitucional a la luz del art. 100 de la Constitución, ED, 104-592
71. Las enseñanzas dejadas por el amparo a los 25 años de su creación por la Corte Suprema, EDLA, 1982-1067
72. Un hábeas corpus para recobrar la libertad durante el estado de sitio, sin formular opción para salir del país, ED, 104-142
73. Un importante fallo de la Corte: derecho internacional, inmunidad de jurisdicción y derecho a la jurisdicción, ED, 107-613.
74. Reincorporación de jueces removidos por el gobierno militar. (Doctrina “de facto”. Competencia de la Corte), ED, 107-693
75. El caso “Jubert”: recursos locales para llegar al extraordinario. La sentencia “definitiva” del Superior Tribunal “de la causa”, ED, 108-238
76. La investidura de los jueces nombrados por el Poder “de facto”, ED, 108-284
77. Justicia militar y control de constitucionalidad en flamante jurisprudencia de la Corte, ED, 108-474
78. La resolución “contraria” en el recurso extraordinario, ED, 110-916
79. La avocación de la cámara federal en el proceso a las juntas militares, ED, 112-189
80. El “certiorari” y la “avocación” en la competencia de la Corte Suprema (Innovaciones en su proyectos de reforma), ED, 115-805
81. La doble instancia en el proceso penal (La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica), ED, 118-877
82. El hábeas corpus contra limitaciones a la libertad dispuestas en un proceso ajeno, ED, 119-394
83. La abstención de un tribunal (federal o provincial) que no juzga una cuestión constitucional, es inconstitucional, ED, 128-221
84. El recurso extraordinario no satisface el requisito de la doble instancia que para el proceso penal prevén los pactos internacionales de derechos humanos, ED, 129-791
85. La Corte admite que tribunales provinciales declaren inconstitucionalidades “de oficio” cuando el derecho local los habilita, ED, 130-461
86. ¿Deben y pueden cumplir los superiores tribunales provinciales su deber de decidir causas con cuestiones federales cuando no hay recurso local que los haga competentes?, ED, 134-534
87. La Corte Suprema de Tucumán afronta la demora en las designaciones de jueces provinciales (¿un caso inédito?), ED, 134-678
88. Cuestiones procesales y no procesales en un fallo de la Corte sobre la guarda de una menor, ED, 134-745
89. Un muy complicado caso relacionado con la competencia originaria de la Corte Suprema, ED, 136-259

90. El deber judicial de fundar las sentencias en las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ED, 136-975
91. El daño moral inferido a un juez a quien se los denunció impetrando su enjuiciamiento político, ED, 137-203
92. El “Per Saltum”, ED, 138-598
93. La importante sentencia de la Corte en el “per saltum” por la licitación de Aerolíneas Argentinas, ED, 139-319
94. Un incidente de inconstitucionalidad anexo a una denuncia penal, ED, 127-109
95. El agotamiento de los recursos internos antes de acceder a la jurisdicción supraestatal organizada por el Pacto de San José de Costa Rica, ED, 140-186
96. El principio de la competencia territorial no rige para juzgar delitos contra el derecho de gentes: el art. 102 constitucional, ED, 140-244
97. La revisión de una condena penal por cambio en la jurisprudencia de la Corte (Ley penal más benigna, derecho judicial más benigno e igualdad constitucional), ED, 141-97
98. A propósito de los indultos: ¿no es inconstitucional la inexistencia del querellante en la Justicia militar?, ED, 141-194
99. Entre un “per saltum” frustrado y una cuestión de competencia, ED, 141-317
100. La suspensión por decreto de los juicios contra el Estado, ED, 141-365
101. El fallo de la Corte sobre el “Plan Bonex” (El amparo; airoso; la propiedad: desprotegida; la Constitución; entre paréntesis), ED, 141-519
102. El juicio sobre la conveniencia de una medida a veces hace parte del control judicial de razonabilidad constitucional, ED, 141-828
103. La legitimación del querellante, ED, 143-937
104. Estrecheces y holguras del hábeas corpus en un fallo de la Corte Suprema. (¿Y el valor libertad?), ED, 144-261
105. La Corte Suprema ante un desborde institucional del Poder Ejecutivo, ED, 144-271
106. Un caso “extraordinario” para la instancia extraordinaria: La Corte ordena la intervención previa del Superior Tribunal de una provincia, ED, 144-454
107. Más sentencias de la Corte en el marco de su activismo judicial: la declaración de inconstitucionalidad de una pena, ED, 134-202
108. Egoísmos inconstitucionales por negación de la legitimación procesal activa, ED, 145-476
109. Un importante problema judicial en la provincia de Tierra del Fuego mientras no esté organizada y en funcionamiento la administración de justicia provincial, ED, 148-531
110. La acción de tutela (amparo) en el nuevo derecho colombiano, ED, 151-185
111. El control judicial de constitucionalidad y la legitimación procesal (Segunda Parte), ED, 152-790
112. La judiciabilidad y la legitimación procesal en materia de derechos políticos y de cuestiones electorales y partidarias (Tercera Parte), ED, 152-792
113. La legitimación en el recurso extraordinario (Cuarta Parte), ED, 152-887
114. Los derechos humanos y la legitimación procesal (Primera Parte), ED, 152-784
115. Responsabilidad del Estado por la sustanciación de los procesos penales (Error judicial y privación de libertad), ED, 154-543
116. El certiorari positivo, ED, 156-32

117. La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación, ED, 157-255
118. El juicio político en jurisdicción federal y su revisión judicial por la Corte, ED, 158-237
119. La acusación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, ED, 159-86
120. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna, ED, 159-914
121. La doble instancia en el proceso penal, ED, 163-161
122. La víctima del delito y el proceso penal, ED, 164-187
123. El encarcelamiento cautelar de los procesados en la ley 24.390, ED, 164-247
124. La duración razonable del proceso penal y la prisión preventiva (Pacto de San José de Costa Rica y la ley 24.390), ED, 161-577
125. Un notable avance en la Jurisprudencia de la Corte sobre inmunidad de los Estados Extranjeros, ED, 162-83
126. Nulidad en condena penal y “ Reformatio in peius”, ED, 165-1109
127. Una cara del principio del juez natural y el proceso penal por el atentado a la “AMIA”, ED, 165-1372
128. La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la constitución, ED, 166-860

Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina

1. Integración de un tribunal con jueces de otro, JA 2-1969-43
2. El control de constitucionalidad en el juicio de amparo y la arbitrariedad o ilegalidad del acto, JA 2-1969-169
3. El art. 167 del Código Procesal ¿Es inconstitucional? JA 11-1971-19
4. Conflicto de poderes provinciales e intervención federal, Doctrina 1975-214
5. Problemas de jurisdicción internacional italiana en el reconocimiento de sentencias italianas de divorcio, Doctrina 1974-173
6. Oscilaciones y deficiencias en el recurso extraordinario: una visión crítica pero optimista
7. Las prestidigitaciones de la Corte y la galera del mago
8. El panorama de los derechos humanos a fin de siglo
9. El principio de la irretroactividad de los tratados y las excepciones a la competencia de los órganos internacionales en el derecho internacional de los derechos humanos
10. El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

(Estos últimos artículos fueron publicados en “La Constitución que dura. 1853-2003 1994-2004”, Buenos Aires, Ediar, 2004).

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “*METODOLOGÍA DIKELÓGICA*”
(Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007)

1. El presente trabajo, escueto, por cierto, pretende reseñar la obra *Metodología dikelógica*, de Miguel Ángel Ciuro Caldani¹, que recoge el pensamiento y las investigaciones del autor en la materia, trasuntando en una pieza profunda y de consideración imprescindible para el jurista dispuesto a considerar la complejidad del objeto jurídico.

2. La obra está integrada por dos partes.

La primera está dedicada a los “métodos cuantitativos de la justicia”, tanto de los repartidores como del régimen, con apoyatura en desarrollos generales de las clases de justicia y las relaciones entre los valores y en despliegues diversos en función de la materia, el espacio, el tiempo y las personas.

Las clases de justicia y las relaciones entre los valores, en tanto integrantes del complejo de métodos constitutivos de la justicia², permiten pensar, precisamente, el contenido de la diké, determinándola tanto en los repartos aislados como en el régimen (orden de repartos).

A su tiempo, los contenidos de la justicia son también construidos a través de métodos constitutivos de diferenciación del deber ser, según reparen en:

- los elementos de los repartos;
- los fines de los repartos;
- las perspectivas de lo humano;
- los medios de realización del régimen³.

1 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Metodología dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007 (91 páginas).

2 Comprendidos como caminos a seguir en la construcción básica del objeto; de resultas que, una vez recorridos, se lo tenga por determinado. Empero, tal cosa no sucede cuando se trata de métodos auxiliares; o sea, aunque se los recorra, el objeto no queda determinado.

3 En esta inteligencia, puede pensarse como método primario al método dikelógico por el que se constituye la Jurística Dikelógica (si bien toda la teoría trialista del mundo jurídico puede ser comprendida como un desenvolvimiento de la Ciencia de la Justicia –Dikelogía–). Luego, como parte de él y como métodos secundarios a: a) las clases de justicia; b) las relaciones entre los valores; y c) las perspectivas de construcción primaria de los contenidos (métodos constitutivos de diferenciación del deber ser). Huelga destacar que los métodos, a su vez, resultan esclarecedores de otros métodos. También pueden registrarse coincidencias de contenidos, si bien alcanzados por caminos (= métodos) disímiles.

De cualquier modo, las clases de justicia y las relaciones de los valores guardan vinculación (en niveles de explicitud variados y grados de intensidad diversos) con los contenidos tanto de la justicia como del resto de los valores. En una palabra, se ponen en evidencia la interdefinibilidad de la axiología y la axiosofía.

3. La segunda se avoca al estudio de “las fronteras de la justicia en la construcción y la solución de los casos”.

4. Entre las nociones fundamentales que figuran en el introito, el autor se sintetiza con agudeza y precisión el marco de procedencia teórica: el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico⁴. Así, informa que el objeto jurídico se construye dotado de complejidad⁵ pura⁶ y compuesto de repartos de potencia e impotencia⁷ (dimensión sociológica). Tales repartos son captados normativamente⁸

4 Puede verse: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Metodología dikeológica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

5 Complejo o complejidad es entendido aquí como “la emergencia de procesos, hechos u objetos multidimensionales, multirreferenciales, interactivos (retroactivos y recursivos) y con componentes de aleatoriedad, azar e indeterminación, que conforman en su aprehensión grados irreductibles de incertidumbre. Por lo tanto un fenómeno complejo exige de parte del sujeto una estrategia de pensamiento, a la vez reflexiva, no reductiva, polifónica y no totalitaria/totalizante. Un contexto inédito y enorme requiere un pensamiento creativo, radical y polifónico. Un pensamiento exorbitante (capaz de pensar fuera de la órbita de los lugares comunes). (...)”

La complejidad, es a primera vista un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente unidos, que presentan la paradójica relación de lo uno y lo múltiple. La complejidad es efectivamente el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que, la complejidad se presenta con los rasgos perturbadores de la perplejidad, es decir de lo enredado, lo inextricable, el desorden, la ambigüedad y la incertidumbre. Hoy la complejidad es nuestro contexto”. Cf. <http://www.complejidad.org/penscompl.htm> (24-04-2005).

6 A efectos de superar la complejidad impura prekelseniana (que de algún modo reproduce hoy la escuela crítica) y la simplicidad pura kelseniana.

7 Entendiendo por potencia los favores y por impotencia los perjuicios a la vida, en particular, y al ser, en general.

8 Sea que la captación reconozca su origen en los protagonistas (en cuyo caso hablamos de “prescripciones”, *lato sensu*) o en los terceros (donde hablaremos de “promesas”).

(dimensión normológica) y valorados por un plexo axiológico que culmina en la justicia⁹ (dimensión dikelógica).

5. Ciuro Caldani describe con su lucidez habitual cierto “estadio metodológico”¹⁰ de la Dikelogía (= Ciencia de la justicia)¹¹ en nuestros días. Ello viene a significar que es posible detectar algún grado de preferencia en los científicos especializados en dicha disciplina por ahondar en el *cómo* alcanzar *lo justo* más que en detenerse en *qué es lo justo*.

Tal vez por lo infructuoso que pueda resultar tal empresa, o por la tensión de fuerzas y conjugación de factores de poder que se suceden en el seno de la comunidad científica para ponerla en movimiento, marcando rupturas y continuidades¹², hacia la consolidación de nuevos paradigmas, o por la razón que fuere, lo cierto es que las categorías fuertes que sostuvieron otrora los estándares de moralidad parecen estar hoy en franca retirada. En otras palabras, el probable debilitamiento de lo real con base ontológica y el presunto fin de la metafísica, ha hecho desembocar al discurso moral en latitudes menos profundas, más epidérmicas. Así, la teoría recepta (¿e insta?) este proceso histórico - sociológico y sustituye el eje de sus reflexiones: no cuenta ya tanto la meta, sino el método.

Así planteado pareciera ser que lo sustancial no guarda relación alguna con lo procedimental. Ahora bien, sabido es que tamaña afirmación sólo puede mantenerse si se desconoce la relación dialéctica de complementariedad que existe entre sendas nociones. Luego, toda especulación transita sendas, por lo menos, ingenuas, ya que “parece claro que optar por un método es en gran medida optar por un resultado”¹³.

6. El escollo que podría darse cita en los intentos por decir el contenido de los valores, parecería removerse ligeramente si los esfuerzos se canalizan en opciones metodólicas, toda vez que es posible trazar un marco de discusión en torno a ellas, respetando siempre, claro está, los axiomas que las conforman¹⁴. En esa inteligencia, es

9 “... la realidad social y la normatividad tienen positividad propia, que no depende de su justicia, pero se ha de procurar cambiar esa positividad para realizar la justicia” (CIURO CALDANI, “Metodología...” cit., pág. 78).

10 Tal parecer no segrega los aportes que, a lo largo de la historia, se plantearon en la misma línea. Cabe citar a Aristóteles y a Ulpiano, por ejemplo.

11 La ciencia de la justicia tiene especial significado para la formulación tradicional del trialismo, más lo dicho es extrapolable al tratamiento general de los valores que realiza la axiología.

12 Proceso al cual probablemente no resulte ajena actividad humana alguna.

13 CIURO CALDANI, “Metodología...” cit., pág. 13.

14 Los puntos de partida pueden discutirse, desde luego, pero no tiene mayor sentido, puesto que se extingue la viabilidad dialogal frente a la inconmensurabilidad originaria. Los desacuerdos de base

posible trazar consensos y someterlos a relativo rigor de orden lógico y, aún, científico. Especial sentido cobra afirmar “que la justicia de este tiempo tiene carácter ‘procedimental’”¹⁵, si de indagar los basamentos culturales de las sociedades actuales.

7. Entre los modos para pensar el valor justicia el aporte aristotélico es inocultable. Con ese soporte teórico, el trialismo¹⁶ ha elaborado una taxonomía que da cuenta de una serie de parejas de clases de justicia, habilitando enfoques diversos para pensar el valor desde la perspectiva de los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones, tanto sea que se trate de repartos aislados como del régimen de repartos (tal vez aplicables también a conjuntos de repartos). Así, hay relaciones:

I) De coadyuvancia:

I.1) en contribución: cuando los valores se hallan en niveles distintos (superiores o inferiores); por ejemplo: a; b; c; d; e.

I.2) en integración: cuando comparten el mismo nivel; por ejemplo: b; f.

II) De oposición:

II.1) en sustitución: cuando son legítimas.

II.2) en secuestro: cuando son ilegítimas.

II.1 y 2.a) *por inversión*: cuando un valor superior se apropia del material que corresponde a un valor inferior; por ejemplo: $a \downarrow d$.

II.1 y 2.b) *por subversión*: cuando un valor inferior se apropia del material que corresponde a un valor superior; por ejemplo: $b \downarrow e$.

II.1 y 2.c) *por arrogación*: cuando un valor ocupa el espacio de otro del mismo nivel; por ejemplo: $g \rightarrow h$; $c \leftarrow g$ ¹⁷.

8. El complejo de valores se caracteriza también por exhibir rasgos pantónomos, en consecuencia “debe desarrollarse una complejidad pura de los valores que, a

impiden derivar lógicamente consecuencias de las premisas fundantes; de ahí, entonces, que las diferencias en las plataformas de pensamiento y la ausencia de puntos de conexión en el horizonte de comprensión de los interlocutores acabe en desencuentros inconciliables entre ellos.

15 CIURO CALDANI, “Metodología...” cit., pág. 14.

16 Asimismo, cabe referir a las diferenciaciones que el Doctor Ciuro Caldani ha hecho a partir de enfoques dinámicos entre: *justicia rectora* y *justicia correctora*, *justicia de partida* y *justicia de llegada* y *equidad*.

17 El autor de la Metodología dikelógica difiere para otra oportunidad las relaciones de oposición ilegítimas trabadas entre todos los valores involucrados cuando se encuentran en estado de arrogación; intuye que se trata de relaciones de “connivencia”.

semejanza de la complejidad pura de las clases de justicia, ha de proyectarse en los contenidos de justicia respecto de los repartos y el régimen”¹⁸.

9. En definitiva, como ya se ha dicho, todo depende de cómo o con qué sentidos y alcances se construyan la justicia y sus clases, en particular, y los valores y sus relaciones, en general, como así también los contenidos axiológicos (especialmente los dikelógicos) de los repartos aislados y del régimen.

De ahí, entonces, que viene a cuento rememorar el principio supremo de justicia que, en términos de exigencia objetiva, formuló el fundador de la teoría trialista del mundo jurídico: “adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona”¹⁹; en virtud de los ajustes ciurocaldanianos a dicha teoría, es posible presentar cual propuesta la atribución de tal principio supremo al valor justicia, reputándolo, por ende, válido sólo para quienes acuerden al respecto.

10. Aun a riesgo de tomar por la tangente, no es ocioso traer a colación las disputas que a lo largo de la historia (concretamente, las dos primeras edades de nuestra era)²⁰, paradójicamente, unieron a realistas e idealistas, esencialistas y nominalistas, objetivistas y subjetivistas; y las batallas intelectuales no demoraron en volverse guerras

18 CIURO CALDANI, “Metodología...” cit., págs. 21/2.

19 Íd., pág. 23.

20 La finalización de la Edad Media y el comienzo de la Moderna marcan un quiebre insoslayable en el modo de comprender, y de comprenderse en, el mundo. La cultura hace apostasía: la humanidad se emancipa de la injerencia divina, sustituyéndose un modelo teocéntrico por uno antropocéntrico. El hombre se erige como la medida de todas las cosas y la razón teológica es suplantada por la razón humana. El proceso de hominización nutre todos los filamentos de la vida social: las relaciones humanas (especialmente, familiares y mercantiles); la organización política, jurídica y estadual; las artes, la ciencia y conocimiento; etc. Con el desmoronamiento del tomismo Dios quedará sepultado durante la modernidad y, cual efecto rebote, el hombre será catapultado a la cima de las aspiraciones, aún de las inimaginables. El ser humano desafiará todos los límites: la naturaleza y la divinidad, la enfermedad y la muerte, el conocimiento y, casi enajenado, hasta la razón misma. Lo cierto es que superada la explicación tomista de la realidad, quedaban una suerte de “agujeros negros” en el área del saber, una serie de “huecos” en el campo del conocimiento; v. gr., si el gobernante no es un emisario celestial, hay que ensayar algún tipo respuesta que explique el fenómeno del poder: la Ciencia Política; si la subsistencia no depende de la providencia, es preciso sistematizar adecuadamente la relación entre la multiplicidad de necesidades y la escasez de bienes para satisfacerlas: la Economía; si la sociedad se escabulle del plan divino, convendrá entonces adentrarse en el corazón de la cultura y las fuerzas sociales: la Antropología y la Sociología, si la vida y la muerte, la salud y la enfermedad, ya no están en manos de Dios, entonces no habrá que transitar ya el camino de la gracia: la Biología, la Física, la Química, la Psicología; si no es la Tierra el centro del universo, entonces habrá que indagar el firmamento en busca de una reestructuración cósmica: la Astronomía.

campales en el sentido más literal de la expresión, pues estaba en juego algo más que una mera posición epistémica, por lo que el derecho, la política, la teología, la ética, entre otras disciplinas, se veían “salpicadas” ante el derrumbe del fijismo que hacía las veces de nutriente de la vida en sociedad.

No obstante, lo que aquí importa es señalar la des-objetivización de las bases de lo real y el impacto que, inocultablemente, ello acarreó para la reflexión ética: licenciar a Dios como revelador de contenidos axiológicos, clausurar las vías de circulación con lo absoluto dinamitando las esencias, relevar a la naturaleza en su rol de centinela del orden y vicaria del presunto ordenador; en definitiva, dismantelar todo dispositivo metafísico que operase como direccionador del mundo moral.

Ahora bien, desandar la senda del realismo moral no hace concluir sin más en el idealismo (claro que planteado desde la dicotomía el escenario epistemológico no admite sino una respuesta realista o una respuesta idealista), pues es posible resolver en el conducto constructivista, en tanto bisectriz ecléctica de sendas posiciones. La pregunta por la consistencia de habilitar esta tercera vía rompiente de la diáda, evidentemente obliga a sintonizar mejor con perspectivas ideales que reales. De eso no hay duda. Sólo que el idealismo aparece moderado por la consideración del dato, de lo dado, de la facticidad. Vale decir, no nos satisface zambullirnos en un idealismo ilimitado que acabe por “perdernos” en juegos mentales solipsistas. De ningún modo nos apartamos de considerar a los límites constructos ni coqueteamos con confirmarlos según parámetros presumiblemente superados, pero ocurre que hay límites cuyo desborde alcanza realizar la abdicación de toda meta relativamente útil²¹.

Semejante rodeo se justifica para clarificar la siguiente premisa: no basta la mera imaginación para legitimar un juego mental. Se trata de dar un paso más, atando los constructos a consensos reales y no a meras elucubraciones enderezadas al soliloquio. Luego, tiene sentido pensar al constructivismo como construcciones ideales supeditadas a consensos espacio-temporalmente situados. A no dudarlo, el reconocimiento de premisas sociológicas, antropológicas y aún psicológicas coarta las pretensiones de universalidad y

21 En un ejemplo quizá logremos explicarnos mejor. Supongamos que no estuviese en nuestro horizonte de comprensión reconocer la finitud de los seres humanos, al punto tal que no acusemos recibo que todos los hombres son mortales. En esa creencia, no tendríamos objeción alguna en acudir ansiosos al Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires para asistir al acto homenaje que se realizará en ocasión de la ilustre visita de Napoleón Bonaparte a nuestro país; siempre quisimos conocerlo y los carteles instalados en todo sitio de la Casa de Estudios anuncian su presencia en el claustro. Si la realidad depende *in totum* de la plasticidad de nuestro ingenio, desde el idealismo más radical no tenemos argumento alguno para poner en dudas que el estadista francés frecuentará, en breve, las inmediateces del barrio porteño de la Recoleta. Por nuestra parte, no podemos más que decir que no nos interesa jugar un juego como este. Y ya.

las posibilidades de acuerdo y sume la comunicación en un tembladeral que dinamita todo intento de apelación a instancias racionales únicas. Pero, ¿las cosas no funcionan así de hecho? ¿No es el contexto *–lato sensu–* lo que permite al auditorio distinguir si el interlocutor que emplea la voz ‘banco’ se está refiriendo a un mueble de plaza en el que la gente se sienta o a una entidad financiera que vende dinero?

11. Retomando el hilván e independientemente de la “posición originaria” que cada uno adopte ante el valor, sea considerándolo “natural”, “no natural” o “construido”, lo que importa es poner de realce que la adopción de un principio supremo equivale, en lenguaje metafórico, a situar la piedra fundacional debate dikelógico. A la postre (aunque, en realidad, estamos al principio de todo, en las bases más rudimentarias y arcaicas del sistema dikelógico con que el jurista rosarino convida), el acuerdo en torno a este punto de partida delimita las posibilidades del discurso moral, en tanto y en cuanto asume la forma de axioma, postulado de trabajo o, si se quiere, en sintonía con el andamiaje conceptual kelseniano, principio hipotético fundamental²².

Desde ya que el acuerdo sobre principios es un gran paso a favor del rigor metodológico, más ello no es sinónimo de resultados coincidentes. Las expectativas no deben ir más allá de la derivación lógica (lo cual no es poco) de “consecuencias de *justicia de los repartos* en cuanto a la legitimidad de los repartidores, los beneficiarios, los objetos, la forma y las razones y hace viable considerar *la justicia del régimen* respecto a sus fines, sus perspectivas humanas y los medios para su realización”²³. Se visualiza con mayor claridad en la tabla que obra a continuación:

12. Por último. Si las clases de justicia y las relaciones entre los valores se conciben como métodos para la construcción de los contenidos de la justicia de los repartos aislados y el régimen de repartos, entonces pueden darse:

I) *Relaciones de correspondencia*: Cuando “hay” relación real.

I.1) *Por afinidad (directa o indirecta)*; por ejemplo: entre la justicia consensual y la autonomía.

I.2) *Por atracción*; por ejemplo: entre la justicia asimétrica y la autonomía económica.

II) *Relaciones de mera yuxtaposición*: Cuando “no hay” relación real.

22 CIURO CALDANI, “Metodología...” cit., pág. 23.

23 Íd., págs. 23/4.

13. Hasta aquí se han tratado aspectos metodológicos y perspectivas de contenido relevantes para la Teoría General del Derecho entendida como lo común a todos los fenómenos jurídicos; corresponde ahora analizar los despliegues en clave de lo que resulta “abarcativo” de todas las ramas del Derecho.

La aprehensión de la complejidad de la vida amerita un tratamiento diverso de las clases de justicia, las relaciones entre los valores y la justicia de los repartos aislados y el régimen de repartos, según la materia, el espacio, el tiempo y las personas.

14. La “vedette” del mundo jurídico en tiempos de capitalismo financiero sin dudas es el Derecho Privado, cuyo señorío es puesto en evidencia por el avance de la autonomía de la voluntad por el conducto del contrato en casi todas las ramas del Derecho. Luego, el proceso de iusprivatización enfila hacia la justicia consensual, la justicia sin consideración de personas (en la medida que se anteponen los roles desarrollados en el mercado), la justicia simétrica, la justicia conmutativa, la justicia parcial, la justicia sectorial, la justicia de aislamiento, la justicia absoluta²⁴ y, tal vez como última exigencia, la justicia particular.

Acompasadamente, el Derecho Público interpenetra la totalidad del follaje jurídico en brotes que revitalizan la fuerza de las constituciones, asistiéndose a una suerte de “constitucionalización” del Derecho. Ello es detectable, en principio, en la afinidad de la justicia extraconsensual, la justicia con consideración de personas, la justicia asimétrica, la justicia espontánea, la justicia gubernamental, la justicia integral, la justicia de participación, la justicia relativa (= distributiva) y, a lo mejor como nota característica, la justicia general con el ámbito iuspublicista.

A su tiempo, el Derecho Privado se vincula más con las relaciones intervalores de coadyuvancia en integración y las de oposición (legítima) en sustitución, incluso frente al peligro de arrogación y con la defensa del individuo contra los demás y contra lo demás; mientras que en el Derecho Público prevalecen las relaciones de coadyuvancia en contribución entre los valores, no obstante los riesgos de subversión e inversión, y los ensayos de defensa del individuo contra el régimen y contra lo demás.

En un sentido más bien general del Derecho Privado entronca con la autonomía, los méritos económicos, el complejo vital pasado por el tamiz de la propiedad privada, la audiencia negocial, el humanismo abstencionista y la defensa de la unicidad; en tanto que el Derecho Público empalma con la democracia, los merecimientos y los méritos de índole no-económica, el complejo vital *in totum*, la audiencia procesal, el humanismo

24 Aunque dice el Doctor Ciuro Caldani, en presunta sintonía con Aristóteles, que el capitalismo es relativista. Íd., pág. 53.

intervencionista y la defensa de la igualdad y la comunidad²⁵.

En una perspectiva más intra-específica, pueden reconocerse las relaciones precedentemente expuestas hacia el interior del Derecho Civil; así, por ejemplo: el ala patrimonial se aproxima más a la caracterización general que realizamos del Derecho Privado y el ala contenedora del “orden público familiar” se acerca más a las notas distintivas que formulamos del Derecho Público²⁶.

15. Los desarrollos vertidos en la Metodología Dikelógica de algún modo reconocen condicionamientos temporales y espaciales y, a la misma vez, contribuyen a comprender mejor la posmodernidad²⁷ en el orden de lo temporal y los rasgos salientes de la cultura Occidental en el orden de lo espacial, cuya historia es particularmente compleja y dinámica.

En ese sentido, huelga referir a ella como cultura marítima y no sólo costera, como lo fueron tantos otros pueblos de la antigüedad. Las relaciones que se trabaron originariamente con el Mar Mediterráneo dan apoyatura suficiente para sostener que eran navegantes a los que poco costó devenir en comerciantes. De cualquier manera, importa poner de realce que “el hombre renuncia a tener piso natural y hace piso de su propia audacia y su propia destreza”²⁸. Tal vez, en un sentido más amplio, ello dé cuenta de una constante de la extravagancia occidental: lo que se concibe en lo ideal es el comienzo de lo real. Así, el éxito náutico continúa en Grecia con la consumación del arte antropocéntrico con clímax en la tragedia, con enjundia filosófica, con la génesis de la democracia, con la grandilocuencia del Partenón.

El tránsito de la retórica a la pragmática lo atestigua el Coliseo con el despertar de Roma, enderezada a resolver con simpleza las necesidades de la cotidianeidad de la vida, lo cual atestigua la cristalización del Derecho Privado patrimonial, basado en la

25 Tal vez la delimitación de lo que quiera que sea el bien común corresponde más a la aristocracia, pero ante también es cierto que ello sería, en los hechos, muy difícil de sostener; por eso, quizá convenga dejarlo librado al juego de la democracia.

26 No se trata de identidades.

Por lo demás, reviste importancia el desarrollo de nuevas ramas jurídicas (transversales) con vocación de enriquecer (no ignorar) a las ramas tradicionales y comprender mejor el complejo vital en su conjunto.

27 Entendida como culminación presente de la historia occidental y rompiente de la razón tributaria de la modernidad. No tomamos partido en la disputa que mantienen quienes argumentan que la posmodernidad es una edad de la historia clara y distinta y quienes lo niegan, sosteniendo que tal vez sólo se esté asistiendo al final de la modernidad. Es probable que estemos en un “momento bisagra”.

28 CIURO CALDANI, “Metodología...” cit., pág. 59.

propiedad privada y la libre contratación, de incuestionable pervivencia en los sistemas políticos y jurídicos que se sucederían a lo largo de los siglos.

A su tiempo, la integración con el combinado religioso judeo -cristiano aportó un “paradigma de las aspiraciones humanas”²⁹ desde la imagen de un dios que es único, creador, persona, omnisciente, omnipotente, omnipresente, irrepresentable, innombrable³⁰ y, agregamos, redentor. Quizá puedan concluirse orientaciones más o menos disciplinadoras a partir de directrices afincadas en la caridad y el amor (incluso con los enemigos), las acechanzas del enemigo y la necesidad de expiar las faltas, la colectivización de las faltas y la iglesia como comunidad universal de los bautizados (si bien reposicionamiento de la mujer y la recuperación de la individualidad constituye legado propiamente germánico). El arte gótico reflejó las relaciones verticales, verbigracia de los hombres con Dios.

Las tensiones expresadas en movimientos profundos que revolucionaron la política, la economía, la religión, las artes, etc. evidenciaron la diversidad de clases y contenidos de justicia. Afirma el Doctor Ciuro Caldani que los grandes cambios operados en el campo de la información, las comunicaciones y las ciencias de la vida, probablemente estén augurando una nueva era histórica, donde en “correspondencia con los alcances de las fuerzas y las relaciones de producción, parece estar formándose una estatalidad mundial en etapa hobbesiana de concentración del poder. La mundialización genera fenómenos de globalización /marginación y también de integración regional y resistencias estatales”³¹. En esta inteligencia, concluye que “es importante saber cuáles son los sentidos dikelógicos de una cultura jurídica, sea que tengan mayor o menor vinculación con el territorio estatal”³².

Frente a este panorama complejo y diverso, con la mundialidad como horizonte y heterogeneidad como base, la posmodernidad requiere muy especialmente de la justicia consensual, la justicia sin consideración de personas, la justicia simétrica, la justicia dialogal, la justicia conmutativa, la justicia parcial, la justicia sectorial, la justicia de aislamiento, la justicia particular, justicia relativa, justicia dialogal (en el discurso) y justicia monologal (en el mercado). El listado, visto como respuestas jurídicas, se presenta como plusmodelación conceptual y fáctica (expansión); lógicamente, como corolario de ello es exigencia considerar las parejas de las clases de justicia enunciadas como minusmodelación conceptual y fáctica (reducción).

29 Íd., pág. 60.

30 Íd..

31 Íd., pág. 61.

32 Íd., pág. 62.

Salvo cunado se conciben los valores desde un subjetivismo extremo, lindante con el solipsismo, es posible que la justicia consensual se aísle de las otras clases supeditando lo justo o lo injusto a los acuerdos celebrados. Luego, la cultura flota³³ haciendo más llevaderos la vertiginosidad del cambio histórico.

Dada la exaltación del valor utilidad, todo parecería indicar cierta afinidad de Occidente con las relaciones intervalores de coadyuvancia en integración y las de oposición (legítima) en sustitución, aún frente al riesgo de la arrogación, toda vez que los espacios de justicia serán por momentos posibles y por momentos imposibles; este es el contexto en que se debaten el mercado y lo útil con la democracia y lo inútil. Así es que pueden darse relaciones de coadyuvancia en contribución cuando se considera el valor humanidad, no obstante los riesgos de subversión e inversión que a menudo se realizan por las influencias del valor utilidad.

En líneas generales, la occidentalidad necesita de la autonomía (y de la democracia) y de la aristocracia (en especial referida a la técnica). Las oscilaciones entre méritos económicos y merecimientos incentivan la conflictividad entre vida y propiedad privada como legitimantes de los beneficiarios; quizá sea esa una de las razones que hacen acuciantes los despliegues de la fundamentación, en audiencia negocial continua³⁴; si bien la economía marca puntos de conexión con el humanismo intervencionista. Asimismo, resulta afín al humanismo abstencionista, la defensa de la unicidad tensiona con la custodia de la igualdad y la comunidad de la misma manera que el resguardo de la primera y la segunda lo hacen respecto de la tercera; de cualquier manera, todas enlazan en la tuición del individuo, morigerando en algún sentido la fuerza del régimen (y no tanto contra los demás y lo demás, aunque mucho menos plausible resulta compatibilizar con mecanismos de protección contra el propio individuo). Tal vez, la síntesis más significativa sea el lema de la Revolución Francesa y el consecuente debilitamiento del *Ancien Régime*.

33 Íd.. Echando mano de recursos metafóricos, puede decirse que Kant dio un golpe de gracia a la metafísica clásica al dinamitar las esencias. Así es que el hombre conoce tal cual ve, no hay nada más allá del mundo sensible que él deba aprehender. Las consecuencias para la moral tradicional son lapidarias en la medida que la des-anuda de la ontología atomizándola. En este marco se inscribe el giro universalizador de la ética kantiana: tal vez, mediante la formulación del imperativo categórico, procuró mitigar los efectos del atomismo moral enjuiciando a los actos como debidos cuando resultan generalizables. Por dicha vía, quedan habilitados consensos eventuales que, en los hechos, se traducen como extraconsensos; o sea, si bien la normatividad moral reconoce una base acuerdista (autónoma) opera, incluso para los acuerdistas, como prescripción (heterónoma), verbigracia es “como si” el consenso se “objetivizara”.

34 Posiblemente no resulta nada desdeñable la incidencia de la comunicación de masas. En ese sentido, nos permitimos agregar que probablemente la sede de *la verdad* sean los medios de comunicación social y ya no las catedrales y cada vez menos las universidades.

16. Más allá de las diferencias de tiempo y espacio que en cada materia se dan cita, también cada uno de los seres humanos “opera”, con más o menos conciencia, con una serie de referencias axiológicas (formas de pensar los valores, contenidos asignados a los mismos, etc.) que empalman con perspectivas vitales hondas. Es cierto que modelado de esta forma el panorama personal, se asemejaría a un sistema capsular resuelto en un cúmulo de particularismos yuxtapuestos. Sin menoscabar las singularidades, puede aún pensarse en sistematizaciones con pretensiones de generalidad.

Así como las sociedades pueden estar en estado de guerra (con propensión a las radicalizaciones y cercano a la cultura) o en estado de paz (con inclinación por la moderación y próximo a la civilización), lo propio puede predicarse del *animus* de las personas.

En la guerra, puede decirse que las personas sintonizan mejor con la justicia extraconsensual, la justicia asimétrica, la justicia monologal y la justicia absoluta; y dada la concordancia con cierto grado de insatisfacción personal, empatiza con la justicia con consideración de personas, la justicia espontánea, la justicia de participación y la justicia general. En la paz, las vinculaciones son más claras con la justicia consensual, la justicia simétrica, la justicia dialogal y la justicia relativa; y en virtud de la correspondencia con algún nivel de satisfacción personal, coliga con la justicia sin consideración de personas, la justicia la justicia conmutativa, la justicia de aislamiento y la justicia particular³⁵.

La guerra se acerca a las relaciones intervalores de coadyuvancia en contribución, amén de los riesgos de subversión e inversión. La paz reconoce sinergia con las relaciones de coadyuvancia en integración y las de oposición (legítima) en sustitución, incluso con los consecuentes peligros de arrogación; más, cuando se considera el valor humanidad, puede nutrirse también de relaciones de contribución.

La realización de la guerra depende en gran medida de las legitimaciones aristocráticas y las que facilitan las formas limitativas de la autonomía (y aún la antiautonomía), remite a los merecimientos y a la vida en su conjunto, razón por la que puede resultar más adecuada una audiencia de tipo procesal, y resulta probablemente afin con la versión intervencionista del humanismo (y hasta puede presentar aristas totalitarias), protegiendo al individuo contra los demás como tales y contra lo demás. La actualización de la paz demanda grandemente a la autonomía, exige equilibrios en la atención de los méritos y los merecimientos, en la conservación de la vida y la propiedad y en la articulación de formas negociales y procesales de audiencia y conjuga con el

35 El socialismo revolucionario parece ser una reacción beligerante de profunda insatisfacción al capitalismo de nuestros días. El liberalismo puede hoy día ser expresión del estado de paz y la satisfacción con el régimen. Luego, pueden darse entrecruzamientos, verbigracia estados de beligerancia en relativa satisfacción (por ejemplo la sofocracia platónica) y estados de paz con grados de insatisfacción (por ejemplo la socialdemocracia).

humanismo abstencionista (y hasta puede exhibir derivaciones individualistas) orientando la protección del individuo contra los demás, ya sea como tales o como régimen.

Finalmente, cabe también referir en el panorama personal a la comprensión de la cultura jurídica argentina como parte del complejo de Occidente. La Argentina integra el conglomerado de tradición occidental y, como tal, reconoce relaciones con otros sectores del mismo y, por supuesto, está dotada de basta trayectoria histórica; en líneas generales, puede decirse que está enmarcada por tensiones entre “lo hispánico tradicional” y “lo anglofrancés”. Si bien se trata de ámbitos de innegable referencia a los denominadores comunes que pincelan Occidente, está claro que entre ambos existen diferencias incontrastables que, combinados en un mismo país, arrojan como remanente denominadores particulares de difícil articulación³⁶. En suma, “ser argentino” es un modo singular de “ser occidental”.

Reiteradas veces señala el Doctor Ciuro Caldani la incidencia de los Pirineos y del Canal de la Mancha en la cultura occidental: aquéllos delimitaron “*qué*” pensar (por un lado, la vanguardia moderna, más ligada a lo anglofrancés y lo germánico; y, por el otro lado, el halo premoderno, asociado especialmente al espacio ibérico), éste demarcó “*cómo*” pensar un legado básicamente idéntico (que en cierta medida explica la bifurcación del “common law” y la casuística y del “sistema continental” y la referencia a generalidades).

Para caracterizar ambas latitudes puede decirse que la Península presenta una particularidad a partir de la presencia árabe - musulmán³⁷, que de cierto modo imprimió “medievalidad” al desarrollo español. Puede que ello se deba a la beligerancia constante a la que España se vio expuesta a causa de la Guerra de la Reconquista, a la realeza fuertemente adherida de que la acumulación de metales preciosos es el índice ideal para medir la riqueza, al prebendismo parasitario de influyentes ganaderos laneros agrupados en el Honrado Concejo de la Mesta de los Pastores de Castilla, a la adhesión contrarreformista de los reinos españoles. Esto último facilitó relativos estancamientos en el orden religioso, económico, social, etc., toda vez que el catolicismo ibérico es ya de por sí poco propenso al cambio³⁸ y especialmente reticente a la innovación capitalista; luego, no recreó el espacio ideal para revoluciones económicas, políticas ni sociales. De ahí que

36 Las tensiones repercuten en conflictos de agudeza itinerante, quizá el más llamativo sea el que enfrenta a peronistas y antiperonistas.

37 En el norte de España estuvieron durante siete años; mientras que en el sur la ocupación duró siete siglos.

38 El rol de la mujer en la Iglesia Católica Apostólica Romana es todavía motivo de disputas internas importantes; por lo demás, los musulmanes contribuían al desplazamiento y postergación de lo femenino.

la España tradicional de los Habsburgos (trasladada a nuestro país con las corrientes migratorias hispano - itálicas decimonónicas postreras) se caracterice por: cultivar un catolicismo fervoroso, desplegar considerables dosis de paternalismo para con lo individual y comunitarismo para con lo colectivo y tolerar niveles de indisciplina económica inhibidora del nacimiento de fuerzas burguesas³⁹. Entre los máximos exponentes del sector, presumiblemente destacan: el mismo Felipe II, Cornelio Saavedra, Juan Manuel de Rosas y Juan Domingo Perón⁴⁰.

Por su parte, la corriente anglofrancesa se muestra como la imagen inversa de la Península. Proclive a los movimientos reformistas y menos conservadora, avanza en la senda ilustrada (no romántica) confiando en la razón liberal. Son sus representantes más salientes: el Borbón Carlos III, Mariano Moreno, Bernardino Rivadavia, Bartolomé Mitre, Domingo Faustino Sarmiento y Pedro Eugenio Aramburu.

Para concluir, en lo que aquí interesa, “el sector hispánico tradicional se constituye más en *estado de beligerancia e insatisfacción* y el anglofrancés se parece más al *estado de paz* y a la *satisfacción*”⁴¹.

17. En coherencia con el planteo de origen, el autor reafirma la convicción a cerca de la necesidad de reconocer la trama metodológica y los contenidos del complejo dikelógico en aras de “mejorar la comprensión, el diálogo y el hacer”⁴².

18. Especial dedicación merecen las consideraciones listadas en orden a los antecedentes y los consecuentes de las normatividades que captan los repartos (pasados, presentes y futuros) de potencia e impotencia y los complejos materiales, espaciales, temporales y personales “de las adjudicaciones en sí mismas y de otras adjudicaciones relacionadas con ellas. Esa vocación de totalidad es una *característica general* de los paradigmas de justicia”⁴³. Desde luego, la pantonomía⁴⁴ exige fraccionamiento en busca de certezas que, en justicia, generan seguridad jurídica. Esos recortes se traducen en fronteras de la justicia, con distintos grados de permeabilidad/impermeabilidad; pero “lo-no-dicho” al respecto se embarca en “la idea de cada caso y cada solución se toman en el

39 Tal vez el gaucho argentino haya potenciado esta seña particular de “lo ibérico” entre nosotros.

40 CIURO CALDANI, “Metodología...” cit., pág. 73.

41 Íd., pág. 73.

42 Íd., pág. 75.

43 Íd., pág. 79.

44 Aludimos tanto a la justicia como a las categorías básicas de la dimensión sociológica: realidad, posibilidad, causalidad, finalidad (subjética y objetiva); quizá también la verdad. Los despliegues y los fraccionamientos desenvuelven, mediante otros repartos y distribuciones, marcos situacionales y construyen los elementos, las clases, la ordenación y los límites de los repartos.

universo todo y se proyectan en realidad al *universo todo*”⁴⁵. En la misma línea argumental, la perspectiva de constructo adoptada involucra no sólo al caso y, también, a la solución, sino además, en algún sentido, a la construcción misma del complejo de adjudicaciones. En suma, se trata de modelar integradamente la totalidad del Derecho trazando líneas de corte en las tres dimensiones; “en general la necesidad de conocer lo que queda fuera de los recortes positivos es imprescindible para cualquiera que desee comprender el sentido del Derecho.

El conocimiento profundo del Derecho, en este caso especialmente en cuanto a la justicia, reclama saber lo que pudo ser y lo que puede todavía ser. Sólo conociendo el ‘territorio’ por el que pasa la frontera entre lo genéricamente admitido y rechazado, en este caso sobre todo lo valioso o ‘disvalioso’, se pueden aprovechar las *oportunidades*, en este ámbito problemático, las oportunidades de hacer justicia, y sólo con ese conocimiento es viable edificar *estrategias* jurídicas”⁴⁶.

19. En los antecedentes de las normatividades se captan los casos, los cuales puede realizarse en función del:

- *método global*, que procura la realidad “tal cual es” (fracciona, recorta, excluye);
- *método analítico*, que diversifica la realidad pero “se queda” sólo con un aspecto de ella (desfracciona, despliega, incluye);
- *método sintético*⁴⁷, que reconstruye “el todo” a partir de elementos distinguidos en un análisis previo (desfracciona, despliega, incluye).

De cualquier modo la justicia o injusticia del caso no se resuelve de modo maniqueo, la situación y su respuesta no sólo reconoce fronteras externas sino también internas, con diversos grados de problematicidad. En este sentido, la construcción del caso no importa sólo por lo que incluye (o desfracciona⁴⁸) sino además por lo que excluye (o fracciona⁴⁹); tanto en un caso como en otro interesa conocer los alcances de las inclusiones y las exclusiones. Es preciso estar atento a posibles defasajes, a veces con enmascaramiento normativo, en los marcos situacionales, los elementos, las clases, el orden y los límites de los repartos, con el consecuente fortalecimiento de los

45 CIURO CALDANI, “Metodología...” cit., pág. 80.

46 Íd., pág. 83. *El caso influye en todo el Derecho y todo el Derecho influye en el caso*. De la misma manera, la habilitación de los contrastes, como recurso dialéctico, puede constituirse en vía de contradicción y, consecuentemente, de esclarecimiento nada desdeñable.

47 Puede decirse que todo él es un “refraccionamiento”.

48 El desfraccionamiento de algún modo debilita la noción de seguridad.

49 El fraccionamiento se muestra relativamente afín a la noción de seguridad.

“incluidotes” / “excluidotes” y la alienación del reparto. Luego, especial relevancia adquiere la reprochabilidad o la plausibilidad de un acto, que puede incrementarse o disminuirse según se prescinda o no de sus antecedentes y/u otros despliegues con potencialidad de realizarlo o significarlo. Cuando la construcción del antecedente se realiza concienzudamente de manera desviada, entonces se configura la hipocresía, que consiste en ocultar los verdaderos criterios del reparto.

20. Las consecuencias de las normatividades captan las soluciones de los casos; en aquéllas, las fronteras de la justicia son más o menos permeables (o sea, habilitan o no la incorporación de otras⁵⁰), móviles y graduables al punto de permitir visualizar el:

- *deber ser actual*, que marca la conducta debida;
- *deber de actuar*, que marca la conducta debida por un individuo;
- *reparto justo*, que, como su nombre lo indica, supone la realización de la justicia;
- *reparto justificado*, que significa que el reparto es tan justo como resulta posible.

Las fronteras permeables facilitan respuestas indirectas, verbigracia “la actuación de repartidores, la presencia de beneficiarios, la adjudicación de objetos, la producción de formas y el desenvolvimiento de razones, de clases o de ordenamientos del régimen que se presentan *en lugar* de otros”⁵¹; en éstas es importante “conocer la justicia (legitimidad) de la calidad de los despliegues *invocadores* e *invocados* y del ‘puente’ (contacto) entre ellos”⁵². Luego, la justicia o injusticia indirectas, será homóloga (por ejemplo: cuando se produzca entre repartidores y repartidores invocados) o heteróloga (por ejemplo: cuando, ante la imposibilidad de legitimar repartidores, se produzca un entrecruzamiento con objetos invocados como más justos).

Finalmente, las posibilidades de movilidad de las fronteras de la justicia demandan atención respecto del desbalanceo ilegítimo voluntario de los fraccionamientos y desfraccionamientos, productores de corrupción.

ELIAN PREGNO *

50 Por ejemplo: mediante el recurso al método indirecto que trasunta soluciones de otros ámbitos del mundo jurídico; puede hablarse de “soluciones vicarias”.

51 CIURO CALDANI, “Metología...” cit., págs. 89/90.

52 Íd., pág. 90.

* Doctorando en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Becario del CONICET.

Normas Editoriales

1. Tipos de trabajos o contribuciones

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

Las contribuciones podrán pertenecer a cuatro categorías:

- 1) *de investigación.*
- 2) *de revisión o aportes teóricos o metodológicos.*
- 3) *reseñas bibliográficas.*
- 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 los Árbitros Científicos.

2. Formato de los trabajos

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

- 1) *Trabajos de investigación:* Introducción, Método, Resultados, Discusión y/o Conclusiones, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 12 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: 12 páginas A4)
- 3) *Reseñas bibliográficas:* Identificación del documento y Comentarios (Extensión máxima: 4 páginas A4).

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 80 y 150 palabras cada uno. Asimismo, se deberán indicar, en ambos idiomas, entre 3 y 10 palabras clave.

4. Formato de presentación y envío

Los trabajos deberán ser presentados en formato electrónico, en archivo Microsoft Word, versión 6.0 o superior. El archivo se enviará como adjunto en un mensaje de correo electrónico simultáneamente a las direcciones:

silvinapezzetta@hotmail.com y mnovelli@fder.unr.edu.ar

Los trabajos se organizarán como sigue:

- *Página 1:* Título del trabajo, nombre y apellido de todos los autores, filiación institucional, dirección postal, teléfono y dirección electrónica de contacto.
- *Página 2:* Título del trabajo, resumen y palabras clave. 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. Las tablas y gráficos se incluirán al final, enumeradas correlativamente según su correspondiente referencia en el texto.

En ningún caso deberá aparecer en las páginas 2 y siguientes cualquier información que permita identificar a los autores.

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

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- Artículos de revistas

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 consignará 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- Capítulos de libros

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 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 octubre de 2008
en los Talleres Gráficos de
Librería Social Universitaria
Urquiza 2033 - Tel. (0341) 4259361
(2000) Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: libreriasocial@hotmail.com