



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

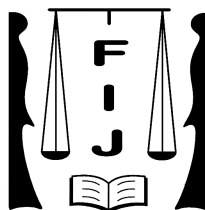
FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

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

INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA

Nº 42



FUNDACIÓN PARA LAS INVESTIGACIONES JURÍDICAS

2009

ISSN 1514-2469

©

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

Propietaria: Fundación para las Investigaciones Jurídicas

San Lorenzo 1155, 8° “A”, Rosario (Código Postal 2000), Argentina

Teléfono/fax: (341) 4404009

E-mail: mciuroc@arnet.com.ar

CUIT: 30-68913973-2

ISSN 1514-2469

Salvo indicación expresa, “Investigación y Docencia” no se identifica necesariamente con las opiniones y los juicios que los autores sustentan.

Director responsable: Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani

Responsable de edición: Dr. Mariano H. Novelli

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

Tirada: 100 ejemplares.

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Prof. Darío Maiorana

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Ricardo I. Silberstein

Vicedecano: Dr. Carlos Hernández

Consejeros Directivos

Consejeros Docentes

Dr. Daniel Erbetta
Dr. Ernesto Granados
Dr. Alfredo Althaus
Dr. Mario Chaumet
Dra. Myriam Pasquinelli
Dr. Jorge Stähli
Dra. Ana Wolkowicz
Dra. Adriana Taller
Dra. María Elena Martín
Dr. Daniel Bóccoli

Consejeros Estudiantiles

Pablo Lamberto
Emiliano Mossotti
Ayelén Naput Neme
Marcial Sorazábal
Iván Matacín
Pablo Pellizón
Emiliano Torno
Fabio Ferreyra

Consejero No Docente

Andrea Rojas

Consejero Graduado

Dr. Luis Horacio Vila

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

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

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

Secretario Técnico: Dr. Mariano H. Novelli (Becario del CONICET)

En Internet: www.centrodefilosofia.org.ar

Diseño y edición web: Dr. Gabriel M. Salmén

Comité Académico

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

ÍNDICE

DOCTRINA

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

Líneas problemáticas del Derecho Civil de nuestro tiempo..... 9

*Perspectivas jusfilosóficas de la Bioética y la globalización
(sus aspectos ambivalentes)*..... 29

MENICOCCI, Alejandro Aldo

*Aportes relativos al conflicto de fuentes en el Derecho
Internacional Privado*.....41

JORNADAS DE BIOÉTICA Y DERECHO DE LA SALUD

BLANCO DE AIELLO, Marta

La familia como lugar de construcción de la “ética de la vida”..... 57

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

El Derecho de la Salud ante una nueva era histórica..... 61

GALATI, Elvio

*El Derecho Ambiental en el Derecho planetario. El hombre y
la naturaleza hacia la auto-eco-re-organización*..... 77

NAWOJCZYK, Érika

<i>Reflexiones sobre las biorespuestas frente a los desafíos de la biociencia.</i>	
<i>Análisis de la interacción entre la ciencia y la filosofía en el marco</i>	
<i>de un sistema complejo.....</i>	<i>91</i>

NICOLAU, Noemí Lidia

<i>Una manifestación del tránsito de la Bioética al Bioderecho:</i>	
<i>la judicialización de las cuestiones éticas.....</i>	<i>103</i>

PREGNO, Elian

<i>Proliferación de normas en Derecho de la Salud: entre fenómenos</i>	
<i>inflacionarios y promesas fraudulentas.....</i>	<i>111</i>

APORTES A LA INVESTIGACIÓN

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

<i>Aportes para un régimen de justicia ambiental en el Mercosur.....</i>	<i>125</i>
<i>Archivos, cultura y Derecho.....</i>	<i>133</i>

Normas Editoriales.....	139
--------------------------------	------------

LÍNEAS PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO CIVIL DE NUESTRO TIEMPO *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se utiliza el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico para referir los problemas que desde las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica y en las ramas de dicho mundo presenta el Derecho Civil en una nueva era de la historia.

Palabras clave: Derecho Civil - Integrativismo - Tridimensionalismo - Teoría trialista del mundo jurídico - Ramas del mundo jurídico - Nueva era - Historia.

Abstract: The tridimensionalist integrativism of the Trialist Theory of the Juridical World is used to analyze the problems that Civil Law presents from sociological, normological and dikelological dimensions and in the branches of Law, in a new era of history.

Key words: Civil Law - Integrativism - Tridimensionalism - Trialist Theory of the Juridical World - Branches of Law - New era - History.

I. El Derecho Civil, el modelo jurídico y el tiempo

1. El Derecho Civil de nuestro tiempo se desarrolla en una *nueva era histórica*¹. La cultura occidental ha sido escenario de grandes cambios, a veces categorizados como nuevas edades, pero en nuestros días vive una nueva era, signada por enormes cambios tecnológicos que culminan en la *globalización/marginación* y, sobre todo, en las posibilidades de la *genética humana*². Tal vez la bomba atómica estallada en Hiroshima

* Trabajo básico de la exposición del autor en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil.

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

1 Es posible ampliar en nuestros "Estudios de Historia del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; "Lecciones de Filosofía del Derecho Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

La prospectiva, como referencia al porvenir, tiene siempre grandes incertidumbres.

2 Cabe c. por ej. ALTERINI, Atilio A., "¿Hacia un Geoderecho?", en "La Ley", 2005-E, pág. 1258 (asimismo Defensoría Pública Oficial de Pobres y Ausentes N° 3, <http://defenpo3.mpd.gov.ar/web/doctrina/doc00005.htm> (29-7-2009); "Derecho Privado", ed. actualizada y ampliada por César A.

el 6 de agosto de 1945 fue anuncio del estallido de todos los límites, que hoy va incluyendo las propias características de la humanidad.

Para hacerse cargo de la problemática actual, sobre todo del enorme cambio histórico, el Derecho y en nuestro caso especial el Derecho Civil³ en sus grandes áreas patrimonial y familiar⁴, necesitan un modelo abierto a la *integración tridimensional* de realidad social, normas y valores, como el que plantea la *teoría trialista del mundo jurídico*⁵.

Los modelos jurídicos tienen diferentes grados de *apertura* a la problemática de la historia. Algunos se cierran al cambio con consideraciones jusnaturalistas aprioristas; otros se abren indiscriminadamente a las variaciones, limitándose a logicizar lo que suceda⁶; otros se disuelven en la realidad social sin apreciar los significados de sus cambios. A nuestro parecer, el trialismo se refiere de manera satisfactoria a la historicidad en sus hechos y su lógica, pero también refiriéndose a los sentidos valorativos de su historia.

Lombardi, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995; ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (dir.), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005. También puede v. nuestro artículo “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.

Por primera vez una especie podrá decidir su porvenir y cambiar radicalmente las características de sus sujetos.

- 3 Con sus horizontes patrimoniales comerciales.

Nos referimos a la problemática civil reconociendo siempre que es una parte de la problemática jurídica general.

- 4 Es posible ampliar en nuestros estudios “Bases para la filosofía de la división “pentárquica” del Derecho Civil”, en “Investigación y Docencia”, 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”, 2006-I, fasc.5, págs. 3/14, t. 2006-I, págs. 1167 y ss..

- 5 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 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. Es posible c. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> (10-8-2009); Cartapacio de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp> (10-8-2009). También cabe c. nuestros “Aportes ius-filosóficos 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 Cabe v. nuestra disertación “Teorías Jurídicas e Historia”, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, “Ponencias en Santiago I”, págs. 97/109.

La propuesta integrativista tridimensionalista trialista, que incluye repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica a la *vida humana*⁷), captados por normatividades y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia, es un aporte especialmente relevante para que el Derecho contribuya a comprender y resolver los problemas históricos, en nuestro caso, los enormes problemas de nuestro tiempo⁸.

II. El Derecho Civil como parte del mundo jurídico

1. *El Derecho Civil en el mundo jurídico en general*

A) Dimensión sociológica

2. La dimensión sociológica del trialismo incluye adjudicaciones de potencia e impotencia, de lo que favorece o perjudica a la vida humana, que provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar, constituyendo *distribuciones*, o de la conducta de seres humanos determinables, caso éste en el que se las denomina *repartos*. Los repartos forman el centro de la atención de la dimensión sociológica. Junto a las distribuciones, sobre todo en cuanto éstas pueden provenir de las influencias humanas difusas, son un amplio espacio de referencia para las problemáticas temporales. Distribuciones y repartos constituyen perspectivas de especial interés para que el Derecho Civil se haga cargo de la problemática del tiempo, en nuestro caso, de este tiempo.

3. La *globalización* se manifiesta en la superación, básicamente económica, de los límites de los Estados y en la planetarización. Las fuerzas y las relaciones de producción llevan a un mundo de enorme revolución de la aceleración comunicacional y de la información; del imperio al menos relativo de la abstracción financiera sobre la industria y el comercio más tradicionales; del despliegue del “made by” sobre el “made in”; de los “no lugares”; del predominio quizás infundado de una moneda y del uso arrollador de una lengua.

7 Es cierto que la vida humana es algo muy difícil de definir, también lo es que no podemos dejar de referirnos a ella porque quizás lo más importante que hacemos es vivir.

8 El tiempo humano es temporalidad, oportunidad para la realización de valores y en general de nuestra vida. La teoría trialista brinda relevantes enfoques para comprender, en nuestro caso desde el Derecho Civil, la enorme temporalidad de nuestro tiempo.

Al servicio de una economía mundial, esa lengua utilitaria empleada por la Potencia al menos hasta ahora dominante (tal vez una “nueva Roma”) y utilizada básicamente por grandes despliegues comerciales, científicos y técnicos, tiende a convertirse en expresión de todo el Planeta. Mucha gente canta sus emociones en una lengua que no entiende. La Filosofía es pasada por el tamiz de una lengua que, precisamente, no se ha destacado en la historia por tener gran trayectoria filosófica.

La “globalización” produce grandes progresos, sobre todo en lo material, pero impone su “oquedad” al resto de la vida.

La *marginación* se expresa en una gran problemática de *distribución* de la riqueza, cuyas condiciones se hacen a menudo insostenibles, y en la decadencia de las culturas particulares.

La globalización/marginación se muestra hoy en una *crisis* cuyas características, en cuestiones vitales para el régimen capitalista, han llevado al replanteo de criterios de no intervención incluso en los sectores más liberales. Muchos Estados, también los de países opulentos, intervienen en la economía y, con el argumento, acertado o no, de salvar a los pobres, les hacen pagar las consecuencias de una crisis que estuvieron lejos de provocar, transfiriendo enormes riquezas a los ricos promotores del desequilibrio. De cierto modo, como lo anunció el pensamiento marxista, hay una gigantesca concentración de la riqueza y una enorme capacidad productiva guarda tensa relación con una tal vez creciente e inadmisiblemente pobreza.

Las tensiones de la globalización/marginación constituyen una de las grandes cuestiones del Derecho Civil de nuestro tiempo.

Los *conflictos de culturas*, incluyendo la condición de *minorías*, son otra problemática que el Derecho Civil y la juridicidad en su conjunto deben afrontar.

4. La *ingeniería genética humana*⁹ puede poner en crisis no sólo la formación tradicional de la familia sino la propia constitución del ser humano, básica para todo el Derecho Civil y la juridicidad en general. Si no ocurre ninguna catástrofe -por ej. por obra de la técnica encauzada por el capitalismo, no carente de grandes riesgos- las próximas generaciones tendrán los beneficios de vivir mucho más que las actuales y poseerán posibilidades reproductivas que antes estaban en el acervo cultural de la mitología e incluso la religión, pero en el hacer resultaban de ciencia ficción. Según el

9 Es posible c. nuestros artículos “La filiación de referencia biológica en Derecho Internacional Privado - La filiación extramatrimonial - Las nuevas posibilidades de la ingeniería genética”, en “Investigación...” cit., N° 11, págs. 37 y ss.; “¿Ingeniería genética humana?”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 21, págs. 49 y ss..

enfoque con que se lo mire, puede decirse que los hombres tendrán características físicas e intelectuales revolucionarias o que el sistema capitalista se habrá impuesto y “cerrado” rotundamente escindiendo la condición humana en un antes y un después, separando a los incorporados y los marginales. Sin tener que recurrir a esa ciencia ficción, cabe indicar que es éste el más rotundo cambio “humano” (no “sobrenatural”) que se ha producido en nuestra historia.

¿Cómo se concebirán la personalidad, los contratos y los matrimonios de los hombres “programados”?

5. El Derecho Civil actual se refiere en mucho al *liberalismo económico* apoyado en gran medida en el *mercado*. Liberalismo y mercado también expresan distribuciones, sobre todo de influencias humanas difusas. El liberalismo económico nació de modo relativamente contemporáneo con el liberalismo político y la democracia, todos promovidos a su vez por la burguesía.

El liberalismo económico procede en mucho de la posición de Smith (1776). El liberalismo político se exhibe en las obras de Locke (1689) y Montesquieu (1748). La democracia se relaciona principalmente con el pensamiento de Rousseau (sobre todo, 1762). De cierto modo, en el comienzo resultaron aliados, pero hoy las relaciones son difíciles y el *liberalismo económico* y el *mercado* tienden a dominar al *liberalismo político* y a la *democracia*¹⁰. Cabe incluso preguntarse si en el curso de la historia de Occidente el liberalismo económico y el mercado y el liberalismo político y la democracia son senderos relativamente diferenciados o los últimos fueron simples caminos de los primeros.

El liberalismo económico y el mercado dan cauce a los contratos y la democracia procura evitar sus excesos, mas el poder del mercado, dotado de recursos tecnológicos abrumadores, tiende a avasallar a los contratantes sin que la democracia esté en condiciones de impedirlo. Algunas circunstancias excepcionales, como la protección del consumidor, no quiebran la regla del inmenso poder del mercado¹¹.

Las relaciones entre los cuatro despliegues constituyen un gran desafío para el Derecho Civil de nuestros días.

10 En relación con el tema puede v. por ej. HABERMAS, Jürgen, “Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”, trad. José Luis. Etcheverry, Bs. As., Amorrortu, 1986.

11 Cabe v. STIGLITZ, Gabriel A. (dir.), “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, Bs. As., La Rocca, 2001.

6. Con relación a las tensiones que acabamos de señalar, cabe referirse también a las que se presentan entre los “puestos” del “Norte” y el “Sur”. Cada instante, cuando compran productos vinculados al hemisferio Norte -algunos imprescindibles y otros hechos necesarios por la propaganda- millones de personas del pobre Sur “votan” para que enormes riquezas se transfieran hacia el rico mundo “boreal” (v. gr. a través de las propiedades inmateriales). Comprar en el shopping, pero también en una simple farmacia, es de cierto modo, ir a una “mesa electoral”. No cabe duda de que los productos del Norte son muy valiosos, pero el Sur carece, en general, de recursos para equilibrar la situación.

Hasta no hace mucho, la “*deuda externa*” de los países pobres, a veces declarada privada para favorecer la posición de los acreedores, fue otro grave instrumento de dominación.

Aunque sea para el horizonte comercial, el Derecho Civil ha de atender a estos problemas.

7. El proceso de formación del Estado moderno y luego Estado nacional, impulsado por la burguesía, no excluyó que ésta distinguiera a la economía y a la sociedad del Estado. No es por azar que a partir del protagonismo burgués existen la Ciencia Económica y la Sociología diversificadas de la Política e incluso del Derecho. Esto hoy se ha acentuado con el desarrollo de la “*sociedad civil*” comprensiva de gran cantidad de *organizaciones no gubernamentales* (de consumidores, ambientalistas, homosexuales, etc.) que ocupan un importante papel en el desenvolvimiento del Derecho Civil.

Sin los sentidos de la triple referencia que adoptó por ejemplo el fascismo, el sentido dual napoleónico “Estado e individuo” se ve hoy nutrido por la presencia activa de la sociedad civil, acompañada a veces por un relativo debilitamiento del Estado, cuyos alcances son desbordados.

Uno de los problemas que debe asumir el espacio juscivilista es el del rol de la sociedad civil.

8. Otra influencia humana difusa es la de la *ética* y la *religión*. En gran medida el *origen del capitalismo*, sistema en el cual se desenvuelve el Derecho Civil actual, tuvo relación con la adaptación del cristianismo a sus requerimientos, expresada en el *calvinismo* y hoy ingresada también en el *catolicismo*.

Con afinidades weberianas cabe recordar que la ética protestante, sobre todo calvinista, vinculó el éxito en los negocios con la elección divina. La “seriedad” en el ejercicio de las profesiones y el ahorro que capitaliza fueron instrumentos de gran importancia para la formación del sistema. Sin desconocer los desvíos prácticos, el

calvinismo marcó de manera muy considerable las bases del comportamiento del capitalismo. En nuestros días, de al menos relativa *paganización* del mundo, esa referencia religiosa y cualquier *ética* análoga están con gran frecuencia ausentes. Ya no importa producir, directa o indirectamente, para ganar, sino simplemente lucrar. Tal vez la actual crisis sea, al menos, tanto una crisis económica como una *crisis ética*.

Luego del derrumbe de la ética de raíces metafísicas, en mucho por la obra de Kant, y de su intento de sustentar la ética flotante en la universalidad, hoy la ética va *a la deriva* y en esta condición ha de desenvolverse el Derecho Civil. Quizás esta marcha sin arraigos ni sostenes sea necesaria para que se abra camino una nueva era.

Ahora el Derecho Civil debe desenvolverse en un medio de crisis ética.

En terminología sansimoniana, tan relacionada con los orígenes del pensamiento de la producción y, a nuestro parecer, esclarecedora para el caso, hoy una parte relevante del “gobierno” de la humanidad está en manos de “inútiles”, de quienes *no producen* ni ponen a nuestro alcance bienes materiales para satisfacer las necesidades (físicas o no) y explotan a los “útiles”. El Derecho Civil ha de contribuir a superar el imperio de los inútiles.

9. El Derecho Civil se desenvuelve en profunda relación no sólo con el *modelo económico* sino con el *modelo cultural* en general. Los modelos actualmente imperantes son generados por la *cultura occidental*, complejidad de sentidos vitales formada principalmente por elementos mediterráneos, griegos, romanos, judeocristianos y germanos y, en algunos espacios, por la influencia árabe musulmana.

El *Mediterráneo*, mar grande pero sembrado de muchas islas y penínsulas, contribuyó a la formación de una cultura marítima y comercial. Estos rasgos aportaron a la formación de un hombre audaz, que hace de su destreza su piso, y dispuesto a cambiar la ubicación y la naturalidad de las cosas. De *Grecia* se recibieron principalmente el arte antropocéntrico, la vocación de saber de la filosofía, el despliegue prometeico del pecado triunfante y la posibilidad democrática. *Roma* brindó el sentido práctico de la vida, plasmado de manera principal en la gran capacidad administrativa y de obras públicas y el Derecho Privado de la propiedad privada y la libertad de contratación. El *judeo-cristianismo* aportó las dimensiones de un Dios único, creador, persona, omnisciente, omnipotente y omnipresente, irrepresentable y casi innombrable, que se encarnó en un Hijo que enseñó el amor al enemigo y las contradicciones grandiosas de las Bienaventuranzas y expuso que el Reino no es de este mundo. Los *germanos* brindaron un sentido de individualidad en comunidad y una jerarquización de la mujer que –coincidiendo de cierto modo con la condición elevada de María– también marcó a la cultura

occidental. La influencia *árabe musulmana* contribuyó con un fuerte despliegue de religiosidad, una tendencia a la superioridad del varón sobre la mujer e influencias recibidas de otras culturas.

La problemática del Derecho Civil tiene mucho que ver con la del complejo cultural de la “*occidentalidad*”; en lo patrimonial con más afinidades romanas y en lo familiar más vinculado a lo judeocristiano. Sin embargo, la cultura que Occidente hoy difunde por el mundo se apoya principalmente en el sentido romano de la vida, que ocupa ámbitos antes pertenecientes al legado judeocristiano. Quizás los nuevos modelos de la economía y la cultura en general puedan sustentarse más en otros elementos, sobre todo griegos y germanos.

Además, no es fácil predecir cuál será el sentido de un mundo “*multipolar*” que puede estar formándose. En caso de que éste se desarrolle, sobre todo si es multipolar en lo cultural, también habrá que pensar los nuevos modelos en relación con la presencia de los otros protagonistas del escenario mundial.

10. *Nuestro país* posee asimismo una problemática relativamente propia de distribuciones que se manifiesta también en el Derecho Civil.

Una de las cuestiones es la *escisión* entre un sector “*hispanico tradicional*” más paternalista, intervencionista, romántico y católico y otro “*anglofrancés*” más abstencionista, ilustrado y de cierto modo vinculado a la Reforma, sectores cuya convivencia hay que producir. El sector anglofrancés se vale más del contrato e incluso de la ley. El hispanico tradicional mira más a la ley y a los convenios colectivos de trabajo. El sector anglofrancés resulta más adecuado a las necesidades del capitalismo, al menos cuando se piensa a éste en su vertiente liberal anglosajona. La mayor expresión privatista del sector anglofrancés es el Código Civil de Vélez Sársfield, que como parte de una estrategia de país Sarmiento hizo aprobar a libro cerrado; el sector hispanico tradicional se expresó en legislaciones de excepción, por ejemplo del peronismo y en el Derecho del Trabajo que el mismo movimiento impulsó¹². El marco hispanico tradicional puede haber contribuido incluso a abrir cauce a la Reforma de 1968.

12 Es posible ampliar en nuestro trabajo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro...” cit., Nº 27, págs. 113/26 (también en Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485-29-7-2009->); asimismo, “Bases culturales del Derecho Internacional Privado de Familia”, en “Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 30, págs. 31/50; “La cultura jurídica argentina en sus expresiones literarias capitales. Significados jurídicos de Facundo y Martín Fierro”, en CALVO GONZALEZ, José (dir.), “Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho”, Granada, Comares, 2008, págs. 71/90.

Otra característica de la cultura argentina que debe ser superada con participación del Derecho Civil es el carácter relativamente “*parasitario*” de nuestra población en general que, pese a altas cualidades individuales, no llega a constituirse en importante productora de materialidades e ideas suficientemente propias¹³. Uno de los rasgos de nuestra limitada capacidad “industrial” se muestra en nuestra escasa vocación para producir nuestro Derecho y nuestras teorías jusfilosóficas, con frecuencia obtenidos de *recepciones* de modelos no siempre adecuados al país y asimilados. Superado el modelo velezano, el país no resulta capaz de darse una recodificación que supere la descodificación “sintetizando” su realidad actual.

También se encuentra la Argentina en la necesidad de resolver, incluso en el marco civilista, su situación respecto de sus vecinos, sobre todo en procesos de *integración* que no vienen dando los resultados esperados, en parte por desaprovechamientos de las oportunidades debidos a claudicantes voluntades políticas.

11. En relación con ese ámbito de las distribuciones se produce la *conducción repartidora*. Para conocer y decidir los repartos es necesario saber quiénes son los *repartidores* y los *recipiendarios* (en este aspecto beneficiados y gravados); cuáles son los *objetos* que se reparten; cuáles son las *formas* de los repartos, es decir los caminos previos de más o menos audiencia para llegar a su comienzo y cuáles son las *razones*, o sean los móviles, las razones alegadas y las razones sociales. El Derecho Civil contiene repartos que han de ser atendidos en todos estos sentidos, sobre todo en días en que se producen grandes desafíos en todos ellos.

Los sujetos repartidores y recipiendarios están en enorme transformación, sobre todo en los ámbitos genéticos, pero también merecen gran atención los beneficios y los perjuicios de la globalización/marginación. Como la flotación de la cultura actual no da bases relativamente sólidas para decidir en qué consisten las potencias y las impotencias, gana gran relevancia el discurso de la forma y las razones alegadas. Las razones que brinda la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos sustituyen a las referencias axiológicas que se consideraban naturales.

12. Según las relaciones entre repartidores y recipiendarios los repartos son *autoritarios*, cuando se desenvuelven por imposición, o *autónomos*, si se desarrollan por acuerdo. En los repartos autoritarios se realiza el valor poder y en los autónomos el valor cooperación. En el espacio civil contractual imperan los repartos autónomos, pero la

13 Cabe c. nuestro artículo “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en “Investigación...” cit., Nº 34, págs. 59/65.

libertad y la *autonomía de la voluntad* son siempre de cierto modo “construcciones”. Es más, a medida que se incrementa la globalización/marginación se invoca de manera creciente la autonomía, pero parece que en mucho se trata de una apariencia.

Los cuasi-contratos, los delitos, los cuasi-delitos y la ley son fuentes de obligaciones más autoritarias y también lo es el campo de los derechos reales. Tradicionalmente el espacio familiar ha sido un marco más autoritario, pero ahora es penetrado por soluciones más autónomas.

13. Los repartos pueden presentarse en situaciones de *orden* o *desorden*. El orden (régimen) puede constituirse por la *planificación* (principalmente *gubernamental*) o la *ejemplaridad*. La primera indica quiénes son los supremos repartidores (supremos conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (criterios supremos de conducción) y, cuando está en marcha, realiza el valor previsibilidad. A veces la planificación se formaliza en constituciones, leyes, etc. La ejemplaridad se desenvuelve por el seguimiento de repartos considerados razonables y satisface el valor solidaridad. Una de las manifestaciones de la ejemplaridad es la costumbre; otra la jurisprudencia. Se discute si los usos pertenecen al campo de la ejemplaridad. El régimen en su conjunto realiza el valor orden.

El orden de repartos vive *vicisitudes* que constituyen *revolución* cuando cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto; *evolución*, si varían sólo los supremos criterios de reparto y “*golpe*” cuando sólo se modifican los supremos repartidores. El desorden de los repartos es *anarquía* y produce el “disvalor” arbitrariedad.

El Derecho de esta nueva era, también el Derecho Civil, viven relevantes cambios en las relaciones de planificación y ejemplaridad, donde a través de grandes modificaciones y expansiones en la razonabilidad ésta provoca relevantes variaciones en la planificación gubernamental (v. gr. familiar) y presenta fenómenos de encuadramiento discutible, como la *lex mercatoria*. Al hilo de estos fenómenos se presentan importantes situaciones de revolución o evolución e incluso de anarquía. La familia va siendo escenario de la que quizás sea la más radical revolución de todos los tiempos. Parece inevitable que por esas modificaciones haya manifestaciones de desorden.

14. Los repartos y su orden pueden enfrentar *límites necesarios* surgidos de la “naturaleza de las cosas”. Estos límites pueden ser *generales* de todos los repartos o *especiales* de los repartos programados en cuestiones vitales. Los primeros pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, políticos y económicos. En las cuestiones vitales, los repartos se repiensen antes de cumplirlos. El Derecho de nuestro tiempo, incluyendo

el Derecho Civil, ha hecho ceder múltiples límites físicos y psíquicos, sobre todo en cuanto a las cuestiones familiares tradicionales (v. gr. reproducción asistida y manejo genético, uniones de homosexuales, etc.). Se presentan situaciones vitales programadas frecuentes, a veces vinculadas al cambio de era (por ej. en los actos personalísimos).

B) Dimensión normológica

15. Según la propuesta trialista, las normatividades son captaciones lógicas de repartos proyectados; específicamente las normas son captaciones lógicas promisorias de repartos proyectados¹⁴. Por ser juicios, las normas poseen una estructura dotada de un *antecedente* y una *consecuencia jurídica*. El primero capta el sector social a reglamentar y la segunda capta la reglamentación. Cada uno de ellos posee *características positivas y negativas* que deben estar respectivamente presentes y ausentes para que la norma funcione. Entre las características negativas del antecedente está el *fraude a la ley* y entre las características negativas de la consecuencia jurídica está el *orden público*. Ambos evidencian conflictos entre los valores del legislador y los valores de los particulares, pero el primero protege más la estructura de la legalidad, impidiendo que el carácter de repartidor del legislador sea sustituido por el de los particulares, y el segundo ampara más la materia de la legalidad. Lo que se rechaza en el fraude no es lo que se pretende, sino cómo se lo pretende. En tiempos de gran cambio histórico, el Derecho en general y el Derecho Civil en particular tienen grandes transformaciones en los dos aspectos. A veces se radicaliza la pretensión de predominio del legislador y se pone especial energía en el rechazo del fraude, en otros casos se abre más espacio a las pretensiones de las partes porque el legislador deja cierta “vacancia” de voluntad. En nuestros días, parece que el orden público se actualiza; cuando está referido a un tiempo pasado se debilita, por ej. en el campo familiar, pero es enérgico, v. gr., en el rechazo presente del abuso contra el consumidor.

16. Según el tiempo pasado o futuro al que se refieran sus antecedentes, las normas pueden ser “*generales*”, si se dirigen al porvenir, o *individuales*, cuando tratan casos pasados. Las primeras suponen sus problemas y pueden ser meramente generalizadas, cuando permiten la inclusión posterior de nuevos casos, o generales, si quedan cerradas a dicha incorporación. Las normas generales, cuyos casos son supuestos, requieren mayor capacidad de abstracción, sobre todo cuando son puramente tales, clausuradas a la

14 Con más precisión puede hablarse de una normatividad (norma) inicial, de carácter genéricamente prescriptivo, y otra normatividad (norma) derivada, de carácter promisorio.

incorporación de nuevos casos. A través de la suposición las normas generales realizan el valor predecibilidad. Las normas individuales, cuyos casos son descriptos, concretos, reclaman más capacidad de observación y satisfacen el valor inmediatez. De manera habitual, v. gr., las normas legales son generales y las normas de las sentencias son individuales. En los grandes cambios históricos las normas propiamente generales entran en crisis, también en el Derecho Civil. Por esto se recurre más a meras generalizaciones abiertas a la incorporación de nuevos casos, por ejemplo, a través de los *principios*. En esa línea también, las *sentencias*, dictadas cuando los casos concretos se presentan, adquieren mayor protagonismo. Los esfuerzos de recodificación del Derecho Civil suelen apoyarse más en principios y en la intervención de los jueces.

17. En cuanto a las fuentes reales *formales* de las normas, la globalización se manifiesta en gran medida en el creciente protagonismo de los *contratos*, los *tratados internacionales* y las *sentencias* en detrimento de las soluciones legales y, en cuanto a las fuentes reales *materiales*, también avanza la *lex mercatoria*¹⁵. Los códigos que pueden proponerse en nuestro tiempo distan de los modelos detallados del siglo XIX. Los espacios societarios estatutarios tradicionales también están en crisis, no sólo con las sociedades transnacionales sino con la formación de grupos económicos.

Una perspectiva relevante de la globalización es la variación de la *jerarquía de las fuentes*, donde cabe debatir el nivel que en el nuevo mundo jurídico han de tener las constituciones, los tratados, las leyes, las sentencias, los contratos, etc. A menudo los tratados suben en la jerarquía formal, a veces a nivel constitucional. Todas estas modificaciones no se producen sin grandes tensiones y reacciones de los Estados.

Incluso cabe referir el avance de las constituciones, que procuran orientar de modo creciente el resto de la juridicidad penetrando directamente en espacios donde antes debían ir acompañadas por las leyes (neoconstitucionalismo¹⁶).

15 Cabe c. nuestro artículo “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación...” cit., N° 26, págs. 20 y ss. Puede v. asimismo, en relación con el tema, PARMIGIANI DE BARBARÁ, Myriam Consuelo, “¿Sociedades diferenciadas sin conducción política? Un aporte para la discusión desde el interés empírico”, en Red de Bibliotecas Virtuales de América Latina y el Caribe, de la Red de Centros Miembros de CLACSO, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/argentina/cijs/sec30031.html> (22-8-2009).

16 Puede v. por ej. CARBONELL, Miguel (ed.), “Neoconstitucionalismo(s)”, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2003; CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea A., “¿Es el Derecho un juego de los jueces? (Notas sobre Estado constitucional, principios y reglas, iura novit curiae y garantía del contradictorio)”, en “La Ley”, 18-06-2008, t. 2008-D.

Cabe agregar que en el neoconstitucionalismo el avance constitucional se produce desde la parte “dogmática”, poniendo en cuestión, a veces, la división de poderes de la parte “orgánica”

El Derecho Civil presenta esos rasgos. El tradicional era más legal; el actual puede ser más constitucional y judicial.

18. Para que los repartos proyectados captados en las normas se conviertan en repartos realizados, concretándose en las vidas de sus beneficiarios, es necesario que las normas funcionen. El *funcionamiento de las normas* es un complejo de tareas que incluye el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis. En el funcionamiento de las normas se establecen relaciones, a menudo tensas, entre los autores (v. gr. los legisladores) y los encargados del funcionamiento (por ej. los jueces). Al fin, las normas han sido siempre lo que los encargados del funcionamiento las han hecho ser, realidad ésta que debe comprenderse atendiendo a que todos, también dichos encargados, hacemos lo que queremos dentro de lo que podemos (y debemos querer lo valioso). Sin embargo, hay tiempos de mayor predominio de los autores y otros de los encargados del funcionamiento. En nuestros días, los enormes cambios de la nueva era promueven un gran protagonismo de los encargados del funcionamiento, quienes cuentan con amplias posibilidades en el reconocimiento y, diciéndolo o no, distancian la interpretación de los autores de las normas y la someten a su propia voluntad. Para esto se valen de la amplitud de posibilidades que les brindan teorías como el neoconstitucionalismo o el razonamiento por principios. La Constitución, si es democrática y “social”, tiende a estar en permanente actuación, superando, como hemos señalado, el funcionamiento que pueden haberle dado los legisladores.

La indeterminación normativa es otro recurso para ampliar la consideración de las posibilidades de nuevos tiempos. Aunque muchas veces se pretenda ocultarlas, hay grandes *carencias históricas* por novedad de los problemas y grandes *carencias dikiológicas* por nuevas valoraciones.

Estas características funcionales se presentan y se presentarán también en el Derecho Civil, de un modo quizás destacable en el ámbito familiar¹⁷.

(“institucional”). Tal vez así, con frecuentes connotaciones jusnaturalistas, “brote” desde la parte dogmática una “constitucionalidad” “supraestatal” mundial. La constitución es puesta más en manos de los jueces, menos en manos de los otros órganos de gobierno (no al fin de los particulares). Así como la filosofía analítica y la escuela crítica conducen, en diferentes sentidos y grados, a una mundialización y “supraestatalidad” teóricas, el neoconstitucionalismo tiende a promover una mundialización y “supraestatalidad” “dogmática”. En cuanto a la Argentina vale recordar, sin embargo, que el art. 14 de la Constitución Nacional de 1853 dice que los derechos se gozan conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

17 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.), “La Familia en el Nuevo Derecho. Libro homenaje a la doctora Cecilia P. Grosman”, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2009.

19. Al propio tiempo que describen los repartos las normas los integran. La integración se produce mediante *conceptos* que dan precisión y otorgan sentidos a la realidad. Los conceptos pueden estar menos o más a disposición de los interesados, resultando entonces más *institucionales* o *negociales*. El gran cambio histórico debilita la institucionalidad de los conceptos, de modo que éstos tienden a negociar, a estar más a disposición de los alcances que les dan los interesados. Esto sucede también en el Derecho Civil, de modo sorprendente en las relaciones de familia. El nuevo tiempo puede ir viendo la conmoción de conceptos fundamentales inmemoriales: padre, madre, hijo, etc..

20. El ordenamiento normativo es la captación lógica promisorio de un orden de repartos. Su estructura es representada como una *pirámide* en cuyo vértice está la primera norma puesta, habitualmente la Constitución. La actual presencia más directa del constituyente suele hacer que la “distancia” entre la Constitución y las sentencias se reduzca y la pirámide pierda altura, incluso convirtiéndose en cierta pirámide “truncada”. Esto sucede asimismo en el Derecho Civil.

C) Dimensión dikelógica

21. El trialismo propone construir una dimensión axiológica en la cual un complejo de valores culmina en la *justicia*. Por esto se hace referencia a una dimensión “dikelógica”. En el complejo de valores del Derecho, y en nuestro caso del Derecho Civil, la justicia encuentra importantes posibilidades de integración con la *utilidad* y el *amor*. El primero es en gran medida un valor referido al ámbito patrimonial; el segundo tiene más desenvolvimiento en el espacio familiar. En nuestros días de gran cambio histórico, el valor utilidad tiende a ocupar un rol dominante respecto de la justicia y el amor. Tal vez porque la referencia utilitaria “medio y fin” sea más dinámica que los otros dos valores. Si se desea criticar este avance del valor utilidad puede decirse que se “arroga” material estimativo de la justicia y el amor.

Todos los valores a nuestro alcance culminan en la *humanidad*, que proponemos como el deber ser cabal de nuestro ser¹⁸. La justicia, la utilidad y el amor deben contribuir a la realización de la humanidad, y no subvertirse contra ella. A su vez, la humanidad

El pronunciamiento en el caso Sejean, Juan B. c/Zacks de Sejean (1986) es ya un ejemplo muy claro de la influencia constitucional sobre los fallos. Fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina, Blog auxiliar de materiales asociado a “Saber leyes no es saber derecho”, Fallos 308: 2268, [http://falloscsn.blogspot.com/2008/05/sejean-juan-b-c-zaks-de-sejean-1986.html\(5-9-2009\)](http://falloscsn.blogspot.com/2008/05/sejean-juan-b-c-zaks-de-sejean-1986.html(5-9-2009)).

18 Sin embargo, un tema a debatir es quizás el valor de la evolución de la especie.

desbordada no debe invertirse contra la justicia, la utilidad y el amor. A diferencia del Derecho Comercial, más referido a la utilidad, el Derecho Civil es uno de los enclaves principales de referencia a la humanidad. Sin embargo, a menudo la utilidad se subvierte contra la humanidad mediatizando a los seres humanos.

La integración del *Derecho* con *valores* nos resulta fundamental, no sólo porque, como creemos, el Derecho debe referirse siempre a una consideración valorativa, aunque sea consensuada, sino porque una tensión demasiado grande o nula entre el Derecho positivo y lo que se considera justo, entre lo que está puesto y lo que se estima que debe ser puesto, es insostenible. El Derecho se sustenta con referencia a valores accesibles.

22. Siguiendo senderos abiertos por Aristóteles, es posible referirse a diversas *clases de justicia*, o sea diferentes caminos para pensar dicho valor. Los dos sectores principales del Derecho Civil, patrimonial y familiar, se han apoyado tradicionalmente en distintos caminos para pensar la justicia, correspondiendo además diferenciar lo patrimonial obligacional y especialmente contractual y lo real. Los contratos se han pensado de manera tradicional más por senderos consensuales, sin consideración de personas (con limitación a roles), de simetría (facilidad de comparación de las potencias e impotencias), conmutativos (con “contraprestación”), “parciales” (provenientes de partes de la sociedad), sectoriales (dirigidos a partes de la sociedad), de aislamiento, relativos y particulares (dirigidos al bien de los particulares). En cambio, el ámbito familiar se ha remitido habitualmente más a lo extraconsensual; con consideración de personas; asimétrico; espontáneo (sin “contraprestación”); en ciertos grados gubernamental e integral; de participación; absoluto y general. En nuestros días, sin embargo, la relativa “contractualización” de la cultura tiende a que las rutas de pensamiento contractual avancen sobre las familiares.

Como la justicia particular es más propia del Derecho Privado y la justicia general es más inherente al Derecho Público, el Derecho Civil ha de atender a una relación cambiante entre lo *privado* y lo *público*.

23. Todo valor se presenta en tres *despliegues*, de mera *valencia* (deber ser puro), *valoración* (deber ser aplicado) y *orientación* (a través de criterios generales). Los tres pueden ser afectados por replanteos *críticos*. En nuestros días, la valencia de la justicia parece mantenerse, aunque hay considerables avances de la valencia de la utilidad. Múltiples son los cuestionamientos a las valoraciones y las orientaciones de justicia.

En cuanto al *material estimativo* al que se refieren las *valoraciones*, en el Derecho la justicia es pensada con referencia a la *totalidad de las adjudicaciones*,

principalmente en las perspectivas de pasado, presente y porvenir y del complejo personal, temporal y real (“pantomía” de la justicia; pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como esa amplitud de perspectivas nos es inalcanzable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de *fraccionarla* cuando no podemos saber ni hacer más, produciendo seguridad jurídica. El Derecho Civil plantea relaciones intertemporales, por ej. en el campo sucesorio; vinculaciones del complejo personal, v. gr. en la familia, y despliegues del complejo real, por ej. en los Derechos Reales. En el Derecho actual en general, y el Derecho Civil en especial, suelen fraccionarse los despliegues de pasado y recortarse los grupos y los tiempos para abrir cauces al cambio. Se trata muchas veces de una notoria “des-composición”, de una clara tensión constantemente renovada entre “desfraccionamiento y fraccionamiento”, que producen inseguridad jurídica.

En el ámbito argentino, la falta de composición jurídica y cultural en general, la carencia de un proyecto común, hace que las referencias cambiantes a distintos sectores produzca una grave inseguridad jurídica. Es más, con miras a asegurarse, cada sector recorta las proyecciones de justicia que debería recibir el otro, suscitando un estado de beligerancia más o menos notorio.

La *orientación* se produce mediante *criterios generales* que facilitan las valoraciones. Los criterios generales pueden estimarse en sí mismos y en relación con los casos a los que se aplican. Pueden ser aceptables o inaceptables en uno u otro nivel. El gran cambio histórico actual hace que en la juridicidad toda y en el Derecho Civil en particular se replanteen muchos criterios generales orientadores que se consideraban inmovibles.

Más allá de las condiciones generales, la Argentina es un país en permanente crisis, también en cuanto a criterios generales orientadores¹⁹.

24. Aunque el Derecho se ocupa principalmente de las adjudicaciones, también tiene un *horizonte de ética*, donde interesan de manera principal las *virtudes* y los *vicios*. Hemos adelantado que en nuestro tiempo el debilitamiento de la ética tradicional, en cuanto a la estructura capitalista vinculada de modo muy considerable al calvinismo, y en lo que respecta a la familia, relacionada en mucho al cristianismo, parece ser una vía para el gran cambio histórico. La crisis financiera parece resultar en gran medida de una crisis ética de la economía.

19 Puede v. nuestro artículo “La Argentina, su vocación por lo abstracto, la Jusfilosofía y la crisis actual”, en “Investigación...” cit., Nº 34, págs. 41/7.

25. Las perspectivas *formales* de la Axiología (en sentido estricto) y de la Dikelogía permiten razonamientos de rigor más correspondientes a las pautas científicas tradicionales. En cambio, se discuten los despliegues científicos de las consideraciones *materiales*, que podrían denominarse de Axiosofía y de Dikesofía. Sin entrar al debate acerca de la objetividad o incluso la naturalidad del valor justicia, creemos que estos desarrollos materiales pueden adquirir rigor científico si se arranca de puntos de partida claros *compartidos*. En nuestro caso, sin afirmar el sentido objetivo y natural atribuido a la justicia por Werner Goldschmidt (fundador del trialismo) adoptamos como punto de partida construido el *principio supremo* que él sostuvo al afirmar que la justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en persona.

En base a dicho principio supremo es posible averiguar cuáles son en general las características del reparto y el orden de repartos justos. No se hace ya referencia a cómo son, sino a cómo deben ser.

26. En cuanto al *reparto* justo, es relevante saber quiénes han de ser repartidores y beneficiarios, cuáles deben ser los objetos, cómo ha de ser la forma y cuáles deben ser las razones.

Según el principio supremo de justicia adoptado, la legitimación de los *repartidores* depende básicamente de la *autonomía* de los interesados y subsidiariamente de la “paraautonomía” del consenso en cuanto a quiénes serán repartidores (v. gr. en el arbitraje), la “infraautonomía” del acuerdo de la mayoría (por ej. en la democracia) y la “criptoautonomía” del consentimiento que brindarían los interesados si conocieran el reparto (v. gr. en la gestión de negocios ajenos sin mandato). También se presenta la legitimidad de la *aristocracia* producida por la superioridad moral, científica o técnica de los repartidores. Amplios espacios del Derecho Civil, principalmente en los contratos, se valen de la legitimación por autonomía; en los cuasi-contratos hay ámbitos de criptoautonomía y en el campo familiar ha primado cierta legitimación aristocrática pero ahora avanza la legitimación autónoma. Suele hablarse de una relativa “democracia familiar” y en algunos casos de una “niñocracia”. Los conflictos civiles son muchas veces referidos a la paraautonomía. Una línea de reflexión interesante es la de la relación, a menudo tensa, entre la autonomía y la infraautonomía democrática, v. gr. entre el contrato y la ley.

La justicia de los *beneficiarios* depende de las referencias a las *necesidades* o a la *conducta*, en otros términos, a los *merecimientos* o los *méritos*. En un clima de cambio histórico, el Derecho en general y el Derecho Civil en particular viven la tensión entre

méritos de un tiempo que pasó y un tiempo que vendrá y, a su vez, los merecimientos de una época desconocida. Hoy la necesidad es más significativa que en los tiempos estrictos de la cultura claramente configurada de la modernidad.

La legitimidad de los *objetos* de reparto (potencias e impotencias) se refiere principalmente a la *vida* y a la *propiedad*. La vida se remite, de manera destacada, a dar o quitar vida, propia o ajena. La propiedad se dirige a diversos tipos de objetos, correspondiendo, por ej., la diferenciación de la propiedad material e inmaterial, con distintos sentidos de legitimación²⁰. La vida y la propiedad sufren enormes transformaciones en la nueva era y el Derecho Civil se relaciona profundamente con ambas.

En cuanto a las proyecciones espaciales de los objetos de reparto, la juridicidad en general y el Derecho Civil en particular participan del enorme desafío de lograr una *universalización* que aproveche las evidentes *ventajas* de la planetarización pero respete las particularidades de los hombres y de los pueblos.

La justicia de la *forma* de los repartos depende de que se concrete una verdadera *audiencia*, donde el mensaje transmitido por los interesados sea recibido completamente por los repartidores. En los repartos autoritarios, la audiencia se concreta mediante el proceso, diverso de la mera imposición, y en los repartos autónomos se produce a través de la negociación, distinta de la mera adhesión. En el Derecho Civil la mayor discusión se ha producido respecto de la forma de los repartos autónomos; entre la negociación y la mera adhesión en materia contractual. El sistema capitalista ha acentuado la conciencia de la necesidad de negociación respecto de la adhesión que, en cambio, sus condiciones tienden a radicalizar. El reconocimiento de los límites de la audiencia en la adhesión ha llevado a la caracterización de un tipo de contratos que se procura superar. El deseo de evitar la lesión y excesos de la adhesión ha producido en muchos países la formación del Derecho del Trabajo y el resguardo del consumidor²¹. Uno de los problemas más agudos de la audiencia en el nuevo tiempo, también en el Derecho Civil, es el que surge de la fractura que contiene la globalización/marginación.

La legitimidad de las *razones* depende en gran medida de los valores de la *fundamentación*, principalmente de las razones alegadas y las razones que atribuye la comunidad cuando considera que los repartos son valiosos. El discurso de fundamentación del Derecho Civil del nuevo tiempo presenta dificultades relativamente análogas a las de la audiencia. Quizás la máxima conmoción de la fundamentación esté en el Derecho de Familia.

20 Cabe v. nuestro trabajo “Valores de la propiedad “inmaterial””, en “Investigación...” cit., N° 20, págs. 109/10.

21 Es posible c. nuestro artículo “Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la Filosofía del Derecho Privado)”, en “El Derecho”, t. 159, págs. 1022 y ss..

27. Según el principio supremo de justicia adoptado, para que el régimen sea justo ha de tomar a cada individuo como un *fin* y no como un medio, es decir, debe ser *humanista* y no totalitario. Conforme hemos señalado, el Derecho Civil ha quedado como uno de los bastiones del humanismo, en relación a menudo tensa con el gran despliegue del capitalismo, y uno de los profundos desafíos es saber si continuará siéndolo.

El humanismo puede ser *abstencionista* o *intervencionista*. El Derecho Civil cuenta con áreas tradicionales más abstencionistas, como el ámbito contractual, y otras más intervencionistas, como los espacios de las obligaciones no contractuales, los Derechos Reales y el del Derecho de Familia. Los cambios del nuevo tiempo tienden a promover el abstencionismo.

El respeto a la individualidad exige considerar a cada individuo en su *unicidad*, su *igualdad* con los demás y su participación en la *comunidad*. El Derecho Civil tradicional tiene ámbitos más afines a la unicidad, como el de los contratos y otros más comunitarios, según se advierte en el Derecho de Familia. La composición de la igualdad se exhibe en ámbitos de protección, como el amparo del consumidor. En nuestro tiempo hay una gran desigualdad y la comunidad es muy débil, en mucho por la globalización/marginación. Quizás esa debilidad se traduzca en una fractura de la especie humana a través de la ingeniería genética.

Para que se realice el régimen justo, es necesario *amparar* al individuo respecto de todas las amenazas, de los demás individuos como tales y como régimen; de sí mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). El Derecho Civil participa en todos estos despliegues protectorios, aunque quizás resguarde especialmente al individuo contra los demás y respecto de lo demás (v. gr. la miseria y la soledad, respectivamente en el Derecho Patrimonial y el Derecho de Familia). La necesidad de amparo se hará muy intensa por las características de la nueva era.

2. El Derecho Civil en el complejo de las ramas del mundo jurídico

28. El mundo jurídico contiene un complejo de ramas diferenciadas materialmente por diversidades en las tres dimensiones, o sea en sentidos sociológicos, normológicos y axiológicos. Una de ellas es el Derecho Civil. Lo propio ocurre en el interior del campo civilista.

A título de ejemplificación cabe señalar, en el sentido “interno”, que el nuevo tiempo evidencia una crisis especialmente relevante en el *Derecho de Familia* y la relativa “*contractualización*” del complejo civilista hasta ahora no contractual. En el sentido “externo”, los requerimientos muy novedosos del Derecho de nuestro tiempo

suelen plantear nuevas exigencias en la vinculación con el *Derecho Constitucional*, ahora mucho más presente en las otras ramas jurídicas, en la relación con el *Derecho Comercial*, por el avance de los planteos capitalistas de conjunto, y en la vinculación con el *Derecho Procesal*, por la necesidad de que las soluciones de fondo queden claramente realizadas en la vida de las personas. También es significativo atender, v. gr. a las relaciones con otras ramas que pueden agregar planteos más solidarios, como el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social y a las vinculaciones espaciales, con el Derecho Internacional Privado, hoy ampliamente renovado²².

III. El Derecho Civil en el horizonte del mundo político

29. La concepción del mundo jurídico se integra en una construcción integrativista del mundo político, que incluye actos de coexistencia captados normativamente y valorados por un complejo de valores de convivencia. Ese mundo político incluye ramas diferenciables por distintos valores de convivencia, como la política sanitaria (salud), la política económica (utilidad), la *política jurídica* (justicia-derecho), la política científica (verdad), la política artística (belleza), etc. y por despliegues de crecimiento (política educacional) y de limitación (política de seguridad). El conjunto consiste en la política cultural. El Derecho Civil es básicamente parte de la política jurídica pero debe integrarse en el mundo político en general²³. El nuevo tiempo lo requiere con especial intensidad.

30. El Derecho Civil debe contribuir a desarrollar una *estrategia* que el reconocimiento problemático permite elaborar y realizar²⁴.

22 Asimismo hay que atender a los planteos esclarecedores que pueden brindar “nuevas ramas transversales” como el Derecho de la Salud, el Derecho de la Ciencia, el Derecho de la Educación, el Derecho del Arte, etc.

23 O sea la política sanitaria, económica, científica, artística, etc.

24 Cabe ampliar por ej. en nuestros artículos “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.

En relación con el tema es posible referir también nuestros trabajos “Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la “crisis de la materia””, en “Investigación...” cit., N° 31 y ss., págs. 51 y ss.; “Mutaciones axiológicas del Derecho Civil de nuestro tiempo”, en “Investigación...” cit., N° 21, págs. 25 y ss..

PERSPECTIVAS JUSFILOSÓFICAS DE LA BIOÉTICA Y LA GLOBALIZACIÓN (SUS ASPECTOS AMBIVALENTES) *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se utiliza la teoría trialista del mundo jurídico para analizar las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica de la problemática, a menudo ambivalente, de la globalización/marginación desde los puntos de vista de la Bioética y el Bioderecho.

Palabras clave: Bioética - Bioderecho - Globalización - Marginación - Nueva era - Jusfilosofía - Tridimensionalismo - Trialismo - Mundo jurídico - Derecho de la Salud.

Abstract: Globalization/marginalization, which constitutes a frequently ambivalent phenomenon, is analyzed by means of the tridimensional construction of the Trialist Theory of the Juridical World with its sociological, normological and dikelogical dimensions, from the perspectives of Bioethics and Biolaw.

Key words: Bioethics - Biolaw - Globalization - Marginalization - New era - Philosophy of Law - Tridimensionalism - Trialism - Juridical World - Health Law.

I. Ideas básicas

1. Vivimos días en los que más que una nueva edad se va mostrando una *nueva era de la historia*¹. Las características principales de este cambio radical surgen de innovaciones tecnológicas comunicacionales, de la información y, sobre todo, en cuanto a la *genética humana*. Con las nuevas circunstancias se produce un gigantesco despliegue de *globalización/marginación* con grandes realizaciones y tropiezos, por ejemplo en los campos estatal y económico, con luces y sombras que lo hacen ambivalente.

No tenemos conocimiento de que antes una especie, como ahora la especie humana, haya poseído tanto poder *sobre su propio porvenir* como en la actualidad lo

* En base a la comunicación presentada a las XIII Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética.

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

1 Es posible ampliar en nuestro libro "Estudios de Historia del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

tiene la humanidad. Quizás el 6 de agosto de 1945, cuando se produjo la explosión de la primera bomba atómica sobre la ciudad de Hiroshima, sea un símbolo, doloroso para la potencia dominante y por eso no exitoso en el relato histórico, pero muy expresivo, de la ruptura de los modelos anteriores. Décadas después, la quiebra de los paradigmas históricos tradicionales nos resulta evidente.

En las nuevas circunstancias, quienes están integrados al mundo tecnológico de avanzada y a las posibilidades económicas tienen posibilidades vitales radicalmente distintas de quienes son excluidos y esta inclusión/exclusión significa enormes y crecientes desafíos bioéticos y biojurídicos². De manera creciente las posibilidades vitales de las personas globalizadas aumentan y las de las personas marginales se reducen; las primeras “califican” y orientan los cursos vitales de manera dominante y las segundas no tienen capacidad de resistencia³.

Las nuevas circunstancias y, en nuestro caso la globalización significan grandes desafíos para la *Bioética* y el *Bioderecho*⁴.

-
- 2 Puede c. por ej. nuestro trabajo “Un modelo teórico para el bioderecho (comprensión jurídica trialista de los principios básicos de la bioética)”, en SOROKIN, Patricia (coord.), “Bioética: entre utopías y desarraigos. Libro homenaje a la Profesora Dra. Gladys J. Mackinson”, Bs. As., Ad-Hoc, Villela Editor, 2002, págs. 341/50; también “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...” cit., N° 2, págs. 11 y ss.); “Las disciplinas filosóficas, la Bioética y el Bioderecho”, en “Bioética...” cit., N° 3, págs. 11 y ss.; “Filosofía Jurídica Menor, Bioética y Bioderecho”, en “Bioética...” cit. N° 3, págs. 45 y ss.; “Líneas histórico-filosóficas para la comprensión de la Bioética y el Bioderecho”, en “Bioética...” cit., N° 3, págs. 49 y ss.; “El Bioderecho y la teoría trialista del mundo jurídico”, en “Bioética...” cit. N° 4, págs. 17/23.
 - 3 Se puede ampliar en nuestro estudio “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética...” cit., N° 3, págs. 83 y ss.; asimismo en “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).
 - 4 Para ampliar es posible c. nuestros trabajos “Globalización/marginación: ¿Implosión demográfica?”, en “Bioética...” cit., N° 5, págs. 9/14; “Las bases de la cultura occidental y la bioética en una nueva era histórica”, en “Bioética...” cit., N° 5, págs. 15/21; “Un tema para debatir: la selección de la especie humana en una nueva era histórica”, en “Bioética...” cit., N° 5, págs. 23/25; “Aportes para la ubicación jusfilosófica del conocimiento del genoma humano”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 2000-IV, págs. 1012 y ss.; “Una perspectiva bioética: vida y globalización”, en “Bioética...” cit., N° 1, págs. 43 y ss.; “El Bioderecho ante las posibilidades en el campo de la genética humana”, en “Bioética...” cit., N° 2, págs. 65 y ss.; “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación...”, N° 27, págs. 9 y ss.; “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs. 41/56.
También puede v. ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (dir.), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005.

2. “Globalización” es, como señalamos, una expresión ambivalente⁵. La ambivalencia, más dirigida a los valores, es correlativa de la *ambigüedad* en los términos que se refieren a ella y ésta es peligrosa para la claridad del pensamiento y el diálogo. Quizás pueda decirse que la noción de globalización debe ser diferenciada de la *planetarización*, que significa el alcance terrestre de los problemas y sus respuestas; la *globalización/marginación*, donde se diferencian aspectos positivos y negativos de inclusión y exclusión y la *universalización* que tiene en cuenta la planetarización considerando las particularidades de los pueblos y los seres humanos⁶.

3. La posibilidad de las construcciones jusfilosóficas para dar cuenta de los grandes desafíos de la vida es, a nuestro parecer, uno de los títulos de su jerarquización. Entendemos que en este sentido se muestra el alto interés que merece la construcción *integrativista tridimensionalista* que propone la *teoría trialista del mundo jurídico*. Según la propuesta trialista, dicho “mundo jurídico” ha de construirse con repartos de “potencia” e “impotencia” (lo que favorece o perjudica a la vida humana), captados lógicamente por normatividades que los describen e integran y valorados, los repartos y las normas, por un complejo de valores que culmina en la justicia⁷.

En nuestro caso, procuramos presentar a través del trialismo *perspectivas* que planteen *interrogantes jusfilosóficos* para tratar los aspectos bioéticos y biojurídicos ambivalentes de la globalización.

II. Perspectivas trialistas de la ambivalencia de la globalización

1. El mundo jurídico en general

5 Se trata de una expresión más de la tensa relación entre vida y cultura, a menudo especialmente presente en Occidente.

6 En cuanto a los conceptos jurídicos, cabe tener en cuenta nuestro artículo “Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos”, en “El Derecho”, t. 93, págs. 831 y ss.

7 Es posible c. 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 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 (cabe c. 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”, Rosario, Zeus, 2008).

A) Dimensión sociológica

4. Según la propuesta trialista, la dimensión sociológica del mundo jurídico debe construirse con adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida humana. Estas adjudicaciones pueden ser *distribuciones* originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar o *repartos*, producidos por la conducta de seres humanos determinables. El centro de interés de la dimensión sociológica son los repartos. La globalización es el resultado de distribuciones, principalmente de la economía y la técnica, pero también viabiliza repartos que de otro modo no podrían producirse. Una de las ambivalencias de la globalización, que también se expresa en los intereses de la Bioética y el Bioderecho, está en esta relación, a menudo tensa, entre distribuciones y repartos.

5. Los repartos pueden ser analizados en cuanto a sus *repartidores* (conductores), *recipiendarios* (beneficiados o gravados), *objetos* (potencias e impotencias), *formas* (camino previos elegidos para llegar a ellos) y *razones* (móviles, razones alegadas y razones sociales que surgen en cuanto la sociedad considera que los repartos son valiosos). A menudo estos despliegues evidencian realidades distintas de las que captan las normas. En la globalización aparecen repartidores diferentes de los que expresan las normas, por ejemplo, los de los grupos de países económicamente desarrollados, que toman decisiones más influyentes que las de los órganos de las Naciones Unidas. En los campos de los recipiendarios y los objetos se presentan millones de marginales gravados con grandes impotencias que las normas muchas veces no refieren. Las formas normativizadas no dan cauces reales a la audiencia de los marginales, de modo que en tiempos de grandes posibilidades de comunicación ella es muy limitada y, en días incluso bulliciosos, para muchos se trata del reino del silencio. Las razones alegadas, a menudo humanitaristas, no expresan los móviles de los repartidores ni los pareceres de gran parte de la humanidad. La razonabilidad que posee la globalización se limita, generalmente, a los sectores integrados en ella. Toda esta ambivalencia genera problemas bioéticos y biojurídicos de magnitud.

6. Los repartos pueden ser *autoritarios*, producidos a través de la imposición y realizadores del valor poder, o *autónomos*, originados por acuerdos, en los que se satisface el valor cooperación. Los repartos autoritarios son vía del principio de beneficencia e incluso de la no maleficencia y, como el nombre lo indica, los repartos autónomos son el sendero de otro de los grandes principios bioéticos. La globalización aumenta las

posibilidades de repartos de las dos clases. A menudo aparenta desenvolverse autónomamente, pero con frecuencia la autonomía esconde autoridad.

7. Los repartos pueden ordenarse mediante el *plan de gobierno en marcha*, que indica quiénes son los supremos repartidores (quiénes mandan en la sociedad) y cuáles son los criterios supremos de reparto (con qué criterios se manda) y realiza el valor previsibilidad y a través de la *ejemplaridad*, que se despliega según modelos y seguimientos de repartos considerados razonables satisfaciendo el valor solidaridad. La planificación es más frecuente camino para el principio de beneficencia e incluso el de no maleficencia; en cambio, la ejemplaridad se halla más cercana al principio de autonomía. La globalización puede desplegarse por planificación y por ejemplaridad, con importantes proyecciones bioéticas y biojurídicas. A menudo aparenta una ejemplaridad que esconde planificación. En ciertos casos la planificación y la ejemplaridad se alejan mucho de los principios bioéticos reconocidos en las normas. A veces la globalización muestra un orden que en profundidad puede significar anarquía (desorden) de los repartos y caos (desorden) de las distribuciones.

8. Los repartos pueden tropezar con *límites necesarios*, surgidos de la naturaleza de las cosas, principalmente de carácter físico, psíquico, lógico, axiológico, sociopolítico y socioeconómico. La “finalidad subjetiva” de los repartidores puede hallar grandes dificultades en la “finalidad objetiva” que encontramos en los acontecimientos y en las posibilidades⁸. La globalización aumenta las posibilidades humanas y las vías positivas para las soluciones bioéticas y biojurídicas, pero también puede limitarlas. Hace crecer las posibilidades vitales y, contradictoriamente, produce “excesos” de población que suscitan grandes problemas bioéticos. A veces, como lo advirtió Goethe, la humanidad puede estar recorriendo el peligroso camino del “*aprendiz de brujo*”⁹.

B) Dimensión normológica

9. Las normatividades son captaciones lógicas de repartos proyectados, cuando

8 Se pueden c. nuestras “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967 (reimpresión en “Revista del Centro...” cit., N° 28, págs.105/12).

9 GOETHE, J. W., “El aprendiz de brujo”, en “47 poemas” (rec.), trad. Adan Kovacsics, Madrid, Mondadori, 1998, págs. 30 y ss.
Una de nuestras grandezas es el desafío y la superación de los límites, uno de nuestros límites es desconocerlos.

están construidas como promesas son *normas*. En su carácter de promesas las normas pueden ser *exactas* o *inexactas*, según que lo prometido se cumpla o no. En la globalización mucho puede cumplirse pero también, como lo muestra la crisis actual, mucho puede fracasar. Esto afecta también a las soluciones biojurídicas. La globalización no ha podido resolver las profundas desigualdades de riqueza, quizás las ha incrementado.

10. Las normas, como juicios, poseen *antecedentes* que captan los sectores sociales a reglamentar y *consecuencias jurídicas* que captan las reglamentaciones. Los antecedentes y las consecuencias poseen a su vez características positivas y negativas que deben estar respectivamente presentes y ausentes para que las normas funcionen. Tal vez pueda sostenerse que todas las normas, también las de la globalización, deben tener en su consecuencia jurídica la *característica negativa* de no degradar la vida humana.

11. Las *fuentes formales* más cabalmente tales se dictan para ser cumplidas de inmediato, pero también las hay programáticas, de propaganda e incluso “espectáculo” (que se dictan para la apariencia)¹⁰. En la globalización suelen aparecer normas no cabalmente tales, sobre todo de carácter de espectáculo, también en los campos de Bioderecho.

En la época de la globalización suele imperar un discurso democrático, pero en los hechos la participación en la elaboración normativa es muy escasa.

12. Para que los repartos proyectados captados promisoriamente en las normas se cumplan, éstas deben funcionar. El *funcionamiento normativo* abarca tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Todas ellas pueden resultar afectadas, a menudo de maneras ambivalentes, por la globalización. Esta produce muchas normas (v. gr. de tratados internacionales) que dificultan el reconocimiento, pero a su vez genera numerosas carencias por novedad de los problemas. En la interpretación, la determinación y la elaboración de las normas de la globalización pueden intervenir principios que viabilizan soluciones ambivalentes. Esto genera conflictos también en los campos de la Bioética y el Bioderecho. Por ejemplo, suelen producirse problemas en los campos de asignación de recursos para la salud y la alimentación y de preservación de la propiedad intelectual.

10 Es posible c. nuestro artículo “Las fuentes de las normas”, en “Revista de la Facultad...” cit., N^{os} 4/6, págs. 232 y ss. (también en “Zeus”, 6/IX/1983, t. 32, págs. D.103 y ss.). Vale tener en cuenta: NITSCH, Nicolas, “L’inflation juridique et ses conséquences”, en “Archives de philosophie du droit”, t. 27, págs. 167 y ss..

El funcionamiento de las normas de la globalización/marginación puede requerir la intervención de Comités de Bioética y de tribunales de carácter internacional¹¹. Los crímenes de lesa humanidad tienen sentidos globales y bioéticos¹².

C) Dimensión dikelógica

13. El mundo jurídico trialista se construye con referencia a un *complejo de valores* que valoran los repartos y las normas y culmina en el valor *justicia* (por esto la dimensión es llamada “dikelógica”). En ese complejo se incluyen otros valores como la *utilidad*, la verdad, el *amor*, la santidad, etc. A través de la utilidad la justicia puede hacerse más o menos posible, en respectivas relaciones de integración o secuestro. El principio de beneficencia y el de no maleficencia se relacionan especialmente con el amor; la Bioética y el Bioderecho conocen también el principio de justicia. En la globalización la justicia tiene una fuerte integración con la utilidad, pero a su vez entre ambas puede haber secuestro del material estimativo de un valor por otro.

El complejo de valores jurídicos puede remitirse al más alto valor a nuestro alcance, que es la *humanidad*, el deber ser cabal de nuestro ser. La escisión globalización /marginación puede llegar a quebrar la unidad del valor humanidad.

14. Siguiendo el camino abierto por Aristóteles es posible reconocer diversos senderos para pensar la justicia, es decir, distintas *clases de justicia*. Entre estas clases cabe reconocer las parejas de justicia monologal y dialogal (con una o más razones); “partial” y gubernamental (proveniente de una parte o del todo); sectorial e integral (dirigida a una parte o al todo), de aislamiento y de participación y particular y general (referida al bien común). La justicia particular es más característica del Derecho Privado; la general es más propia del Derecho Público. La globalización/marginación tiende a apoyarse en la justicia monologal de los incluidos. Es “partial” pero tiene alcance integral. A menudo radicaliza la justicia particular. Puede observarse que a menudo la globalización

11 Puede v. Comité Internacional de Bioética, <http://www.geocities.com/rauloyveloz/Unesco/unesco09.htm> (15-1-2009).

La intervención de los Comités de Bioética permite avanzar en la realización del ideal de que en el mayor grado aceptable no se judicialicen los problemas bioéticos.

12 Puede v. por ej. Corte Penal Internacional, <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm> (16-1-2009).

es un fenómeno de “*privatización*”, que plantea a lo privado con ausencia al menos relativa de lo público¹³.

15. La justicia es pensada con referencia a una *totalidad* de adjudicaciones pasadas, presentes y futuras (“*pantomía*” de la justicia; “*pan*=todo”, “*nomos*=ley que gobierna”) ¹⁴. Como esa totalidad nos es inalcanzable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla produciendo seguridad jurídica. La globalización desfracciona con miras a nuevas exigencias de justicia planetarias, pero a menudo fracciona exigencias de justicia referidas a los marginales. Muchos son los “*incluidos*”; muchos más los “*excluidos*” y esto es particularmente conflictivo en tiempos de ideologías igualitarias. Es más, con frecuencia la protección radical significa desprotección. Los “*asegurados*” quedan inseguros. La ambivalencia de desfraccionamiento y fraccionamiento tiene gran importancia en la Bioética y el Bioderecho.

16. El *contenido* de la justicia ha provocado grandes discusiones. Creemos que es posible salvarlas cuando se adoptan ciertos criterios básicos compartidos en base a los cuales, sí, es posible acordar en la continuación de una discusión de rigor. Con este alcance, proponemos adoptar el principio supremo que el fundador del trialismo propuso con carácter objetivo y natural. Se trata de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, es decir, para que se convierta en *persona*. Dicho principio, vale reconocerlo, es una construcción “occidental”, que en consecuencia adquiere más valor entre quienes participan de esta cultura.

Ese contenido puede aplicarse a la justicia de los repartos y del régimen, en nuestro caso, para considerar la justicia de la Bioética y el Bioderecho.

17. En cuanto a los *repartidores*, su legitimidad proviene principalmente de la *autonomía* de los interesados; de la paraautonomía del acuerdo de los interesados en la calidad de los repartidores; de la infraautonomía del acuerdo de la mayoría de los interesados; de la criptoautonomía del acuerdo que brindarían los interesados en caso de conocer los repartos y de la *aristocracia* emergente de la superioridad moral, científica y técnica. Cuando no tienen títulos de legitimidad, los repartidores son antiautónomos. La globalización posee ciertos títulos de legitimación científica y técnica, pero pone en crisis la aristocracia por el predominio de la técnica respecto de la ciencia y, sobre todo, no

13 Cabe c. nuestro trabajo “Privatización y Derecho Privado”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 20, págs. 119 y ss..

14 A veces la pantonomía lleva a acentuar el sentido atribuido a la relatividad.

cuenta con cauces de participación infraautónoma (democrática) que le correspondan. A veces se encuentra en condiciones de ilegitimidad antiautónoma producida por el abuso del poder o de la riqueza. A menudo se trata de orientaciones meramente plutocráticas. Esto presenta grandes problemas bioéticos y biojurídicos. Dada la gran proyección futura de las decisiones referidas a ellos, suele requerirse, tal vez sin éxito, la legitimación criptoautónoma, dependiente del consenso que brindarían las generaciones del porvenir.

Una perspectiva de importancia es la *responsabilidad* de los repartidores. En este sentido, en relación con las polémicas acerca de las ideas de Hans Jonas, vale hacer referencia a la responsabilidad de los repartidores con miras a hacer la vida global sustentable¹⁵.

La legitimidad de los *recipiendarios* proviene de los *méritos* surgidos de la conducta y de los *merecimientos* producidos por la necesidad¹⁶. Los méritos de la conducta suelen ser referidos, con demasiada intensidad, a la conducta económica y aún ésta se dirige excesivamente a las posibilidades del capitalismo financiero, con la insustentabilidad que se muestra en estos días. La globalización tiene recursos para dar importante satisfacción a las necesidades, pero éstas llegan con mucha frecuencia a situaciones críticas. Por no atender de manera suficiente a los merecimientos, al fin se debilita la atención a los méritos. La Bioética y el Bioderecho han de atender a estas situaciones.

Los *objetos* que merecen ser repartidos son de manera principal los relacionados con la *vida* y la propiedad. Acentuando características propias del capitalismo, la globalización suele poner en relación muy tensa a la vida y la propiedad, adquiriendo caracteres de bivalencia que deben considerar la Bioética y el Bioderecho. En la globalización suele no tenerse en cuenta que la vida se legitima por sí misma. A veces por no atender suficientemente a la vida incluso se desatiende a la propiedad.

El requerimiento *formal* de la justicia de los repartos exige la audiencia pero, como hemos señalado, en la globalización ésta es muy limitada. Es imprescindible dar al

15 Vale tener en cuenta JONAS, Hans, "El principio de responsabilidad. ensayo de una ética para la civilización tecnológica", trad. José Ma. Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995. Es posible v. asimismo, por ej., CECCHETTO, Sergio, "Responsabilidad en la era tecnológica. Hans Jonas", en "Revista al tema del hombre", http://www.chasque.net/frontpage/relacion/0311/hans_jonas.htm (15-1-2009); LACADENA, Juan Ramón, "Bioética global y Etica de la responsabilidad", en http://www.isftic.mepsyd.es/w3/tematicas/genetica/2004_04/2004_04_00.html (15-1-2009) (además puede v. FARIAS BECERRA, Rafael, "Jonas y Foucault: dos perspectivas sobre (Bio)Política, Ecología y las Ciencias Naturales en el pensamiento contemporáneo", en "Konvergencias Filosofía", Año VI, Número 19, <http://www.konvergencias.net/fariasbecerra193.pdf> –15-1-2009–).

16 Cabe recordar, en cuanto a las discusiones al respecto, por ej. BROCK, Gillian, "Justice and Needs", en "Dialogue", XXXV, págs. 81 y ss..

sistema más cauces para desarrollar la audiencia, sobre todo de los marginales. La Bioética y el Bioderecho deben asumir estos problemas.

Las *razones* de los repartos requieren, desde el punto de vista de la justicia, que éstos tengan *fundamentación*. La limitada razonabilidad de la globalización hace que la fundamentación esté al menos fracturada entre sectores integrados y marginales, generándose así nuevamente dificultades bioéticas y biojurídicas.

18. Para ser justo un *régimen* debe tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, es decir, ha de ser *humanista* y no totalitario. La globalización declama el humanismo mas al fin mediatiza a muchos millones de seres humanos marginados. La Bioética y el Bioderecho no deben permanecer indiferentes.

El humanismo debe ser preferentemente abstencionista, pero a veces ha de tomar la senda intervencionista (paternalista). Esto corresponde en gran medida, respectivamente, a los principios de autonomía y beneficencia. En nuestro tiempo predomina el discurso de autonomía, mas en la globalización ella suele ser inexistente y personas marginales no pueden ejercerla sin que tampoco funcione respecto de ellas el principio de beneficencia y, ni siquiera, el principio de no maleficencia.

Para que el régimen humanista se realice 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” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). El resguardo contra los demás incluye el amparo de minorías contra la no discriminación. Una perspectiva del resguardo en relación con el mismo individuo es la protección contra la drogadicción. El amparo contra “lo demás” se relaciona especialmente con la beneficencia y la no maleficencia; el resguardo respecto de los demás se concreta más a través de la autonomía. En conjunto se viabiliza la justicia. La globalización, dotada de tantos medios para el amparo del individuo, lo pone no obstante con frecuencia a merced de los demás, sí mismo y lo demás. Una de las manifestaciones es la discriminación de los marginales. La Bioética y el Bioderecho no deben quedar indiferentes.

2. Las ramas del mundo jurídico

19. El mundo jurídico se diferencia en ramas con *características especiales* en lo jurídico sociológico, normológico y dikelógico. En días de nuestro gran cambio histórico, las ramas tradicionales, como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho Procesal, el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo, etc., deben ser enriquecidas por *otros enfoques* a

menudo “transversales”, vinculados a grandes problemas humanos, por ejemplo, el *Derecho de la Salud*¹⁷, el *Bioderecho*¹⁸, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc. Esta necesidad se intensifica ante cuestiones de la ambivalencia de la globalización, que declara derechos humanos y luego incluso se desentiende de su no realización. La preservación de la dignidad humana que tanto importa a la Bioética requiere el desenvolvimiento del Bioderecho y el Derecho de la Salud¹⁹.

3. Horizonte del mundo político

20. El mundo jurídico debe ser construido como una parte del *mundo político* que, dotado también de características *integradoras* y *tridimensionales*, ha de abarcar actos de coexistencia captados normativamente y valorados por el complejo de valores de la convivencia. Este mundo abarca *ramas políticas* especiales, principalmente referidas a grandes valores de convivencia, como la política jurídica (o Derecho; valor justicia), la política sanitaria (salud)²⁰, la política científica (verdad), la política artística (belleza), etc.. Ramas de conjunto son la política educacional (destinada al despliegue de los valores), la política de seguridad (que los recorta) y la política cultural (que establece su equilibrio). La globalización tiende a hacer prevalecer indebidamente a la política económica. Es necesario su equilibrio, por ejemplo, con la política jurídica y la política sanitaria, en el conjunto de despliegues educacionales y culturales. En todo esto también están muy interesados la Bioética y el Bioderecho.

17 Es posible v. 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.

18 Cabe c. nuestro artículo “Introducción general al Bioderecho” cit. Las fronteras entre el Derecho de la Salud y el Bioderecho son a veces difíciles de establecer. Aunque en ciertos casos se lo concibe en sentido más amplio, creemos que el Bioderecho resguarda al fin a la humanidad contra los desafíos de la tecnología.

19 Además de la autonomía material propiamente dicha, las ramas jurídicas pueden tener autonomías legislativa, judicial, administrativa, científica, profesional, académica y pedagógica (formativa). Es importante atender al desarrollo en cuanto al Bioderecho. Esta rama cuenta de manera específica con la autonomía que le brinda un importante despliegue de referencia ética, por ej. en los Comités de Bioética. Sería relevante que tuviera jueces especializados, al menos con la especialización de algunos tribunales dedicados a otros problemas.

20 A veces se hace referencia, con una expresión muy multívoca, a la Biopolítica.

APORTES RELATIVOS AL CONFLICTO DE FUENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ALEJANDRO ALDO MENICOCCHI *

Resumen: Hay conflicto de fuentes cuando distintas fuentes (formales o consuetudinarias) se arrojan la pretensión de subsumir el mismo fenómeno jurídico. El problema ha sido reducido a la coexistencia o sucesión de distintas fuentes formales en el espacio y en el tiempo. Asumiendo que el problema de la juridicidad es infinito, las respuestas son, en principio, infinitas. Las fuentes del derecho cuentan con un ámbito de legitimación en lo espacial, temporal, personal y material. El Derecho Internacional Privado ha alcanzado un gran desarrollo científico y, como derecho de colisión de distintos derechos en el espacio, puede suministrar los conceptos y métodos a otros conflictos de fuentes que se producen en el tiempo, las personas y la materia, constituyéndose así en una especie de un derecho de colisión general. Los tratados de derechos humanos establecen estándares mínimos que, de alguna manera y en los aspectos por ellos contemplados, disminuyen la discrecionalidad de los derechos privados nacionales, aspecto este que debe contemplar una adecuada relación para permitir la diversidad jurídica en tanto diversidad cultural.

Palabras clave: Fuentes - Derecho Internacional Privado - Conflicto - Espacio - Tiempo - Personas - Materia.

Abstract: Law source's conflict implies that different sources (Laws or Consuetudinary Law) considered themselves equally entitled to solve the same phenomenon. The problem has been reduced by considering only the coexistence or succession of different formal sources in time (Conflict of Laws in Time) and space (Private International Law or Conflict of Laws). Assuming that the problem is limitless, the answers are also limitless. Sources of law have legitimation in many aspects, such as space, time, persons and matter. Private International Law has the highest scientific development in solving conflicts between sources that belong to different spaces (in a cultural meaning). Because of that, it can be useful in supplying concepts and methods to other conflicts such as temporal, personal or substantial conflicts, being, in such way, sort of a general "collision Law". Human Right's Treaties establish minimal standards that, in some way, reduce private national Laws discretionary. This latest aspect must have an adequate relationship between diversity considered itself as "cultural diversity".

* Profesor de Derecho Internacional Privado, Sistemas Jurídicos Comparados e Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Este artículo responde a las ideas básicas sostenidas en el V Congreso Nacional de Derecho Civil y XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 23, 24 y 25 de septiembre de 2009). E-mail: menicocchi@abogados.com.ar

Key words: Sources - Private International Law - Conflict - Space - Time - Persons - Matter.

Sumario: I. Introducción. 1. Fuentes del derecho. 2. Normas. 3. La fuente como rasgo de una cultura jurídica. 4. El conflicto de fuentes en el derecho doméstico en el espacio, el tiempo, la materia y las personas. 5. El Derecho Internacional Privado como especie de un Derecho de Colisión General: el Derecho de colisión atemporal (interespacial, personal o real) y el Derecho de colisión intertemporal. 6. El ámbito de las fuentes. II. Dimensión Normológica. 7. El problema de la multiplicidad de hontanares. 8. Derecho de colisión atemporal. 8.1. Derecho de colisión temporal interespacial. 8.1.1. Constitución Nacional. 8.1.2. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 8.1.3. Conflicto entre derechos personales. 8.1.4. Conflicto material. 8.2. Derecho de colisión intertemporal. 8.2.1. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 8.2.2. Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. 8.2.3. La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979). 8.2.4. Mercosur. 8.2.5. Algunas convenciones especiales. 8.2.6. El Derecho transitorio en la Convención de Viena y la retroactividad de los Tratados sobre Derechos Humanos. 8.2.7. El Derecho Transitorio en el DIPr. interno. III. Dimensión Sociológica. 9. El conflicto de fuentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 10. El conflicto de fuentes en el derecho comparado. 11. El conflicto de fuentes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 12. Fuentes materiales vs. Fuentes formales: la *lex mercatoria*. 13. La situación mercosureña. IV. Dimensión axiológica. 14. La elección de la fuente que resolverá el conflicto. 15. La insuficiencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 16. El derecho interpersonal.

I. Introducción

1. La voz *fuentes de derecho* evoca –con caracteres hidrológicos– al lugar del cual *mana* y a los modos en que se *manifiesta*¹ el fenómeno jurídico. Esta multivocidad² (*hontanar y modo de constancia*) depende de lo que se entienda por derecho. Para el tridimensionalismo (en general) el derecho es hecho, norma y valor. En esta concepción se ubica la teoría trialista del mundo jurídico para la cual derecho es el *conjunto de adjudicaciones (repartos y distribuciones) de potencia e impotencia, descripto e*

1 LÉVY-BRUHL, Henry. “Sociología del derecho”, trad. Myriam de Winizky, Bs. As., Eudeba, 1964, pág. 21; AS. VS., en GÉNY, François, “Les sources du droit”, Paris, Sirey, s/d, t. I, págs. 137 y ss..

2 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 7ª ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2005, págs. 8 y ss..

*integrado por normas y valorado por la justicia*³. Existe *conflicto* de fuentes cuando dos (o más) modos de constancia se arrojan la pretensión de subsunción del mismo fenómeno jurídico y establecen disímiles reglamentaciones de aquél; si la reglamentación (consecuencia jurídica) no sufre variaciones (esto es, sólo hay una multiplicación de tipos legales) hay un *pseudoconflicto*.

2. Las normas *describen* las adjudicaciones y las *integran*; sus modos de constancia (fuentes) se clasifican según brinden un contacto directo (*fuentes reales*) o indirecto (*fuentes de conocimiento*) de tales adjudicaciones. Las fuentes reales pueden ser *materiales* (cuando se exhiben en la adjudicación misma) o *formales* (cuando la adjudicación consta en signos, generalmente lingüísticos). Ambas pueden tener origen *interno*, *internacional* o *paranacional*. Es común identificar a las fuentes materiales como *derecho espontáneo* (consuetudinario o repentino) y a las fuentes formales como *ley en sentido material*. Las fuentes de conocimiento (doctrina) se refieren ya a fuentes materiales, ya formales. Sucesivas valoraciones de la comunidad sobre las adjudicaciones y sus fuentes producen principios generales orientadores (*justicia como orientación*), que, al igual que lo que sucede con las fuentes formales, anticipan –a título de criterio– algunos contenidos normativos. Realidad social, norma y justicia generan y encuentran su propia legitimación para sus respectivas respuestas.

3. La elección de la fuente caracteriza una comunidad y su modo de concepción del derecho⁴. En lo normativo, comunidades más dinámicas y liberales privilegian el contrato⁵; otras, más solidaristas, parecen jerarquizar fuentes formales de carácter estatal. Mientras el racionalismo continental se expone en el derecho codificado, el empirismo anglosajón se expresa primordialmente en la jurisprudencia y la costumbre. La asimilación del *derecho* al Estado ha restringido inexplicablemente (y con magros resultados), la

3 GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma. 1976; MENICOCCI, Alejandro A., “La teoría trialista de Werner 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. 61 y ss..

4 ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, “Introducción al derecho comparado”, trad. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford Univ. Press, 2002, págs. 71 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, José y otros, “Sistemas Jurídicos Comparados”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2000, págs. 15 y ss.; DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camilla, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10e. ed., Paris, Dalloz, 1992, págs. 15 y ss.; LOSANO, Mario G, “Los grandes sistemas jurídicos - Introducción al derecho europeo y extranjero”, versión castellana de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982.

5 V. SUMNER MAINE, Henry (Sir), “El antiguo derecho y la costumbre primitiva”, Madrid, La España Moderna, s/d.

cuestión del conflicto al ámbito *territorial y temporal* –este último en menor medida– omitiendo los contenidos y alcances *personales, materiales, potenciales y de razón*⁶. Una comprensión integral del problema requiere que se contemplen todos los posibles ámbitos⁷.

4. Enfocado desde el Estado, el conflicto de fuentes ha preocupado al legislador, quien recurre para solucionarlo primordialmente al método indirecto. Cuando el Código Civil argentino impone el ámbito espacial de vigencia de las leyes a los habitantes de la República (art. 1), o su operatividad a partir del momento elegido por la fuente o a partir de su publicación (art. 2), o subsume en la nueva fuente las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes (art. 3), resuelve, respectivamente, los problemas de su ámbito espacial y temporal, activo y pasivo. Cuando contempla la relación entre el derecho espontáneo y la ley (art. 17) aborda el conflicto de fuentes de distinta especie. El Código de Comercio, al establecer la comercialidad de un acto y someter al Derecho comercial a quien no es comerciante (art. 7), resuelve el conflicto interpersonal entre el derecho civil y el derecho de los comerciantes a favor de estos últimos. La simplicidad del menú (derecho civil vs. derecho comercial; derecho anterior y derecho posterior; derecho interno y derecho internacional) se presenta como una alternativa ante dos fuentes y por ende, exime al codificador de la utilización de puntos de conexión.

5. El Derecho internacional privado se integra con problemas de conflicto de leyes y de jurisdicciones (directa o indirecta), estableciendo las soluciones a aplicar ante distintos ámbitos *espaciales* de uno o varios derechos⁸. Concebido en la actualidad orientado a resolver el conflicto de fuentes en el espacio, cabe tener en cuenta que esta última categoría no puede pensarse independientemente del tiempo, y esta afinidad entre espacio y tiempo determinan el parentesco entre el derecho internacional privado y el derecho transitorio⁹. DIPr. y derecho transitorio son susceptibles de ser conceptualizados

6 V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “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).

7 No es ocioso recordar que el derecho es anterior, históricamente, al propio Estado. V. BALLARINO, Tito, “Diritto Internazionale Privato”, 3ª ed., con la colaboración de Andrea Bonomi, Padova, Cedam, 1999, pág. 15.

8 La teoría del uso jurídico impone contemplar la existencia de un ámbito personal, de razón y material si este surge del derecho declarado aplicable por la norma indirecta.

9 GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo”, en “Estudios Jusprivatistas Internacionales”, UNR, 1969, págs. 283, 288 y ss.; SAVIGNY, Federico

como especies de un derecho de colisión general, comprendiendo este último las respuestas relativas a cuál es el ordenamiento que habrá de aplicarse ante dos o más derechos simultáneamente vigentes (*Derecho de colisión atemporal*) o sucesivamente vigentes (*Derecho de colisión intertemporal*). El *Derecho de colisión atemporal* puede subdividirse en *Derecho de colisión atemporal interespacial, personal o real*, según se refiera al conflicto de un ordenamiento jurídico en diferentes territorios (Estados o regiones), o respecto a diferentes personas (v. gr., comerciantes y no comerciantes, consumidores y no consumidores) o cosas (v. gr., acto mercantil o civil).

6. Ámbito espacial y temporal de las fuentes se dividen, respectivamente, en activo y pasivo, según reflejen el problema *desde las fuentes* o *desde los casos*. Por ámbito espacial activo aludimos a *dónde se encuentran quiénes aplican las fuentes* mientras que referimos al ámbito espacial pasivo como aquél *en el cuál deben haberse producido los casos para que las fuentes se apliquen*. El ámbito temporal activo refiere a *partir de qué momento y hasta cuándo se aplican las fuentes*; el pasivo indica *cuándo deben haberse producido los casos* para que sean subsumibles en una u otra fuente. El conflicto de fuentes en el DIPr. existe cuando dos (o más) tipos legales de las fuentes se arrojan la subsunción de un caso. Sin perjuicio de que la territorialidad parece ser el rasgo distintivo del conflicto de fuentes en el DIPr., no cabe olvidar que, debiendo el DIPr. otorgar la respuesta que con mayor grado de probabilidad llevaría a cabo el juez cuyo derecho se aplica (*teoría del uso jurídico*), el derecho aplicable puede contener, por cierto, respuestas relativas al espacio (*reenvió*), al tiempo (*derecho transitorio*), a las personas (*distintos derechos personales*) y a la materia (*conflicto de calificaciones*). Así entendido, el conflicto se puede presentar en múltiples contactos: a) entre distintas fuentes materiales (v.g., costumbre local vs. costumbre internacional; b) entre fuentes formales de la misma especie (v.g., ley vs. ley) o de especie disímil (tratado vs. ley); c) entre fuentes materiales y formales (v.g., costumbre vs. ley); c) entre derechos étnicos y derecho común (v.g., derecho indígena vs. derecho civil); d) entre distintos derechos materiales (v.g., carácter procesal o sustantivo de un instituto); También pueden enfrentarse las valoraciones de la comunidad de la *lex fori* con la de la *lex causae*.

Carlos (M), “Sistema del derecho romano actual”, trad. del alemán por (M) Ch. Ghenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora y Cía. Editores, t. VI, págs. 120 y ss.

II. Dimensión normológica

7. Las fuentes del DIPr. se producen en múltiples hontanares (Estados, entes supranacionales, comunidad nacional e internacional, entidades de naturaleza profesional y científica). La elección de la fuente no es una alternativa simple, propia del conflicto que debe resolverse entre dos ordenamientos jurídicos (por ejemplo, *anterior o posterior, propio o extranjero, canónico o civil, federal o local*). Repetidas veces, son las fuentes formales las que establecen los alcances espaciales, temporales, personales o materiales y acuñando cláusulas de compatibilidad con otras fuentes. Ciñéndonos al régimen jurídico argentino vigente a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, el elenco de fuentes formales se compone de: 1) La Constitución, los tratados y convenciones sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y aquéllos tratados y convenciones sobre derechos humanos que, con mayoría especial, se celebren en el futuro y gozan de jerarquía constitucional¹⁰; 2) Tratados y concordatos con la Santa Sede y tratados de integración que deleguen competencia legislativa y jurisdiccional a organismos supraestatales¹¹, que –bajo ciertas premisas– tienen jerarquía superior a las leyes¹²; 3) Convenios internacionales celebrados por las Provincias (art. 124 CN¹³); 4) Leyes y demás fuentes de derecho interno. Es ostensible la trascendencia de fuentes de derecho espontáneo especialmente en el ámbito comercial (*lex mercatoria*) y procesal. Otros derechos mantienen sus caracteres personales, como los religiosos y los derechos indígenas, cuyos ámbitos de aplicación no se identifican con un espacio cultural, no necesariamente coincidente con el geográfico o político. Examinaremos estos conflictos, primero, en su proyección “atemporal”, para abordar, luego, la cuestión “intertemporal”.

8. El conflicto de fuentes simultáneamente vigentes (*Derecho de colisión atemporal*) puede aludir al espacio, las personas y la materia.

8.1. La colisión atemporal en el espacio de dos o más derechos simultáneamente vigentes (*Derecho de colisión atemporal interespacial*) se suele solucionar a través del recurso a la primacía de la fuente de mayor jerarquía (Triepel –1868-1946– / Kelsen –1881-1973–; art. 75, inc. 22, art. 124 CN).

10 Art. 75, inc. 22 CN.

11 Art. 75, inc. 24 CN.

12 V. DREYZIN del KLOR, Adriana y URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional – Fuentes convencionales”, Bs. As., Zavalía, 1996, págs. 6 y ss..

13 Art. 124 CN.

8.1.1. La Constitución y los tratados de naturaleza constitucionales subordinan –tanto en sus relaciones de producción como de contenido– a las fuentes de inferior jerarquía. Ellos condicionan la lectura de las fuentes inferiores nacionales, públicas o privadas¹⁴.

8.1.2. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)¹⁵ establece que estos últimos vinculan a los Estados contratantes en todo su territorio (art. 28) no pudiendo oponer a aquéllos su derecho interno (art. 27). En lo relativo al ámbito espacial pasivo, corresponde distinguir entre tratados universales y tratados comunes, según sean la jurisdicción o la ratificación común la condición de su aplicación. En ausencia de previsión específica del tratado común, es necesario que el caso tenga un contacto material decisivo con alguno de los Estados ratificantes¹⁶.

8.1.3. Las fuentes formales suelen establecer la primacía de uno u otro derecho personal (*Derecho de colisión atemporal personal*). Así lo hacen, v. gr., el art. 7 del C. Comercio o el art. 3 de la ley de protección al consumidor. No está zanjado legislativamente¹⁷ el conflicto entre los derechos indígenas y el derecho común¹⁸.

8.1.4. El conflicto de calificaciones (*Derecho de colisión atemporal material*) se evidencia ante la diversidad conceptual que una misma realidad puede presentar en la comunidad jurídica internacional. Calificaciones autárquicas suelen ocuparse del tópico¹⁹;

14 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. Fueron elevadas a categoría constitucional la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24.820, 29.05.97) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25.778, 3.9.03).

15 Ley 19.865, B.O. 11.01.1973.

16 GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional Privado – Derecho de la Tolerancia”, 8ª ed., Bs. As., Depalma, 1992, pág. 56.

17 Art. 75, inc. 17.

18 V., por ejemplo, art. 239 de la Constitución de la Provincia de Neuquén.

19 V. gr., el art. 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; arts. 5 y ss. de ambos TDCIM de 1889 y 1940, Ocasionalmente, las fuentes refieren a otras fuentes para encontrar la calificación, v. gr., la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (ONU, 1968) rat. por ley 25.778, art. 1.

en otros casos, su solución se deriva a la ley aplicable (v. gr., Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr., Montevideo, 1979, art. 2).

8.2. En lo relativo al tiempo (*Derecho de colisión intertemporal*) el conflicto de fuentes convencionales de igual jerarquía se suele resolver estableciendo la primacía de la fuente posterior (v. sin embargo, *infra* 8.2.3).

8.2.1. La Convención de Viena establece que los tratados rigen a partir de la fecha que se disponga o que acuerden los Estados contratantes (art. 24, inc. 1) o constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado (art. 24, inc. 2), o a partir de determinada fecha (art. 24 inc. 3) Los tratados posteriores derogan a los anteriores (arts. 30 y 41). Cuando se trata de tratados multilaterales, un tratado se considera *terminado* cuando entre todas las partes de un tratado posterior así se lo establece o las disposiciones del tratado posterior son *hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente* (art. 59, inc. 1, ap. a y b). Se admite también la suspensión del tratado anterior (art. 59, inc. 2). La abrogación del tratado anterior no requiere ser expresa²⁰. Se admite su vigencia relativa (arts. 30, inc. 2, 3 y 4).

8.2.2. Habida cuenta de su carácter general (y sin ánimo exhaustivo) cabe tener presente que los Tratados de Montevideo –con excepción de lo dispuesto en el TDPenal de 1889– sólo establecen reglas respecto a su ámbito temporal activo, disponiendo la aplicación inmediata una vez efectuado el canje de instrumentos, la no simultaneidad y el cese del tratado por denuncia²¹. No hay razón normativa para que sus disposiciones sean sometidas a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en tanto esta última solo se aplica a los tratados celebrados después de la entrada en vigor de la Convención de Viena (art. 4) y el último de los convenios montevidianos ratificados es

20 Habida cuenta de la expresión “... si se desprende...” utilizada en la Convención.

21 Sus textos reproducen sin cambios tales principios: art. 69, 68 y 70 TDCIM 89; arts. 50, 49 y 51 TDCoMIM 89; arts. 14, 13, 15 TDProcIM 89; arts. 48, 47 y 49 TDPIM 89 que a su vez incorpora el ámbito temporal pasivo (art. 50 TDPIM 89); arts. 8, 7 y 9 TPI 89; arts. 14, 13 y 12 TPLA 89; arts. 6, 5 y 7 TMCF 89; arts. 4, 3 y 5 TEPL 89; arts. 66, 65 y 67 TDCIM 40; arts. 55, 54 y 56 TDCoMIT 40; arts. 45, 44 y 46 TDCoMIN 40, que a su vez incorpora una norma de extensión de su ámbito material pasivo (art. 43 TDCoMIN 40); arts. 27, 26, 28 TDProcIM 40; arts. 50, 49 y 51 TDPM 40; arts. 18 y 19 TAsilo y Refugiados Políticos; arts. 5, 4 y 6 TEPL 40; arts. 17, 16 y 18 TPI 40. Estas disposiciones les son aplicables a ambos protocolos (arts. 7 PA 89 y PA 40).

el relativo a profesiones liberales (B.O. del 26/1/1963), mientras que la Convención de Viena fue ratificada por nuestro país en 1973²².

8.2.3. Se ha dicho que el derecho es demasiado histórico para ser racional. Quizá la historia común de los pueblos iberoamericanos influyó en la adopción de una solución que no coincide con el racionalismo de la Convención de Viena. En tal sentido, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979, en adelante *Cidip Normas Generales*²³, art. 1) establece: “(L)a determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales *suscritas*²⁴ o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”²⁵. La interpretación literal de su texto –que es confirmada por la histórica– indicaría que la norma jurídica de DIPr. ulterior no desplaza a la norma jurídica anterior. El problema ha sido advertido hace un tiempo por la doctrina²⁶ y parece haber determinado en la solución el no relegar a la obra montevideana a objeto de historia del derecho. Por esta razón, el distinto tratamiento que de la sucesión de tratados efectúan los regímenes de Viena y de CIDIP Normas Generales implica que dos Estados, unidos por una misma CIDIP, pueden llegar a aplicaciones disímiles de la *lex cause* si han ratificado también algún Tratado de Montevideo cuya solución no sea la misma que la adoptada por una Convención Interamericana²⁷.

22 Lo que cohonesto una de las ideas expuestas en este trabajo: su aplicación a los tratados anteriores a la Convención es una fuente de derecho consuetudinario o de razón, inspirada en el principio de que el nuevo derecho es, generalmente, axiológicamente superior al cual reemplaza.

23 Ratificada por ley 22.921. Vincula a nuestro país con Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html> (15-5-09).

24 El subrayado es nuestro.

25 <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales.htm>.

26 V. FERNANDEZ ARROYO, Diego, “Derecho Internacional Privado Interamericano - Evolución y perspectivas”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000; MENICOCCI, Alejandro Aldo, “Lex posterior non derogat legi priori: el singular tratamiento del ámbito temporal adoptado por la CIDIP sobre normas generales de Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2005, págs. 43 y ss.; v. también, FERMÉ, Eduardo Leopoldo, “Derecho Internacional Privado - Convención Interamericana sobre Normas Generales”, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, Apéndice V, 1987, págs. 209 y ss..

27 Puede v., MENICOCCI, Alejandro, “Argentina’s Private International Law Rules concerning Companies formed abroad”, en “Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale”, N° 4, ottobre-dicembre 2005, págs. 1035 y ss..

8.2.4. Las fuentes generadas por el MERCOSUR contienen, con algunas excepciones, el principio de vigencia simultánea establecido en el art. 40 del Porotolo de Ouro Preto²⁸, condicionándose así a un *dies a quo* común en los cuatro Estados parte.

8.2.5. No faltan fórmulas ambiguas en convenciones especiales. En este sentido, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV, Montevideo 1989²⁹) dispone que (art. 30): “...no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas, o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte, ni las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia”. En suma, fuentes anteriores o posteriores, de derecho espontáneo o formal, prevalecen sobre la propia convención. Sin embargo, la locución no deja de tener aspectos oscuros³⁰. Otras convenciones se limitan a establecer la derogación en caso de oposición con la fuente anterior: v.g., el art. 35 del Protocolo de las Leñas³¹ que: “... no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los Estados Partes en tanto no lo contradigan”. Algunas formulas mantienen aspectos no contemplados por la nueva fuente, como por ejemplo, el art. 12 del Protocolo de San Luís³² cuando afirma que “no derogará las disposiciones de las Convenciones vigentes entre algunos de los Estados Parte que contemplen aspectos no previstos en este texto”.

8.2.6. En lo que refiere al ámbito temporal pasivo, el postulado de la no retroactividad adoptado por el art. 28 de la Convención de Viena choca con respuestas ultraactivas contenidas en el los Tratados de Jerarquía Constitucional (*inter alia*, la

28 PEROTTI, Alejandro Daniel, “Mercosur: Proceso Legislativo. Sobre algunos inconvenientes que presenta el mecanismo de internalización”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, t. 2007-2, Rubinza Culzoni, págs. 609 y ss..

29 No ratificada por nuestro país, pero vigente entre Belice, Bolivia, Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Uruguay. La República Argentina ratificó la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos, por ley 17.156 (Naciones Unidas, Nueva York, 1956).

30 En primer término, podría preguntarse por qué razón se celebra una Convención si no va a derogar las anteriores. En segundo lugar, y aunque la teleología de la norma parece ser que la Convención posterior no deroga la anterior, pareciera que esta limitación solo funciona con respecto a convenciones anteriores menos favorables a facilitar el cumplimiento de la obligación alimentaria. También queda la cuestión de si lo “más favorable” debe ser la práctica o se extiende también a la fuente formal.

31 Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, ratificado por ley 24.578.

32 Protocolo de San Luís en materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de tránsito entre los Estados partes del Mercosur, CMC/DEC.Nº 1/96.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad³³, art. 1). Cuando la fuente carece de suficiente precisión, es menester atender al momento axial considerado decisivo aquélla en la conexión utilizada³⁴.

8.2.7. El DIPr. interno carece de disposiciones específicas en lo relativo a su ámbito temporal activo y pasivo. La ausencia de disposiciones específicas suele colmarse recurriendo a las reglas del derecho civil (art. 2 y 17 CC), aunque la doctrina no es uniforme en su aplicación con respecto al ámbito temporal pasivo (art. 3 CC): se ha sostenido que, si la cuestión debatida no tenía ningún punto de contacto con el país del juez, se impone la aplicación inmediata de su propio DIPr., mientras que si el DIPr. abrogado contaba con algún vínculo con la materia tratada, corresponde mantener la ultractividad del DIPr. anterior³⁵.

III. Dimensión sociológica

9. Reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han privilegiado la aplicación retroactiva de tratados frente a disposiciones de derecho interno (CSJN, 24.08.2004, “Arancibia Clavel”; 14/06/2005, “Simón”), aludiendo, *inter alia*, a la prohibición de discriminación (CSJN, 16/11/2004, “Hooft”), al principio de inocencia y al derecho a la doble instancia (CSJN, 20/09/05, “Casal”), a la libertad de asociación (CSJN, 11/11/2008 “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo”³⁶). En otras ocasiones, se ha mantenido la primacía de la calificación del derecho interno frente al derecho internacional (V. CIDDHH, 28/12/2002, “Cantos, José M c. República Argentina” y CSJN, 21/08/2003, “Cantos c. Estado Nacional”).

10. Soluciones análogas encontramos en el derecho comparado. En “Osmar B.” (Corte de Apelaciones de París, 14.6.94, RCDIP, 1995, p. 311) se consideró que la aplicación de la ley argentina en tanto ley nacional del peticionante, era contraria al orden

33 U.N., 1968, ratificada por ley 25.778,

34 GOLDSCHMIDT, “Derecho...” cit., pág. 64.

35 V. GIARDINA, Andrea “Successione di norme di conflitto”, Milano, Giuffrè 1970; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal, Hacia un nuevo orden internacional y europeo”, en “Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco”, Madrid, Tecnos, 1993, págs. 1349/1372, en http://eprints.ucm.es/9299/1/SUCESI%C3%93N_DE_NORMAS_Y_DERECHO_INTERNACIONAL_PRIVADO.pdf. (29-9-09).

36 <http://www.zeus.com.ar:80/umTexto.asp?id=827&materia=9> (24-11-08).

público francés, al prohibir la adopción de un nombre y un estado a la persona que había decidido mutar su sexo y nombre, fundándolo en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El principio de igualdad de los esposos establecido en el artículo 7 de esta última Convención ha sido invocado para rechazar el reconocimiento de repudios marroquíes, pese a estar asimilados al divorcio en la Convención Franco-Marroquí de 1981 (Corte de Casación, RCDIP, 1995, p. 103). En otra oportunidad, considerando que el artículo 6.1. de la CEDDHH garantiza el acceso a la justicia, rechazó la ejecución de una decisión judicial inglesa cuyas costas se ponderaron desmesuradas (Corte de Casación, RCDIP, 2000, p. 224)³⁷. En *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (CEDH, 11/7/2002)³⁸ la Corte Europea de los Derechos del Hombre sostuvo que el derecho inglés violaba los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y la familia), 12 (derecho a casarse y formar una familia) y 14 (prohibición de discriminación)³⁹ en tanto se consideraba a un transexual con las obligaciones sociales de un hombre pese a haberle sido reconocido su cambio de identidad sexual en el ámbito del derecho privado.

11. De especial trascendencia en la inteligencia que puede alcanzar el conflicto de fuentes interpersonal merece citarse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *“Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”*⁴⁰ (31 de agosto de 2001), en el cual condenó a Nicaragua por violar los derechos de la comunidad originaria por violar la *propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos distintivos de la propiedad que consagra el art. 21 de la CADH*.

12. Las fuentes materiales se han opuesto, con éxito, a las fuentes formales, en lo atinente al ámbito material privilegiando la aplicación del derecho *de los comerciantes* frente al derecho del estado⁴¹: se ha señalado que la *“lex mercatoria” no carece de carácter jurídico por el mero hecho de no ser un derecho nacional*⁴².

37 V. KNOEPLER, François y otros, “Droit international privé Suisse”, 13ème. éd., Berna, Stämpfli Editions S.A., 2005, pág. 71.

38 <http://www.echr.coe.int/Fr/Press/2002/juillet/GoodwinarretGrandeChambrefpresse.htm> (6-8-08).

39 Sobre la evolución de la cuestión sexual en la jurisprudencia europea, v. BUGADA, Alexis, “Transsexualisme et conversion des droits sociaux”, en “Recueil Dalloz”, 2006, pág. 1628, en <http://bu.dalloz.fr.rproxy.univ-pau.fr/> (6-8-08).

40 V. BAZÁN, Víctor, “La articulación derecho interno. Derecho internacional en materia de protección de los derechos humanos. Algunos desafíos y novedades del sistema interamericano”, en “La Ley Gran Cuyo”, 2006 (junio), pág. 565; “Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales”, en “La Ley”, t. 2007-D, pág. 1135.

41 CS, 10.12.56, República del Perú c. SIFAR, Fallos 220:936.

42 CNCiv y Com Rosario, sala 3ª, 24.12.2002, en “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, N° 216, Bs. As., Lexis Nexis, enero/febrero 2006, pág. 221.

13. La distorsión de la aplicación simultánea mercosureña se ha advertido en numerosas sanciones a particulares sin que se hallasen vigentes las fuentes de conformidad al art. 40 del Protocolo⁴³.

IV. Dimensión axiológica

14. Desde el plano axiológico, la primera reflexión que se nos suscita es la relativa a la fuente que determinará la solución al conflicto. No parece legítimo que las respuestas deban ser solucionadas *a priori* por las fuentes formales, pues ello lleva implícito un reconocimiento de su mayor jerarquía⁴⁴. En tal sentido, deberá ponderarse que el derecho espontáneo goza, frente al derecho formalizado, de la misma preferencia axiológica de la democracia directa frente a la democracia representativa. Bajo esta premisa, entendemos que las respuestas a los conflictos de fuentes pueden encontrarse en cada una de las tres dimensiones del mundo jurídico. Las *razones* de un orden de repartos (entendidas como la *valoración social*) pueden desplazar las relaciones de *jerarquía* y *subordinación* impuestos en las fuentes formales y siempre existirá la posibilidad que una respuesta se imponga *axiológicamente* para quienes pensamos que el derecho positivo puede no satisfacer todas las exigencias posibles de justicia ofrecidas por las fuentes de las restantes dimensiones (normológica y sociológica).

15. Aún asumiendo que las fuentes formales resuelvan el conflicto entre las distintas especies, la doctrina no considera “suficiente” ni apropiada la solución de Viena a los propósitos y objetivos del DIPr.⁴⁵, proponiendo, en su lugar, la aplicación de *la fuente que mejor satisface la función de la regla de conflicto en la materia respectiva* (llamada teoría de la *eficacia maximal*). La cuestión es relativamente sencilla si se abordan, v. gr., problemas procesales. En cambio, su complejidad aumenta cuando ingresa en materia sustantiva. Una primera aproximación nos inclina a sostener que la Constitución Nacional y los tratados a ella equiparadas nos proporcionan principios que, de alguna manera, llevan a una *homogeneización* de las respuestas aunque, sin embargo, corresponde tratarlos como *principios* y no como *reglas*, admitiéndose grados de

43 PEROTTI, op. cit., pág. 624.

44 Cuando el CC establece las relaciones entre el derecho consuetudinario y la ley, más allá de su generosidad con respecto al primero, se está atribuyendo el poder de generar los ámbitos de actuación del derecho consuetudinario.

45 AUDIT, Bernard, “Droit International Privé”, 3e.éd., Paris, Economica, 2000, pág. 50.

modelación pertinentes en función de las características de unicidad de los distintos pueblos. Una aparente contradicción de contenidos debe compulsarse con el caso concreto, y hemos de renunciar a la pretensión de derivar de los principios una *única respuesta correcta*⁴⁶ (versión contemporánea de la pretensión leibniziana de contener todo el derecho “... en una sola hoja...”⁴⁷).

16. Los conflictos de fuentes entre derechos personales evidencian la coexistencia de elementos vitales *distintos* que, si bien captados por el legislador, no deben resolverse necesariamente en función del derecho común o *dominante*: este recurso puede dar lugar a la creencia de una irreductible oposición entre las fuentes; el desafío (impuesto por la praxis) es permitir una *intervivencia* entre ambas respuestas⁴⁸.

46 En tal sentido, si, v.g. la ley aplicable al régimen de bienes del matrimonio es la del domicilio del marido al tiempo de la celebración (art. 42 del TDCIM 1889) y tratados de jerarquía constitucional prohíben cualquier forma de discriminación sexual (arts. 2.1. de la Declaración Universal de DDHH y. 2.a) y b) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros) el derecho aplicable al régimen matrimonial impuesto por el tratado montevideano sólo será descartado si se produce alguna discriminación en el régimen de bienes en función del sexo. Otros principios solo aparentan conflicto: el acceso a la justicia conlleva a admitir la generosidad de jurisdicciones, brindando al actor la mayor cantidad de foros disponibles mientras el principio del debido proceso descalifica los foros exorbitantes. Hablar en estos casos que una fuente posterior deroga a otra fuente anterior cuando no existe incompatibilidad entre los criterios de jurisdicción es menoscabar prematuramente el acceso a la jurisdicción. En este orden de ideas, puede asumirse sin hesitación que coexisten las reglas de jurisdicción sobre de los Tratados de Montevideo de 1940 y del Protocolo de Buenos Aires de 1994 (Buenos Aires, 5.8.1994, ratificado por ley 24.669 y en vigor entre nuestro país, la República Federativa de Brasil, la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay desde el 30.11.1996). El Protocolo no desplaza la regla del paralelismo (*proper law in proper forum*) contenida en el artículo 56 de ambos Tratados de Derecho Civil. Inversamente, han sido derogadas por el Protocolo las limitaciones a la prórroga de jurisdicción contenidas en el mismo precepto del TDCIM de 1940. V., ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. Manuel Atienza, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf. (31-05-09). V., sin embargo, DWORKIN, Ronald, “Taking rights seriously”, Cambridge, Harvard University Press, 1977; “A Matter of Principle”, Cambridge, Harvard University Press, 1985; “Law’s Empire”, Cambridge, Harvard University Press, 1986, págs. 15 y ss..

47 CAVANNA, Adriano, “Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico”, Milano, Giuffrè, 1982, t. I, págs. 343 y ss..

48 Pensamos en los derechos reales, concretamente, en el dominio y las facultades del dueño sobre la cosa (artículos 2506 y siguientes del Código Civil) y el derecho de trashumancia reconocido a las comunidades originarias de la provincia de Neuquén, hoy con respaldo constitucional. Sobre el sentido de la propiedad indígena puede v. BORDIEU, Pierre, “El sentido práctico”, trad. Ariel Dillon, Siglo XXI, 2007, págs. 235 y ss..

LA FAMILIA COMO LUGAR DE CONSTRUCCIÓN DE LA “ÉTICA DE LA VIDA”

MARTA BLANCO DE AIELLO *

Resumen: La familia como institución es dadora de vida, escuela de afecto y de valores. El déficit en la formación axiológica desde muy temprana edad incide en el desarrollo y ejercicio de una conciencia moral autónoma y éticamente comprometida con los problemas que plantea la vida. Defenderla y promoverla es una tarea que nos compromete a todos y a cada uno.

Agradezco la invitación para participar en estas jornadas, en nombre de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas, entidad dedicada al análisis y reflexión de esta temática, con una historia de más de 20 años aportando su propuesta humanística a favor de la “ética de la vida”.

Después de escuchar las exposiciones de profesionales de reconocida trayectoria en el ámbito del Derecho, referidas a la temática de la “judicialización de la Bioética”, quiero compartir estas sencillas reflexiones de alguien que como ustedes coincide con la preocupación sobre la “ética de la vida”. Expreso estas inquietudes surgidas desde el trabajo en el aula con jóvenes del nivel medio y superior, con quienes intento, día a día, desde el rol docente, aportar a la construcción de una ciudadanía consiente y responsable.

Recuerdo que una de las primeras enseñanzas recibida en el aula escolar expresaba que la familia como institución es la “célula de la sociedad”.

La Biología me enseñó también que la “célula es la mínima porción de protoplasma con unidad de sentido, capaz de cumplir las funciones de la vida”. El agrupamiento de éstas constituye los tejidos que generan, o sostienen la estructura orgánica del cuerpo de una persona, si hablamos del ser vivo humano.

Pienso que los seres humanos, como producto de procesos complejos de “hominización” y “humanización” formamos parte de una suerte de “moratoria” en el desarrollo de este último.

A menudo me pregunto por qué cuesta tanto en la actualidad hacerse cargo de aquellas operaciones “vertebradoras” de las conductas específicamente humanas: pensar,

* Miembro de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas. E-mail: aiellomarta@hotmail.com.

reflexionar, participar, decidir, comprometerse y hacerse responsable de sus actos como personas individuales y sociales.

Soy consciente de que vivimos en un contexto de desajustes, debilidades y rupturas del tejido social en el que las personas participan de una “desmoralización” cuyo entramado da cuenta de una vulnerabilidad ética, con serias dificultades para asumir la propia autonomía, y en consecuencia, interactuar con los otros en una sana convivencia.

La idea nodal es que se ha desdibujado el “valor” de la institución familiar como primaria y primera educadora de valores para la vida.

A partir de este desdibujamiento, le cabe a la institución escolar trabajar con niños, adolescentes y jóvenes (debilitados) para asumir los requerimientos de cada uno de los niveles del sistema, aunque tempranamente participen del atractivo mundo que la tecnología les ofrece.

Esta mirada hacia una familia supuestamente deficitaria en la formación y acompañamiento axiológico, no es privativa de un sector de la población. El trabajo permanente con docentes descubre esta constante, que alcanza a los contextos de pobreza y exclusión tanto como a los otros que tienen sus necesidades básicas satisfechas.

Desde un análisis existencial el valor aporta la definición de la propia identidad, otorga sentido a los proyectos y orienta el camino del ser hacia el deber ser.

En la matriz familiar, los seres humanos aprendemos a configurar la imagen de nosotros mismos, la imagen del mundo y los vínculos que definen la relación del yo con la realidad.

Conductas, hábitos y actitudes se desarrollan en torno a la asimilación y el compromiso con los valores.

Si no hay presencia y acompañamiento de los adultos significativos en la familia, es muy difícil experimentar el respeto, la solidaridad, el cuidado del otro y la noción del bien común como sentido para interactuar, compartir y convivir.

El plato de comida compartido en la mesa familiar simboliza la asimilación “proteica” que trasciende el orden nutricional del orgánico. Mientras no existan políticas concretas e integrales en defensa de la familia, la sociedad vivirá en riesgo permanente.

La educación de los seres humanos debe ser priorizada como camino de humanización que comienza en la familia y se desarrolla en las aulas y con otros agentes sociales.

La pobreza, el abandono y la exclusión no podrán superarse con estrategias asistencialistas, que lastiman la dignidad de los seres humanos, fomentan la dependencia y vacían de sentido los proyectos y la cultura del esfuerzo.

Familia y escuela deberán ser rescatadas como espacio axiológico de crecimiento, desarrollo y formación de las competencias humanas del vivir y convivir, capaces de construir una auténtica ética de la vida.

En este mundo signado por la complejidad habrá que desandar caminos y proponer otros en los que el “ethos de la vida” vuelva a resignificar las acciones humanas.

Si no detenemos la marcha para “pensar” y “hacer”, desde los lugares pertinentes, cada vez nos resultará más difícil encarar los caminos éticos para orientar y definir los compromisos con la vida, para nosotros y las generaciones futuras.

El ámbito de los planteos bioéticos no puede desplazarse hacia las decisiones de quienes ejercen desde sus despachos, acciones que en algunos casos atañen a problemas complejos inherentes a la vida de las personas.

Reafirmar, sostener y rescatar los perfiles morales y éticos en la formación humana es un desafío que nos convoca a todos y cada uno de nosotros.

EL DERECHO DE LA SALUD ANTE UNA NUEVA ERA HISTÓRICA

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI *

Resumen: Se utiliza el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico para mostrar la conveniencia de referirse, sobre todo ante el desarrollo de los derechos humanos y en una nueva era, al Derecho de la Salud, más amplio que el derecho “a” la salud, como rama jurídica “transversal” que enriquece los planteos de las ramas jurídicas tradicionales.

Palabras clave: Derecho de la Salud - Bioderecho - Integrativismo - Tridimensionalismo - Teoría trialista del mundo jurídico - Ramas del mundo jurídico - Nueva era.

Abstract: The tridimensionalist integrativism of the Trialist Theory of the Juridical World is used to show the desirability of referring to Health Law –especially considering the development of human rights and in a new era–, which is broader than the right “to” health, as a “crossing” legal branch that enriches the proposals of the traditional juridical branches.

Key words: Health Law - Biolaw - Integrativism - Tridimensionalism - Trialist Theory of the Juridical World - Branches of the juridical world - New era.

El objetivo de nuestra exposición nos presenta tres elementos para ser integrados en un determinado equilibrio: “Salud”, “Derecho” e “Historia en una nueva era”.

No voy a referirme a la *Historia* en general, porque lo he hecho en otras oportunidades en este medio, pero sí he de hacer presente que a mi parecer no es insostenible afirmar que el hombre es un animal histórico. A mi entender, y no es una novedad decirlo, quien no sabe Historia no sabe Derecho. En parte, también lo expresó recién el profesor Francisco Parenti. Sin embargo, las nociones de Historia, Salud, y Derecho que manejamos son construcciones que se van produciendo en la Historia y varían según las culturas y los individuos.

Considero que vale hacerlo presente: vivimos una *nueva era histórica* que, como tal, es más que una simple edad. La variación de era es mucho más que un cambio de edad histórica. Ella se debe sobre todo a las posibilidades tecnológicas en el marco de la

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

genética humana; el cambio en el patrimonio genético de la humanidad es una enorme revolución en la Historia, como nunca ocurrió en lo que se sabe de la vida de las especies. Por primera vez una especie puede dirigir casi radicalmente su porvenir.

El complejo *Salud* es, muy claramente, algo por “descubrir” o incluso algo cuyo concepto también se ha de construir, pero con enormes dudas. Considero que se trata de una construcción muy difícil, incluso porque los límites de lo inanimado y lo animado son con frecuencia borrosos, pero tal vez sobre todo porque la idea de Salud está hoy insatisfactoriamente prisionera de la Medicina, y ésta, a mi juicio, con sentido a veces pernicioso, está muy relacionada al modelo biológico e incluso individualista y mecanicista.

Se trata de la Medicina concebida sólo como una “ciencia natural” más, en muchos aspectos empobrecida por la radicalización de las ideas individualistas y mecanicistas que predominaron en el momento más “constitutivo” del campo médico. Mucho se debe a quienes aportaron las relaciones de la Medicina con las ciencias naturales y la experimentación e incluso el sentido de la individualidad que predominó durante largo tiempo. Mucho se debe a una tradición que encuentra raíces en Hipócrates y culmina en figuras como las de Paracelso, Vesalio, Locke, etc., pero también hay que tener en cuenta los aportes de las Humanidades y las Ciencias Sociales, que mucho crecieron a partir del siglo XIX. Es más, la Salud excede el no estar enfermo. La Medicina se ocupa de la Salud de una manera principal, pero ni siquiera en su modelo superador de las actuales limitaciones agota el problema de la Salud.

La manera hoy predominante de construir la noción de Salud implica el concepto de orden, que a muchas personas les resulta satisfactorio, aunque a otras nos parece mutilador. La Salud y la vida exceden el orden y la “normalidad”. Los conceptos responden a intereses y en este caso hay personas muy satisfechas con el concepto médico biologista y también mecanicista e individualista, que se acerca más a la “Salud” de los integrantes de los grupos dominantes; a mí no me parece suficiente.

Volviendo al problema médico, hay que reconocer que integrar no es negar, ni establecer dominaciones inversas a las que se desea superar, y es relevante prevenir que lo que suele ocurrir cuando hablamos de la Medicina no biologista e incluso no mecanicista e individualista es que en ciertos casos caemos en la Medicina que ya no cumple con los requisitos, con las expectativas mínimas de la sociedad, porque en esos casos a veces los médicos saben Antropología pero no saben “curar”, lo cual no es la solución.

El camino es, a nuestro parecer, una *complejidad pura* que supere, no ignore los aportes de la Medicina ahora tradicional. Esta construcción les requerirá el precio de elevarse progresivamente por *sobre* el nivel biologista, mecanicista e individualista, no al

costado, para que algún día haya médicos con la “cabeza” integrada, médicos integrados. Es más, para que un día haya especialistas en Salud con la cabeza integrada. La Medicina es una actividad profesional tridimensional que, como profesión se inspira en un valor específico que es la Salud, en la Verdad de su saber y en la Utilidad, pero a nuestro parecer en la Medicina no se agota el problema de la Salud.

La idea de Salud que pretendo construir es muy compleja. Me parece que no hay que apartarla de la Medicina biológica, mecanicista e individualista, pero debe cambiar su concepto formando integradamente, como decimos, el plexo “Salud”. Estimo que a esa superación tiende, aunque de manera muy discutida, la Organización Mundial de la Salud, con su concepto de Salud. Algunos lo admiten, otros dicen que es demasiado amplio o reducido, pero marca un camino diferente. Me toca dirigir el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, que tiene áreas de Derecho de la Salud y de Bioderecho y un becario doctoral del CONICET que hace su tesis en Derecho de la Salud y aprecio las dificultades enormes que se encuentran para construir la noción de Salud. Diría, a lo mejor, necesitamos un médico y un especialista que vuelvan de alguna manera al paradigma hipocrático, pero con todo el acervo ahora de cierto modo milenario de la “Medicina científica”.

En este caso, procuro construir una noción de Salud aprovechando el modelo del *integrativismo tridimensionalista trialista* que ustedes conocen y trataré de contar en cuanto es necesario en esta circunstancia. El integrativismo tridimensionalista trialista no se refiere exclusivamente a la normatividad, la realidad social o los valores y construye el objeto jurídico con los tres enfoques. El reconocimiento trialista de la Salud lleva al reconocimiento de la especificidad del *Derecho de la Salud* y, paralelamente, del Bioderecho. El Derecho de la Salud se ocupa de todas las cuestiones jurídicas vinculadas a la Salud, el Bioderecho de las cuestiones jurídicas de la Bioética.

La Salud *hace particulares* todos los problemas jurídicos. Como una primera aproximación, vale señalar que siempre, y ahora de manera especial, un médico y un enfermo no son administrados ni contratantes indiferenciados, que una medicina no ha de ser una simple mercancía y que el cierre de un hospital no es análogo al de cualquier oficina administrativa, ni el de un sanatorio equiparable al de cualquier empresa.

No se pretende sacar a la Salud de los ámbitos problemáticos del Derecho Constitucional, Internacional Público y Privado, Administrativo, Penal, Procesal, Civil, Comercial, del Trabajo, etc., pero sí mostrar que, sobre todo en nuestro tiempo, se requiere asimismo una lectura “transversal” de los aspectos jurídicos de la Salud que enriquezca todas esas perspectivas ya establecidas.

En la *dimensión sociológica*, el trialismo refiere el objeto jurídico a adjudica-

ciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida. Estas adjudicaciones son originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar o son producidas por la conducta de seres humanos determinables. Las primeras son denominadas distribuciones; las segundas son llamadas repartos. Tenemos así un gran problema, de cierto modo inicial: la relación de la Salud con la *naturaleza*. ¿En qué medida la naturaleza influye en el desarrollo y la pérdida de la Salud? Se ha pensado la salud en relación de mera oposición a la enfermedad (no firmeza) natural. Sin embargo considero que esa enfermedad, sobre todo la “no firmeza” tradicional, es sólo un despliegue de la falta de salud.

Luego hay que considerar la relación de la Salud con las *influencias humanas difusas*, con el obrar humano difuso. La Salud es un fenómeno vinculado, por ejemplo, a la religión. En cada idea de religión subyace una idea de Salud y, por ejemplo, cosas que para nosotros, los occidentales, pueden ser enfermizas, para un musulmán pueden ser saludables o a la inversa. Me parece interesante establecer la trama entre Salud y religión.

Otra vinculación problemática relevante es la que puede establecerse entre la Salud y la Economía. Evidentemente, cada sistema económico tiende a construir una idea de Salud y a influir en su desarrollo o su pérdida. Para nuestra cultura occidental, un hombre sano es, sobre todo, un hombre que se adecua a las necesidades del sistema capitalista. Un hombre no está “sano” en el sistema actual, y lo estoy diciendo con cierto sentido crítico, si no se puede adaptar al paradigma de las necesidades de la producción, la distribución y el consumo. En cambio, en otras culturas un hombre está sano si, por ejemplo, tiene músculos muy fuertes, cosa que en este tiempo en Occidente casi no se necesitan.

¿Nosotros “optamos” por construir la noción de Salud o ésta es resultado de tales fuerzas que nos exceden? ¿Somos libres o creemos que somos libres cuando construimos la idea de Salud y procuramos realizarla? Si somos libres, se nos hace necesaria la idea de reparto. Si hay conducción, entendemos que hay es reparto.

En la consideración del reparto aparecen los *repartidores*, los *recipiendarios*, los *objetos*, las *formas* y las *razones*; en este ámbito, en cuanto producen potencias e impotencias de Salud.

El médico ha sido y todavía es un gran *repartidor*, un gran constructor de la idea de salud y de su realización. En nuestro tiempo también lo son los pacientes. Quizás algún día se desarrolle el papel conductor del sanitarista. Pero hoy, además, aparecen los protagonistas del mercado constituyendo y realizando la idea de salud; por ejemplo lo hacen los empresarios de la salud; sus empresas van desde los laboratorios hasta las empresas de moda. ¿Qué es ser sano? Ser gordito es ser enfermo, ser flaco, al tiempo de

morir de delgadez es ser sano, ¿quiénes dijeron que eso es ser sano? ¿Cuándo eso que se plantea como sano me hace sano o enfermo según los criterios que considero aceptables? Me parece que hay una gran cantidad de repartidores sorprendentes; que habría que decir quiénes construyen la idea de salud e influyen en su realización o no realización.

Luego están quienes son los que reciben la idea de salud y sus concreciones, es decir, son *recipiendarios*. Estos individuos son muy diversos. Creo que cualidades de los hombres que nos resultan muy valiosas pueden quedar bloqueadas por la idea presente de Salud. Se “es” sano si se responde a ciertas expectativas predominantes. Tal vez San Francisco de Asís, al elegir la pobreza, hoy sería un hombre enfermo; quizás también lo sería Madame Curie cuando opta por sus investigaciones. Me parece que es importante determinar la selección que hacen el mercado y sus conductores admitiendo la diversidad sólo cuando se adecua a sus necesidades.

En cuanto al *objeto* del reparto: ¿qué es tener salud, de cierto modo ser “sano” y qué es ser “enfermo” y cómo se producen las concreciones al respecto? Lo que en el siglo XIII y en el siglo XIX era sublime, en el siglo XXI puede ser enfermo. Como hemos dicho, hay que saber quiénes construyen respecto de la Salud, quiénes se benefician y perjudican, pero asimismo ¿qué es la Salud, al menos qué construimos como Salud? La Salud es tener un cuerpo que funciona bien, una mente que funciona bien, una buena inserción social, vivir en bienestar, vivir feliz...

En cuanto a la *forma*: ¿cómo se determina la idea de ser sano, incluso cómo se establece la idea de ser enfermo? ¿Hay audiencia? El siglo XX ha logrado construir la idea de Salud con un grado de audiencia bastante importante, pero me parece que no es suficiente. La idea de Salud es algo determinado por ciertos sectores que escuchan a quienes les conviene escuchar, sobre todo el mercado escucha a quienes le conviene escuchar. Como resultado, en muchos aspectos no hay audiencia.

Otro problema que me parece interesante es el de las *razones* de los repartos, que abarcan los móviles, las razones alegadas y las razones sociales. En primer término vale atender a los móviles de la construcción de las ideas de Salud y enfermedad. ¿Es la construcción de las ideas de Salud y enfermedad móvil en sí misma? ¿Es la Salud un móvil en sí mismo? ¿Somos sanos porque queremos ser otra cosa? ¿Hay que ser sano para ser consumidor? ¿Se procura ser sano para estar ocupado? ¿Hay que ser sano para ser científico? A mi parece que aquí otra vez aparece algo, un móvil, que hay que desenmascarar, por ejemplo, los móviles de las empresas comerciales que construyen una idea de salud respondiendo a sus intereses.

Al menos aparentemente, la idea de Salud es una idea que la sociedad tiene como buena en su discurso, es más o menos razonable para la sociedad hablar de ella.

Creo que hoy es más razonable hablar de Salud que de santidad. En el siglo XIII, a lo mejor acosados por las muertes masivas, los occidentales se proyectaban a un mundo del más allá y cabía más hacer un discurso de santidad que uno de salud. Ustedes se imaginan que San Francisco no hubiera obtenido el sorprendente auditorio que logró si hubiera propuesto “seamos sanos”, les dijo que fueran santos. Un discurso de Salud es más o menos recibido en una sociedad. Me parece que por fortuna en Occidente nos hemos despegado de algunas ideas muy absorbentes y la Salud hoy es tenida por buena, es razonable, aunque no sepamos bien qué es ser sanos ni siquiera no estar enfermos.

Los repartos pueden ser autoritarios o autónomos. La definición de la idea de Salud e incluso de enfermedad es un fenómeno de *autoridad* incalculable. El que puede definir lo que es ser sano, sobre todo en nuestra cultura, tiene un poder incalculable. Sin embargo, en nuestros días hay, al menos en apariencia, cierta *autonomización* de los repartos respectivos.

Los repartos se *ordenan* a través de la planificación, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, y de la ejemplaridad, desenvuelta según la razonabilidad.

Como la sociedad sostiene que se debe ser sano, tener la posibilidad de *planificar* al respecto posee una descollante importancia. Por ejemplo: una planificación acerca de la salud y la admisibilidad sexual es, en gran medida, una planificación social. El cambio de la razonabilidad social en tal sentido ha significado una gran mutación social.

Vale referirse específicamente también al orden según la razonabilidad, es decir, la *ejemplaridad*, que despliega espontaneidad y se concreta en parte en la costumbre. ¿Qué es lo que la costumbre considera Salud? La idea de Salud “vive”. Por ejemplo, a lo mejor, la mujer que según crónicas de estos días mató a su hijo y lo puso en el colchón, en realidad no percibía el valor Salud, porque la sociedad lo construyó de otra manera. Habría que tener en cuenta las costumbres de esos pueblos que poseen una idea de Salud diferente. O sea: vale considerar ¿quién es esa persona que tengo frente a mí y qué idea de Salud posee? Si yo le impongo mi idea de Salud, es muy posible que le esté imponiendo, por correspondencia, mi esquema de poder y mi propio grupo.

En gran medida, la Salud y la enfermedad son piezas del *orden* y del *desorden*. La planificación y la razonabilidad del siglo XIX establecían con cierta energía que Van Gogh era un enfermo; hoy, afortunadamente, la laxitud permite decir que Van Gogh no era un enfermo, sino un hombre quizás sano y seguramente descollante. Hay un poder detrás de la autoridad y la planificación en materia de Salud, un poder intangible en la sociedad. “Usted debe ser tal cosa o tal otra; si Usted no lo es, no es sano, quizás es enfermo”. Me parece, por ejemplo, que las ideas de Foucault sobre la locura en la época

clásica son típicamente el reconocimiento de la idea de ese enfermo que no se adecua a los modelos con que se establecen el control social, el poder social.

Hace muchos años realizamos unas Jornadas sobre la idea de *normalidad*. La idea de normalidad es un enorme paradigma autoritario y de planificación, cuando la sociedad establece qué es normal, ejerce poder de manera abrumadora. Yo siempre he amado a los anormales, porque me gusta romper los moldes de la normalidad. Le temo a la idea de normalidad, como le temo a la misma idea de Salud. ¿Qué cosa es ser sano? Es muy difícil responder. Importa estar sano y al propio tiempo nos sirve estar sano, pero... No puedo imponer a los demás lo que tampoco sé para mí. Yo voy viviendo y me preocupo por ciertos parámetros que llamo de Salud, mas no quisiera imponérmelos a mí ni imponérselos a los demás...

Adelantándome a la dimensión dikelógica (que en este caso podría tal vez remitir, asimismo, a la divinidad Higea, diosa de la Salud, o a Asclepio, dios de la Medicina –Esculapio para los romanos–), podría decir que –al menos para mí– el *hombre*, es más, la *vida humana*, son más que la Salud. El hombre es un ser cognoscible y no suficientemente conocido, que forma y de cierto modo vive la idea de Salud.

Es peligrosa la idea de Salud “cerrada”. Tal vez pueda decirse que la Salud es algo como la Justicia, sabemos que hay o por lo menos nos importa muchos referirnos a ellas, pero no sabemos qué son.

El orden en camino de la justicia pacífica, de cierta manera es paz y la Salud, según la construimos, tiene una fuerte relación con la *paz*. Tal vez no sea por azar que el nombre de Imhotep, primer médico egipcio, real o mítico, quería decir el que avanza, viene o llega en paz.

Los repartos tienen *límites necesarios*, producidos la naturaleza de las cosas. Ellos son principalmente físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos y socioeconómicos, pero también hay relevantes límites especiales para los proyectos cuando se trata de cuestiones vitales. La Salud encuentra un límite tradicional en lo que llamamos enfermedad.

Los repartos de Salud suelen hallar límites físicos notorios. Los médicos e incluso grandes sectores de la sociedad son a veces prisioneros psíquicos de la idea de Salud, creen entonces que mantener a una persona sana es mantenerla medicada aunque sea en situaciones casi de muerte. En esos casos aparecen por un lado el encarnizamiento terapéutico y por otro la gente que va a pedirle al médico, y luego al juez, que le reconozcan su derecho a morir. Yo mismo fui prisionero del modelo biologista, porque mi querida madre agonizaba en estado de coma terminal e hice que la mantuvieran con vida, al menos respirando, desesperadamente, porque identificaba su vida y quizás su Salud con eso que le estaba sucediendo. Pretendí mantener vivo un cuerpo que ya no

servía para la Salud, y tal vez volvería a hacerlo. A lo mejor, mi madre no hubiera querido que yo procediera así. Los límites sociopolíticos y socioeconómicos de la Salud son también notorios, al punto que muchos millones de personas mueren por falta de recursos, incluso sin que medie la decisión de evitarlo. Los límites necesarios suelen ser expresión de la constitución material formada por el juego de los factores de poder y esto se evidencia, v. gr., en el papel que a menudo tienen las grandes empresas de medicamentos. En cuanto a los límites especiales, cuando las cuestiones se hacen vitales, los proyectos se replantean; por esto a veces se discute la viabilidad de las disposiciones respecto de la Salud, v. gr. las disposiciones “vitales” (“testamentos vitales”).

En la *dimensión normológica*, el *trialismo* se refiere a normatividades que captan repartos proyectados, describiéndolos e integrándolos. Cuando las normatividades tienen carácter “promisorio” son llamadas normas. Dado el carácter promisorio de las normas, mucho importa su cumplimiento, es decir su *exactitud*. En cuanto a las numerosas normas del Derecho de la Salud, tiene destacada importancia la exactitud y es relevante señalar que muchas de ellas no se cumplen.

Como juicios que son, las normas se componen de antecedentes que captan el sector a reglamentar y consecuencias jurídicas que captan su reglamentación. Cada una de ellas tiene características positivas que deben estar presentes y características negativas que han de estar ausentes para que las normas se cumplan. A nuestro entender, la Salud, frecuente problemática de las normas, puede ser preservada en una característica negativa de todas ellas: ninguna norma debe cumplirse si afecta a la Salud debida de las personas (orden público de Salud).

Las normas tienen como *fuentes formales* autobiografías de los repartos: constituciones formales, tratados, leyes, decretos, resoluciones administrativas, sentencias, contratos, etc. El número y la jerarquía de las fuentes formales de normas del Derecho de la Salud se han incrementado sorprendentemente, en los ámbitos interno e internacional.

Para que los repartos proyectados captados en las normas se realicen es necesario que éstas funcionen. El *funcionamiento* de las normas es un complejo de tareas que abarca el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis. Todas estas tareas suelen quedar afectadas por las particulares exigencias de la Salud. Un despliegue muy interesante es, por ejemplo, la posibilidad de rechazar una norma cuando produzca consecuencias “disvaliosas” de injusticia en cuanto a la Salud (carencia o laguna “dikelógica”).

Me parece que el despliegue de la Salud, como se dijo ayer reiteradamente, necesita *principios*. No podemos usar sólo reglas generales especificadas para resolver problemas que son muy graves en cada circunstancia. Por eso además de legisladores

necesitamos jueces y Comités de Bioética, porque, como expresaban ayer, el Derecho no debe aislarse de la Ética; si no hay Ética el derecho no funciona. Ayer hablé de una Ética del complejo de pronombres personales y en momentos volveré sobre el tema: tiene que haber una Ética del “yo”, el “tú”, el “él”, el “nosotros”, el “vosotros” y el “ellos”. Sin esos pronombres es muy difícil una Ética de la Salud y de la vida, es muy difícil que el Derecho pueda hablar de ella.

Cuando las normas confluyen en una realidad donde no caben, se necesita la tarea de síntesis. Esta se presenta, por ejemplo, en los conflictos de la asignación de recursos.

Los encargados del funcionamiento de las normas son en gran medida los jueces, pero en el ámbito de Salud aparecen también con gran significación los médicos y los administradores sanitarios. Entre autores de normas y encargados del funcionamiento suelen presentarse importantes conflictos, también en el Derecho de la Salud.

Las normas captan la realidad de los repartos mediante conceptos que les dan precisión y los integran con sentidos. Salud, médico, dentista, enfermero, enfermo, hospital, sanatorio, medicamento, quirófano, etc. son algunos de los *conceptos* muy relevantes en el despliegue de la Salud. Los conceptos pueden ser más institucionales, cargados de ideas e indisponibles para las partes o negociales y disponibles. Lo propio ocurre con los conceptos referidos a la Salud que acabamos de señalar. Hasta no hace mucho, la idea de Salud era uno de los más institucionales, es decir, un concepto que se imponía a las personas. A mi parecer, afortunadamente la Salud hoy es más negocial y cada persona puede construir para sí qué es estar sano; tenemos una autonomía mucho mayor.

Aunque sabemos que hay ideas ocultas que la sociedad pone en la cabeza de la gente sin que ésta lo sepa, estimo que la referida autonomía es valiosa. Además, siempre hay que tener mucho cuidado con la demasiada institucionalización de la idea de salud, porque las instituciones son ideas y, como ideas, pueden devorar a las personas.

Dada la gran complejidad de la causalidad de la Salud, gran parte de las obligaciones al respecto son *de medios*, no de resultados.

El orden de repartos es captado por un *ordenamiento normativo* que abarca diversos subórdenes. Importa construir el *subordenamiento normativo* de la Salud para tener en cuenta sus especificidades, que orientan interna y externamente preferencias analógicas y de principios generales.

La *dimensión dikelógica* somete a los repartos y las normas a un complejo axiológico en el cual se destaca la *justicia*. Sin afirmar o negar que existan valores naturales u objetivos, creemos que es posible arribar, respecto de los valores, a consensos en base a las cuales puedan desarrollarse razonamientos de rigor. Además de la justicia, a nuestro entender ocupan lugares destacados en ese complejo la Salud, la Utilidad, la

Verdad, la Belleza, la Santidad, etc. Las referencias a la Salud contribuyen a identificar al Derecho de la Salud. Atendiendo a la remisión griega a Higea, diosa de la Salud, quizás pueda hacerse referencia a un despliegue valorativo “higielógico”.

Tomando en cuenta los ámbitos y niveles que se les adjudiquen, los valores pueden estar en relaciones de coadyuvancia y de oposición, de carácter legítimo, o de secuestro, en que un valor se atribuye ilegítimamente el material estimativo de otro. Es importante que la Salud y la Justicia guarden relaciones legítimas y, en especial, en nuestro tiempo, que la Utilidad no secuestre el espacio que corresponde a aquéllas. El Derecho de la Salud requiere un importante grado de coadyuvancia por integración de la Justicia y la Salud. Ambos valores necesitan en gran medida de la Utilidad, sobre todo en días de enorme costo de las investigaciones y las prestaciones médicas, pero están con frecuencia sometidos a secuestros de su material estimativo por la Utilidad.

Un problema relevante es el de la aceptación o no del valor *humanidad*, es decir, del deber ser de lo humano, con prescindencia de todos los otros valores. Las vinculaciones entre los otros valores dependen mucho de ello. Por ejemplo, en nuestro caso es relevante para la Justicia y la Salud saber cuánto vale un hombre que, al menos hipotéticamente, no tiene ningún otro valor.

Un gran problema de este tiempo es la gente “inútil”, en este caso de manera principal la Salud de la gente “inútil”. Yo creo que el sistema va a terminar programando la vida, sobre todo genéticamente, para que no exista; o matándola. No se quiere y tal vez no se puede mantener la Salud de gente “inútil”. De cierto modo, es un capítulo muy radicalizado de la tragedia de la excesividad de la vida respecto de los modelos culturales, sean económicos, religiosos, etc. El sistema capitalista se cierra, mantiene un índice de vida de reserva, y luego tiende a deshacerse de ella.

Este es, a menudo, el problema del “piquetero”. El piquetero es “inútil”, pero vive, y el sistema no sabe muy bien qué hacer con él. A menudo se realiza, lamentablemente, una manipulación política de una cosa profunda. Tal vez el gobierno argentino “use” a los piqueteros, pero el sistema no los necesita, y esto es, de diversas maneras, un problema que me parece mundial, no un problema sólo de la Argentina. Están allí y no “sirven” en un sistema que no comprende a la inutilidad, que descarta a lo que no sirve. En el sistema todo tiende a convertirse en mercancía, pero la vida inútil, en tanto se mantenga tal, no lo es.

Alguna vez escribí en relación con estas cuestiones un trabajo de Bioética que denominé “Una cuestión axial del Bioderecho: la posición del jurista en la tensión actual entre economía y vida “inútil””.

Siguiendo ideas de Aristóteles pueden recorrerse diversos caminos para el

pensamiento de la justicia que es posible denominar clases de justicia. Entre esas *clases de justicia* hay varias parejas especialmente vinculadas a la Salud. Por ejemplo, son interesantes las sendas de la justicia consensual y extraconsensual; con o sin consideración de personas (de personas o de roles); simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparabilidad de las potencias y las impotencias); monologal y dialogal (de una o varias razones de justicia); conmutativa y espontánea (con o sin “contraprestación”); “partial” o gubernamental (desde la parte o el todo); sectorial o integral (hacia parte o el todo); de aislamiento o de participación y particular o general (en este caso, dirigida al bien común). Nuestro tiempo se encamina a pensar la Salud de manera más consensual y, si bien en general avanzan la justicia sin consideración de personas, simétrica (en relación con la simetría que brinda la moneda) y monologal (económica), hay cierta tendencia a la justicia con consideración de personas (por la no discriminación), asimétrica (con el reconocimiento de la incomparabilidad de la Salud), dialogal (por las diversas aspiraciones a la Salud), espontánea, gubernamental, integral, de participación y, tal vez, general.

¿Se ha de considerar a los hombres sanos para determinados roles o más allá de ellos? ¿Se es sano sólo para ser alumno, profesor, investigador, jardinero, comerciante, etc. o hay una Salud que excede los roles, referida a la persona?

¿La Salud es fácilmente simetrizable, tiene precio? ¿Cómo debe indemnizarse? La Justicia dialogal vincula a la Salud con los problemas de asignación de recursos. ¿Sólo debe adjudicarse Salud mediante “contraprestación”? A nuestro parecer, existen fuertes títulos para fundamentar servicios de Salud gratuitos. La voz popular dice que la Salud no tiene precio, pero en ciertos ámbitos capitalistas se cobra muy significativamente, es decir, se cobran los medios al respecto.

Como la justicia particular caracteriza en gran medida al Derecho Privado y la justicia general identifica en mucho al Derecho Público y hay dudas acerca de la Justicia de la Salud en uno u otro sentido, también hay dudas acerca del carácter *privatista* o *publicista* del Derecho de la Salud. Vale preguntarse incluso cuánto los servicios de Salud deben ser privados o públicos. A mi parecer, al menos debe existir un sistema público básico y eficiente respecto de la Salud. Es notoria, además, la problemática de la Salud Pública.

Otra clasificación de la Justicia se refiere a la partida y la llegada. En la primera se proyecta lo que se tiene hacia el porvenir; en la segunda desde el porvenir deseado se ajusta lo que se tiene. ¿En qué medida la Salud es un problema en que con criterio de *partida* hay que prolongar lo que tenemos y cuánto la Salud es una cuestión en la que con sentido de *llegada* hay que hacer prevalecer el futuro deseado? ¿Cuánto hay que realizar tratamientos que no llevan al éxito futuro? ¿Cuánto ha de prevalecer la vida de un

anciano o la de un niño?

Otra cuestión de la Justicia es la *equidad*, que lleva a pensar en ella en el desenvolvimiento de la Salud.

La Justicia es una categoría “pantónoma”, referida en el Derecho a la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras. Como esa totalidad nos es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de “fraccionarla” logrando *seguridad jurídica*. Un debate muy significativo es el de los alcances de la Salud, para muchos es una categoría “monónoma”, referida a cada caso, sin embargo, la intergeneracionalidad, las epidemias y las pandemias contribuyen a sostener la posición de que tiene ribetes “*pantónomos*”, referidos a todos los casos.

La Justicia se refiere a *complejos* personales, materiales y temporales y lo propio ocurre con la Salud. ¿En el aspecto personal, la Salud es una “empresa” individual o colectiva? ¿Cuáles son sus alcances materiales? ¿Cuánto dura? Cuando hablamos de estar sanos generalmente nos referimos a fraccionamientos. A veces se dice que “estar sano” es el resultado de no haber sido suficientemente estudiado. Proyectándose al futuro en general, aparecen los despliegues preventivos de la Salud, por ejemplo, en la Medicina preventiva. El nombre de Koch e incluso los de Jenner y Pasteur mucho significan a este respecto.

La pantonomía de la Justicia se refiere a los alcances de las consecuencias. Importa saber cuáles son los alcances de las *consecuencias* de lo que se hace respecto de la Salud. Retomando el tema de los pronombres personales, la Salud es, en alguna medida la mía, la tuya, la de él, la nuestra, la vuestra y la de ellos. Mucho de lo que hemos planteado en las dimensiones sociológica y psicológica presenta un problema de mayor generalidad y “socialidad” o mayor particularidad e individualidad de la problemática de la Salud. De algún modo, en la Salud hay una cuestión de supervivencia no sólo del individuo sino de la especie. La Salud de unos está, en alguna medida, en la de los otros. Tal vez, sin embargo, para “soltar la Historia”, hoy se prefiera a menudo hacer más referencia a la “propia salud” del sujeto. Una pregunta de mucho valor es la que se refiere a la sustentabilidad de esta Salud recortada.

La relación de la Salud con la *seguridad* es muy estrecha. Para estar seguro hay que estar sano e importa asegurar la Salud. Este es un problema fundamental; el aseguramiento de la Salud es un cometido individual y social. La persona tiene seguridad si está sana y tiene que tener seguridad para estar sana.

Un tema de especial debate es el del contenido de la Justicia. Werner Goldschmidt propuso con carácter objetivo y natural el *principio supremo* de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir convertirse en

persona. Este principio podemos adoptarlo como *base de un consenso* que también permita desenvolvimientos rigurosos. En relación con él pueden pensarse repartos y regímenes justos, en este caso, en relación con la Salud.

En cuanto al reparto, hay que avanzar en las ideas de repartidores, beneficiarios, objetos, formas y razones justas, en este caso, obviamente, respecto de la Salud.

La justicia de los *repartidores* se basa de modo principal en la autonomía (acuerdo de todos los interesados) y relativamente en sus figuras relacionadas de paraautonomía (acuerdo en cuanto a la calidad de repartidor), infraautonomía (acuerdo de la mayoría) y criptoautonomía (acuerdo que brindarían los interesados en caso de conocer lo que se hace). Por otra parte existe la legitimación aristocrática (superioridad moral, científica o técnica). La legitimación para la Salud se ha basado tradicionalmente en la aristocracia médica, con especial afinidad con la beneficencia y la no maleficencia, pero hoy ha avanzado mucho la autonomía de los pacientes. Es más, también hay despliegues de legitimación democrática. Las relaciones de legitimación autónoma, democrática y aristocrática respecto de la Salud son interesantes y a veces tensas. ¿Tiene la sociedad derecho a discutir y definir lo que es Salud o ha de resultar esto de un diálogo entre el médico y el paciente? A menudo, además, el médico –por ejemplo en la soledad del quirófano– ha de actuar como repartidor criptoautónomo.

Un tema relevante es el de la *responsabilidad* de los repartidores, en este caso más particular o social. ¿En qué grados se es responsable por la Salud individual o social y de maneras individual o social?

La legitimación de los *beneficiarios* depende en gran medida de las necesidades o la conducta, es decir, de los merecimientos o los méritos. El debate al respecto en cuanto a la Salud, por ejemplo en la adjudicación de recursos, es intenso y significativo. Entre los principios del Derecho de la Salud y el Bioderecho han de estar los de protección de los hombres como sujetos de Salud (estén o no enfermos) y de los operadores de la Salud (por ej. los médicos).

La justicia del *objeto* presenta *objetos* dignos de ser repartidos, es decir, “repartideros”. Entre ellos ocupa un lugar destacado la *vida*, con sus proyecciones de dar vida y quitar vida, con referencia a uno mismo o los demás. Esto se vincula con problemas fundamentales de la problemática de la Salud. Es obvio que, en nombre de la Salud, no puede pedirse un viaje a Tailandia para mejorar las condiciones psíquicas, como se indicó en estas Jornadas. Sin embargo las cuestiones de Salud poseen una importancia descomunal. En ellas va lo que quizás más nos importa, la tensión entre los instintos básicos de vida y muerte, en nuestros días muy relacionados con las condiciones tecnológicas. Uno de los principios muy significativos de nuestras ramas jurídicas es,

precisamente, el de preservación y desarrollo de la vida humana.

Temas relevantes son la forma y las razones debidas en los repartos. La forma se vale de la audiencia, las razones hacen a su fundamentación. Ambas temáticas son relevantes en las cuestiones de Salud. La *audiencia* de los beneficiarios de la Salud, por ejemplo los pacientes, es muy significativa. Asimismo es importante la audiencia en temas de Salud Pública. También es muy relevante la *fundamentación* de los repartos de Salud, por ej. los repartos médicos. Estas cuestiones se relacionan de manera estrecha con el consentimiento informado.

Para ser justo el *régimen* ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, es decir, debe ser *humanista* y no totalitario. Las exigencias humanistas del régimen en cuestiones de Salud, donde a menudo las personas son mediatizadas, son muy importantes. El ámbito que nos ocupa es muchas veces un espacio de mediatización de los más débiles en aras de la experimentación. El humanismo ha de ser preferentemente abstencionista y excepcionalmente intervencionista (paternalista). Esto se vincula con la autonomía que debe reconocerse al paciente y al sujeto de Salud en general.

Para ser humanista el régimen debe respetar la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres. La Salud, según la concebimos, es *única* en cada hombre, *igualitaria* y *comunitaria*. La Salud de cada hombre tiene caracteres muy específicos. Nadie, sean cuales fueran sus condiciones, debería morir o sufrir por causas que de acuerdo al estado tecnológico podrían evitarse. Las posibilidades tecnológicas de nuestro tiempo favorecen la planetarización, pero ésta no debe resolverse en términos de globalización/marginación sino de universalización respetuosa de los individuos y los pueblos. Uno de los despliegues de la *universalización* ha de ser el reconocimiento de la Salud planetaria en la unicidad, la igualdad y la comunidad, en este sentido, de la *comunitarización de la Salud* como empresa de la especie.

Con miras a la realización del régimen justo se ha de proteger a cada individuo contra los demás como tales y como régimen, respecto de sí mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, desempleo, soledad, etc.). Mucho de esta *protección* se relaciona con la realización de la Salud. El amparo del individuo contra el régimen se concreta de modo particular en el debilitamiento del régimen y el fortalecimiento de los individuos a través de los derechos humanos, que constituyen uno de los pilares de la eticidad de nuestro tiempo. El debilitamiento del régimen ha de lograrse, por ejemplo, a través de la división de poderes y la constitución de entidades autónomas. También es relevante la *división de poderes* y la *autonomía* en materia de Salud, pero a veces la urgencia de los problemas y la falta de actividad adecuada de los otros poderes lleva a una, en principio, excesiva intervención judicial. Los *derechos humanos* son uno de los

grandes requerimientos promotores del Derecho de la Salud y el Bioderecho.

El pensamiento jurídico se enriquece cuando se lo construye como parte de un *mundo político* construido de manera integrativista, tridimensionalista y trialista. En este caso, hay que incorporar al objeto político actos de coexistencia captados normativamente y valorados por el complejo de valores de la convivencia. Los actos de coexistencia son de oposición (como sucede en el repartir) o de agregación (según acontece en el compartir). La convivencia, o sea la coexistencia valiosa, se realiza a través de la supervivencia y la convivencia, donde culminan de maneras debidas la oposición y la agregación. La Salud se instala en términos de *oposición y supervivencia* pero también de *agregación e intervivencia*.

El mundo político así construido se diferencia en ramas signadas principalmente por distintos valores de convivencia, por ejemplo, la política jurídica (Justicia), la *política sanitaria (Salud)*, la política científica (Verdad), la política artística (Belleza), la política erótica (Amor), la política religiosa (Santidad), etc. También hay ramas de conjunto, como la política educacional (de despliegue de los valores), la política de seguridad (de recorte de los valores) y la política cultural (dirigida al conjunto de los enfoques de la convivencia). El Derecho es la política jurídica y, en los casos del Derecho de la Salud y el Bioderecho, tiene estrecha relación con la *política sanitaria*.

A nuestro entender, lo expuesto evidencia la necesidad, particularmente intensa en nuestros días, de la construcción del Derecho de la Salud y el Bioderecho como realidades jurídicas *materiales* tridimensionales *autónomas*, dotadas de principios propios, que deben tener reconocimiento legislativo, jurisdiccional, administrativo, profesional, científico y académico y que han de ser valoradas por la alta capacidad que poseen para la formación del jurista y el ser humano. Las Facultades de Derecho y las Universidades deben hacerse cargo, de manera creciente, de las tareas que les corresponden al respecto.

EL DERECHO AMBIENTAL EN EL DERECHO PLANETARIO.

EL HOMBRE Y LA NATURALEZA

HACIA LA AUTO-ECO-RE-ORGANIZACIÓN *

ELVIO GALATI **

Resumen: El pensamiento complejo reclama la integración de la naturaleza en la ciencia, y el trialismo pide la integración de la naturaleza en el Derecho. La posición contraria del kelsenianismo separa la naturaleza de la sociedad, y de la normatividad considerada Derecho. Dicho pensamiento jurídico es heredero del racionalismo, que pretendía como misión de la ciencia dominar la naturaleza. La razón de la integración se encuentra en la inseparable unidad de ambos seres, revelada en el pensamiento mitológico. El pensamiento complejo privilegia lo que comunica, articula, y habla así de la auto-eco-re-organización. El mundo vegetal tiene inteligencia, vida, lo cual le da entidad directa e indirecta; tiene alma. El hombre es poliédrico, porque somos “con”, “en” y “la” naturaleza.

Una consecuencia de la separación es el problema ecológico. La consciencia humana de su vinculación con la naturaleza se ha evidenciado en el caso “Mendoza c. Estado Nacional”, y en la ley de presupuestos mínimos de protección de bosques nativos. El hombre ha tomado consciencia del problema ecológico y así lo reflejó como un derecho de incidencia colectiva en la Constitución Nacional argentina.

Mientras más lucro desmedido queramos, más nos alejaremos de nuestra humanidad y nuestra naturaleza-humana. Por ello, antes de la justicia humana, se encuentra la justicia planetaria. Respetar la Tierra es respetar también la diversidad de modos de vida, agrícolas y aborígenes, por ejemplo. El pensamiento complejo y el trialismo brindan categorías que vuelven a unir lo separado por el positivismo, lo cual implica volver a unir al hombre con su Tierra Patria.

Palabras clave: Pensamiento complejo - Teoría trialista del mundo jurídico - Integrativismo - Tridimensionalismo - Bioética - Bioderecho - Derecho Ambiental - Ambiente - Auto-eco-re-organización.

Abstract: The complex thought demands the integration of the nature in the science, and the trialism asks the integration of the nature in the Law. The contrary position of Kelsen

* Disertación realizada en la “Jornada Regional Rosarina de Bioética y Derecho de la Salud”, los días 29 y 30 de septiembre de 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Mi testimonio de agradecimiento a la oportunidad brindada por el Prof. Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani.

** Docente e investigador del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Becario doctoral del CONICET. E-mail: elviogalati@gmail.com

separates the nature from the society and from the statutes considered Law. These juridical thought is the inheritor of the rationalism, which intended that the science had to dominate the nature. The reason of the integration is found in the inseparable unit of both beings, revealed in the mythological thought. The complex thought privileges what communicates, articulate, and speaks thus about the auto-eco-re-organization. The vegetable world has intelligence, life, which gives it entity directly and indirectly; it has a soul. Men have many identities, because we are “with”, “in”, and “the” nature.

A consequence of the separation is the ecological problem. The human conscience of its link with the nature has been proved in the case “Mendoza vs. National State”, and in the statute of the minimum requirements of protection of native forests. Men have taken awareness of the ecological problem and thus reflected it as a collective right in the federal constitution of Argentina.

While more excessive than we want, more we will move away of our humanity and our human nature. Because of it, before the human justice, the planetary justice is found. Respecting the earth is to respect also the diversity of ways of living, agricultural and the aboriginal, for example. The complex thought and the trialism offer categories that permit rejoin what was separated by the positivism, which implies to rejoin men with their paternal earth.

Key words: Complex thought - Trialist Theory of the Juridical World - Integrativism - Tridimensionalism - Bioethics - Biolaw - Environmental Law - Environment - Auto-eco-re-organization.

Introducción

Mi intención será, no hablar de la Bioética o Bioderecho “individual”, sino del costado colectivo¹ de esta “indisciplina”, es decir, de nuestro ambiente, que tanto se relaciona con la vida, y con la axiología que pretendo adscribir a la ciencia de la vida que es la Bioética. Será importante en este sentido abordar algunos aspectos de la defensa del ambiente que se realizó en el caso “Mendoza”, referido a la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, y algunos aspectos del problema del bosque nativo. El hilo conductor de esta exposición será la teoría trialista del mundo jurídico, y el pensamiento complejo de Edgar Morin.

1 Dice el fallo “Mendoza” respecto de este bien, que es “[...] de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes [...]”. (ConsÍd. 6). “Mendoza, Beatriz c. Estado Nacional”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 20.6.2006. (“La Ley”, del 29.6.2006).

I. El hombre repartidor y la naturaleza distribuidora unidos en la dimensión sociológica

1.1. Cuando Goldschmidt señala que la dimensión sociológica está constituida por las adjudicaciones de potencia e impotencia que realiza el hombre, con el nombre de repartos, y las distribuciones, provenientes de la naturaleza, influencias humanas difusas y azar², abarcaría en esta caracterización lo que Morin moldea como el individuo y sus influyentes-condicionantes genes y ambiente. “Es este aparato neurocerebral cerrado/abierto el que utiliza los determinismos y *alea* exteriores para sus estrategias. Así, geno-dependencia y eco-dependencia nutren la producción y el desarrollo de la autonomía del ser individual, sin que éste deje de depender de ellas³”. Ciuro Caldani también expresa que las distribuciones se relacionan con los repartos⁴.”

1.2. El pensamiento complejo reclama la integración de la naturaleza en la ciencia, y el trialismo pide la integración de la naturaleza en el Derecho. Goldschmidt habla de la naturaleza como una distribución, es decir, como una adjudicación de potencia e impotencia⁵. Cuando el jurista germano-español considera la justicia de los beneficiarios, menciona como entes parapersonales necesitados de tutela, es decir, dignos de recibir justicia, a animales y plantas, los cuales tienen una naturaleza. Revela así un pensamiento de vanguardia⁶. Goldschmidt señala que si bien no sufren como los hombres, ni sienten dolor como los animales, se pueden cercenar las posibilidades de despliegue de las plantas; y también merecen protección en interés del hombre⁷. Coincide así con Morin: “no hay sólo almas de animales, sino igualmente de plantas. [...] también existe un espíritu de la tierra; en general, todos los cuerpos celestes poseen almas⁸”.

2 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987, pág. 78.

3 MORIN, Edgar, “El Método 2. La vida de la vida”, trad. Ana Sánchez, 7ª ed., Madrid, 2006, pág. 168.

4 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y Política. El continente político del Derecho. Elementos básicos de una filosofía política trialista”, Rosario, Depalma, 1976, pág. 53.

5 La potencia es lo que beneficia al ser o la vida. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 54. Al respecto, puede leerse en “Mendoza”: “la mejora o degradación del ambiente *beneficia* o *perjudica* a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales” (consÍd. 18). Los resaltados son míos.

6 GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1958, pág. 363.

7 Íd., pág. 364.

8 Íd., pág. 366.

1.3. A partir del reconocimiento de la inteligencia del mundo vegetal, puede hablarse de una cierta autonomía, y de su influencia en los seres humanos. “[...] aunque desprovistos de cerebro y de sistema nervioso, los vegetales disponen de estrategias inventivas para resolver los problemas vitales. Gozar del sol, rechazar las raíces vecinas, atraer insectos libadores, pudiéndose hablar de la inteligencia de las plantas de una forma no metafórica⁹”. Todo lo cual da una enorme carga entitativa a la naturaleza haciendo impensada una desconexión entre ésta y el hombre. Y así debería reflejarlo el Derecho.

1.4. Lo contrario piensa Kelsen, cuya purificación separa las ciencias naturales de las ciencias sociales, dando lugar a la causalidad y la imputación, respectivamente¹⁰. “La ciencia moderna de la naturaleza es así el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del animismo y de su interpretación social de la naturaleza¹¹”. El hombre civilizado es así el hombre separador, el que domina a la naturaleza, pero que, al final, terminará sometido por ella.

1.5. Llegará el momento en que tomemos consciencia de que habitamos en la naturaleza, “la somos”, lo cual no es una incongruencia gramatical si tengo la intención de señalar que somos con la naturaleza, que somos en la naturaleza, que somos la naturaleza. Dice la CSJN en “Mendoza”: “[...] el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo” (consid. 18). En este sentido, expresa Morin que gracias a la Tierra somos. “[...] la vida emerge a la vez como emanación y creación de la Tierra¹²”. Más que metafóricamente “[...] la biosfera es la placenta de la humanidad¹³”. A tal punto somos la Tierra que “[...] con los aportes de la cosmología contemporánea, se propagó el saber de que la Tierra y el Sol morirán, llevándose la vida en su naufragio¹⁴.” La muerte de la Tierra es nuestra muerte. “[...] la vida está constituida por los mismos constituyentes físico-químicos que el resto de la naturaleza

9 MORIN, Edgar, “El Método 3. El conocimiento del conocimiento”, trad. Ana Sánchez, 5ª ed., Madrid, Cátedra, 2006, pág. 194.

10 KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, 29ª ed. de la ed. en francés de 1953, Bs. As., Eudeba, 1992, pág. 22.

11 Íd. Incluso Kelsen tiene una obra que se llama “Sociedad y naturaleza”. Íd., pág. 23. Lo que me recuerda la similar estructura de pensamiento y redacción en ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, “Derecho y realidad: notas de teoría sociológica”, Rosario, Juris, 2005. Como si la realidad no estuviera incluida en el Derecho.

12 MORIN, Edgar, y KERN, Anne Brigitte, “Tierra-Patria”, trad. Ricardo Figueira, Bs. As., Nueva Visión, 2006, pág. 54.

13 Íd., pág. 56.

14 Íd., pág. 111.

terrestre, y que sólo se diferencia por la complejidad original de su organización¹⁵”. Nótese la apertura de ambas teorías en análisis, como para pensar en algo tan lejano al sentido común como la vida/inteligencia de la naturaleza.

II. El valor del mito para la unión del hombre con la naturaleza

2.1. Morin habla del pensamiento mitológico para encontrar un sentido o explicación al misterio de la existencia¹⁶. En esta forma de pensar el hombre estaba unido a la naturaleza. “Un mito clave [...] es el de la Muerte-Renacimiento en el que morir es una transformación que hace renacer con otra forma, vegetal, animal o humana”¹⁷. Pascal bregará también por dicha unión: “la naturaleza del hombre es todo naturaleza, *omne animal*. No hay nada que no se vuelva natural. No hay nada natural que no deje de serlo¹⁸”. Con el pensamiento racional, devino el racionalismo, que es la absolutización de la razón, y el abandono del pensamiento mitológico. Esto significó el deseo omnipotente del hombre de dominar la naturaleza y reinar en el universo. “[...] el romanticismo va a inscribir umbilicalmente al ser humano en la Naturaleza-Madre. [...] desde el lado de escritores y poetas, se realiza una maternización de la Tierra. [...] del lado de los técnicos y los científicos, se realiza una cosificación de la Tierra, constituida por objetos a manipular sin misericordia¹⁹”.

2.2. El planeta es “[...] un ser complejo con vida propia [...] ese ser es a la vez una máquina térmica que se autorreorganiza sin cesar. La [...] corteza terrestre cubre el manto, especie de huevo pasado por agua, que envuelve un núcleo donde reina un calor intenso²⁰”. Dicha vida se manifiesta en temblores, erupciones, glaciaciones, recalentamientos²¹. De manera que es la comunicación entre la naturaleza y el hombre lo que debe rescatarse. “[...] las grandes realizaciones mitológicas establecen la comunicación y la comunión entre lo humano (individuo, sociedad) y el mundo²²”.

15 Íd., pág. 51.

16 MORIN, Edgar, “El Método 5. La humanidad de la humanidad. La identidad humana”, trad. Ana Sánchez, 2ª ed., Madrid, Cátedra, 2006, pág. 119.

17 MORIN, “El Método 3...” cit., pág. 175.

18 PASCAL, Blaise, “Pensamientos”, trad. J. Llansó, Barcelona, Altaya, 1993, pág. 205.

19 MORIN y KERN, op. cit., pág. 57.

20 Íd., pág. 49.

21 Íd.

22 MORIN, “El Método 3...” cit., págs. 175/76.

2.3. El desconocimiento de esta comunión trajo como consecuencia que dicho otrora aliado, ahora en guerra, se defienda con lo que hoy tematizamos como el “problema ecológico”. “Aún hoy la filosofía y la antropología dominantes rechazan terminantemente toda toma de conciencia y toda búsqueda de consecuencias de la identidad animal y viviente del hombre, denunciando como ‘vitalismo’ irracional o ‘biologismo’ perverso cualquier reconocimiento de nuestras raíces terrestres, físicas y biológicas²³”.

2.4. De manera que la mera sanción de un protocolo, una demanda de una ONG por la efectivización de un derecho ambiental, no bastan para proteger nuestro hogar si no se profundiza en la necesidad de educar para la vida y en el respeto de nuestro hogar. Es significativa en este sentido la ley general del ambiente 25675, cuyo art. 14 dispone: “La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población”. A lo cual hay que sumar las características que debería tener dicha educación: “La educación ambiental constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, deberá facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental” (art. 16). Lo cual confirma la complejidad trialista, que trata no solamente normas en el Derecho, sino que también reclama para el abordaje del fenómeno jurídico, un diagnóstico de campo constitutivo de la dimensión sociológica, y valores ambientales, incluidos en la dimensión dikelógica; dándose así una percepción integral, articuladora. De esta manera, la protección de la naturaleza -animal y vegetal-, configura la especial exigencia de justicia que justifica al Derecho Ambiental como rama del mundo jurídico. Esta educación y visión integral es lo que reclama la CSJN al Estado Nacional, en la parte resolutive del fallo “Mendoza”. Nótese que la profundidad de acción de la educación es semejante a la labor del mito.

2.5. La riqueza de los pueblos originarios puede captarse en su pensamiento que se vincula estrechamente con la naturaleza a través de la Pachamama²⁴. Más allá de la

23 MORIN y KERN, op. cit., pág. 60.

24 “[...] pacha (del aymara y quechua pacha: tierra y, por extensión bastante moderna ‘mundo’, ‘cosmos’; mama: madre -es decir ‘Tierra madre’) es la gran deidad, entre los pueblos indígenas de los Andes Centrales de América del Sur”. <http://es.wikipedia.org/wiki/Pachamama> (29.9.2008). “Es poder de la Pachamama hacer crecer las cosechas, multiplicar el ganado, cuidar los animales

existencia de dicha diosa –de por sí cuestionable–, es importante en tanto fomenta el respeto a sus productos que sí podemos percibir y proteger como animales, plantas, el ambiente en general. Por ello, más que marginar a los pueblos originarios, debería integrárselos y aprender de sus enseñanzas²⁵. Este problema se da no solo en Argentina, sino muy patentemente en la Bolivia del 2008. “[...] en las formidables mezclas de población hay todavía más yuxtaposición y jerarquización que verdadera integración, en el encuentro de culturas la incomprensión prevalece todavía sobre la comprensión [...]”²⁶.

III. La respuesta jurídica al problema ecológico

3.1. Cuando Kelsen realiza su primera purificación, a fin de fundar el objeto jurídico, piensa que el Derecho debe separarse de la naturaleza, para luego separarse de la moral –segunda purificación–. Porque su principio era “[...] eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños”²⁷. Por ello criticaba que “[...] su prestigio científico [del jurista] se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas”²⁸. De esta forma, “[...] la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza”²⁹, y por ende “[...] opone las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ve [...] en la sociedad un orden o un sistema diferente de la naturaleza”³⁰. Aquí puede encontrarse uno de los gérmenes de la desvinculación entre la normatividad y la realidad social, lo que lleva a que poco importe al Derecho si la norma es exacta, es decir, si se cumple. Tampoco interesarán las lagunas, que sociológicamente son problemas no resueltos, pero normativamente vistos como permisiones, conductas no prohibidas, por el principio de la plenitud del ordenamiento normativo³¹ o jurídico.

silvestres y bendecir a los artesanos”. <http://www.folkloredelnorte.com.ar/tradicion/pachamama.htm> (29-9-2008).

25 V. MORIN y KERN, op. cit., pág. 89.

26 Íd., pág. 42.

27 KELSEN, op. cit., pág. 15.

28 Íd., pág. 16.

29 Íd.

30 Íd., pág. 17.

31 V. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 338.

3.2. Toda relación jurídica resultará entonces de una norma³². “La imputación vincula [...] dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal”³³. ¿Cómo se habría abordado entonces el problema de la tala de bosque nativo hasta la sanción de la ley? ¿Puede la naturaleza esperar los tiempos legislativos? ¿No puede pensarse en una suerte de *medida cautelar* en la ciencia jurídica?

Si la relación entre el hombre y la naturaleza existe, ¿cómo puede justificar entonces el Derecho su ausencia? Dice Kelsen: “La ciencia del derecho no pretende [...] dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas”³⁴. Lo fundamental es que la vinculación, que existe, no dependa exclusivamente de la normatividad. Y dicha normatividad puede no serle favorable, en tanto las leyes son hechas para defender intereses que no siempre son justos. Recuérdese el ejemplo distante de la ley de residencia N° 4144 sancionada en la época de la segunda presidencia de Julio Roca, que pretendía expulsar a anarquistas y socialistas que luchaban por los derechos de los trabajadores³⁵.

3.3. La norma jurídica puede mandar proteger el ambiente, en cualquiera de sus formas. Ocurre que muchas veces, el lucro, el egoísmo, y la desidia de algunos, no lo reconoce de esta manera, y es necesario dotar al hombre de categorías y herramientas jurídicas más allá de las normatividades, para poder reparar o prevenir daños, en este caso, ambientales. De ahí la vital importancia de las dimensiones sociológica y dikelógica en la Bioética y el Bioderecho. En el caso de los bosques nativos, de no haberse sancionado la ley, al haber carencia histórica, el encargado del funcionamiento debió haber acudido a la realidad social para analizar el problema, y luego elaborar la norma individual que resolviera el caso. “Toda organización para mantener su autonomía necesita de la apertura al ecosistema del que se nutre y al que transforma. [...] No hay

32 KELSEN, op. cit., págs. 17/18.

33 Íd., pág. 20.

34 Íd.

35 “Artículo 1º: El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida del territorio de la Nación a todo extranjero que haya sido condenado o sea perseguido por los tribunales extranjeros por crímenes o delitos comunes. Artículo 2º: El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida de todo extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público. Artículo 3º: El Poder Ejecutivo podrá impedir la entrada al territorio de la república a todo extranjero cuyos antecedentes autoricen a incluirlo entre aquellos a que se refieren los artículos anteriores”. V. <http://www.villacrespomi.barrio.com.ar/HISTORIA%20LEY%20DE%20RESIDENCIA%20JULIO%202007.htm> (17-12-08).

posibilidad de autonomía sin múltiples dependencias”³⁶. Son múltiples dependencias las que hacen funcionar las normas.

3.4. No se establecen normas protectorias, en el caso de los bosques nativos, hasta el 28.11.2007 en que se sancionó la ley 26331 de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos. “Los bosques juegan un papel fundamental en la regulación climática, el mantenimiento de las fuentes y caudales de agua y la conservación de los suelos. Por ello, las selvas y demás bosques son posiblemente el patrimonio natural más importante pero también el más amenazado y depredado por la mano del hombre”³⁷. En el transcurso del año 2006 la “Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable” de la Prov. de Salta convocó a audiencias públicas para autorizar desmontes por un total de 425.958 hectáreas³⁸. “[...] el proyecto [presentado en mayo de 2006] fue cuestionado por miembros del propio bloque oficialista que representan a provincias como Jujuy, Salta y Santiago del Estero, cuyas economías dependen en buena medida de la explotación maderera y del uso de tierras que quedan libres de vegetación para el desarrollo de plantaciones redituables, como la soja”³⁹.

El kelsenianismo sostiene que una laguna, como la hubo con respecto a los bosques, significa una permisión, por el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. Sin embargo, nadie puede negar la perniciosidad de la tala de bosques, aunque no haya una norma prohibitiva de la misma. Nosotros hemos sido en algún momento generaciones futuras. Nótese en este sentido que el art. 41 de la Constitución Nacional alude al no compromiso de las generaciones futuras, frente a las necesidades productivas presentes. La misma constitución establece que el tiempo, en este caso de ausencia de prohibición, no sea un obstáculo para la realización de los derechos.

36 MORIN, Edgar, CIURANA, Roger y MOTTA, Raúl, “Educar en la era planetaria. El pensamiento complejo como método de aprendizaje en el error y la incertidumbre humana”, UNESCO - Valladolid, Universidad de Valladolid, 2002, pág. 31.

37 <http://www.greenpeace.org/argentina/bosques> (24-9-08). “[...] [el] árbol aislado [...] controla los flujos de agua, de aire y de elementos químicos en el suelo, dispone de un poder purificador sobre el agua y el aire y es conservador de la fertilidad [...]”. MORIN y KERN, op. cit., pág. 185.

38 “Estos desmontes resultan 5,48 veces más que los autorizados el año pasado, y equivalen a 21 veces la superficie de la ciudad de Buenos Aires. Con estas cifras, la provincia de Salta supera ampliamente al promedio de deforestación anual de TODO el país”. V. <http://www.greenpeace.org/raw/content/argentina/bosques/salta-quintuplic-desmontes-pa.pdf> (24-9-08).

39 ROSEMBERG, Jaime, “Suspenden por un año la tala de bosques nativos en el país”, en “La Nación”, del 29.11.2007, en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=966545 (24-9-08).

3.5. El caso “Mendoza” fue un ejemplo de cuestión judicial, no política, en donde se adjudicó carácter operativo al derecho a un ambiente sano (consid. 7), y la Corte, como tribunal preventivo y recompositivo del daño, ordenó al Estado Nacional, la Prov. de Buenos Aires, y la Ciudad de Bs. As., presentar un plan integrado referido a la cuenca Matanza-Riachuelo, que deberá contemplar el control de las actividades antrópicas para el uso adecuado de los recursos ambientales, un estudio de impacto ambiental de las empresas privadas involucradas, y un programa de educación e información ambiental.

3.6. Si bien es necesaria, el ser humano ha acentuado mucho la premisa importante de la separación del sujeto del objeto a fin de conocerlo⁴⁰. El pensamiento positivista y analítico sobreestima la separación, como se dio en las ciencias físicas al priorizarse el estudio del átomo⁴¹, en lugar de priorizar aquello que articula, une, comunica. De ahí que deberíamos comunicarnos mejor con aquello que es hasta parte nuestra⁴².

3.7. De la misma forma que propongo a la dialógica⁴³ moriniana para comprender el problema de la integración de las dimensiones en el trialismo, puede hacerse lo propio para la integración entre el individuo y el ambiente, entre el *autos*⁴⁴ y el ecosistema. Ni uno ni otro serán los mismos a partir de la compleja relación, ya que serán mutuamente influenciados. “La complementariedad: el *autos* y el *oikos* son vitalmente necesarios el uno al otro; cada uno participa organizacionalmente del otro; cada uno forma parte de la unidad compleja del otro [...]”⁴⁵. Esta complementariedad es lo que Morin llama la auto-eco-organización. “[...] una autonomía que, extrayendo de su medio energías físicas, energías biológicas, información y organización, se constituye en y por esta dependencia:

40 V. MORIN, “El Método 3...” cit., pág. 224.

41 Según el positivismo, “lo que caracteriza al objeto puede y debe ser llevado a unas magnitudes medibles; su misma naturaleza material puede y debe ser analizada y descompuesta en sustancias simples o elementos, de las que el átomo se convierte en la unidad base, indivisible e irreducible [...]”. MORIN, Edgar, “El Método 1. La naturaleza de la naturaleza”, trad. Ana Sánchez en colab. con Dora Sánchez García, 3ª ed., Madrid, Cátedra, 1993, pág. 117.

42 V. MORIN y KERN, op. cit., pág. 47.

43 “[...] pues en Hegel las contradicciones encuentran solución, se superan y suprimen en una unidad superior. En la dialógica, los antagonismos permanecen y son constitutivos de entidades o fenómenos complejos”. MORIN, Edgar, “Articular los saberes ¿Qué saberes enseñar en las escuelas?”, 2ª ed., trad. Geneviève de Mahieu, con la colab. de Maura Ooms, Bs. As., Ediciones Universidad del Salvador”, 2007, pág. 70.

44 “La noción de *autos* [...] [tiene] su sentido directo ‘lo mismo’ (*ídem*), su sentido reflejo ‘sí mismo’ (*ipse*). [...] Da un sentido *viviente* a los términos de organización, producción, reproducción: auto-organización, auto-producción, auto-reproducción”. MORIN, “El Método 2...” cit., pág. 133.

45 Íd., pág. 89.

es una auto-eco-organización⁴⁶”. De manera más completa, el principio alude a la *auto-eco-re-organización*, en tanto hay que dar cuenta de la autonomía organizadora, de la relación con el entorno, de la desorganización interna, y de la reorganización interna⁴⁷. El normativismo quiebra la unión si bajo el pretexto de la laguna y consiguiente permisión, obstaculiza la acción humana para salvar la naturaleza.

3.8. El desinterés y la irresponsabilidad tienen un precio. “Las variaciones ecológicas provocan hielo, sequía, inundaciones que determinan desastres y hambres, los cuales suscitan crisis, guerras, invasiones. Así, la sociedad humana no escapa a la eco-relación. Cuanto más posee el hombre a la naturaleza, más le posee ésta⁴⁸. Por ejemplo, “el CO2 se expande en la atmósfera, a la que calienta (como efecto estufa) [el efecto invernadero], y si el proceso continúa puede hacer que se fundan los glaciares polares, lo que acarrearía entre otras consecuencias la inmersión de una parte de los continentes⁴⁹”.

3.9. En el caso “Mendoza” se denunciaron como daños, los que afectan a los ríos, como receptores de efluentes industriales con tratamiento inadecuado o inexistente, líquidos y sólidos. El río contiene metales pesados y compuestos orgánicos, con presencia de hidrocarburos y pesticidas, desperdicios provenientes de basurales. A lo cual hay que sumar la inexistencia de sistemas cloacales; y el impacto de esta toxicidad en las aguas subterráneas y superficiales, y en el suelo. Todo lo cual afecta también a los vecinos del lugar, que sufren la contaminación. Sin contar con el daño a los bienes materiales, que pierden valor. (Consid. 2 y 3).

3.10. El anverso del problema ecológico también puede verse en los servicios ecológicos. La ley de protección de los bosques nativos habla de los “servicios ambientales” que brindan: regulación hídrica, conservación de la biodiversidad, conservación del suelo y de la calidad del agua, fijación de las emisiones de gases con efecto inverdanero, contribución a la diversificación y belleza del paisaje, y defensa de la identidad cultural (art. 5). La Tierra tiene un valor, tal vez tan incommensurable, que no pueda verse a corto plazo, y por ello el daño que le hagamos es el mayor de todos los daños. De manera que el afán de riqueza a nivel individual, o de desarrollo económico a nivel colectivo, no debe cegarnos con relación al respeto de nuestro hogar. “[...] la mercantilización de todas las

46 MORIN, “El Método 5...” cit., pág. 181.

47 MORIN, Edgar, “Sociología”, trad. Jaime Tortella, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 99.

48 MORIN, “El Método 2...” cit., pág. 94.

49 Íd., pág. 96.

cosas, justamente anunciada por Marx [...] [produce] la debilitación del don, de lo gratuito, del ofrecimiento, del servicio, la casi desaparición de lo no monetario, lo que entraña la desaparición de valores que no sean el afán de ganancias, el interés financiero, la sed de riqueza...⁵⁰” Una razón que alegó George Bush para no firmar Kyoto es “el bien de la competitividad de sus empresas⁵¹.” Se está frente a un problema porque “se trata de conciliar las necesidades de salvaguardia ecológica y las necesidades de desarrollo económico [...]”⁵².

IV. La justicia planetaria y la justicia humana

4.1. El hombre no sólo debe acordar con el hombre, para realizar la justicia en el mundo, sino que debe acordar con su Tierra Patria, para persistir en su existencia. “El descubrimiento de la solidaridad ecológica es un gran descubrimiento reciente. Ningún ser vivo, ni siquiera humano, puede franquear la biosfera⁵³”. El acuerdo con la Tierra es el presupuesto del acuerdo entre los humanos. Esta consciencia de la comunidad de destino planetaria es la que nos permitirá ser solidarios con el planeta, ya que nuestra vida está ligada a él: o lo ordenamos o morimos⁵⁴. “[...] los problemas de la economía, los del desarrollo, los de la civilización tecnoindustrial, los de la homogeneización de los modos y géneros de vida, los de la desintegración de un mundo campesino milenar, los de la ecología, los de la droga, son problemas planetarios que exceden las competencias nacionales⁵⁵”. Es necesario en este sentido tomar consciencia del “Derecho Universal”, cuya base está dada por “[...] la justicia debida al ser humano como integrante de la humanidad que vive en el espacio total”⁵⁶. La era planetaria necesita situar todo en el contexto y en la complejidad planetaria. “La connaissance du monde en tant que monde devient nécessité à la fois intellectuelle et vitale⁵⁷”.

50 Íd., págs. 73/74.

51 “Entra en vigor el protocolo de Kyoto, pese a la ausencia de EE.UU.”, del 16.2.2005, en <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/02/15/ciencia/1108484465.html> (24-9-08).

52 MORIN y KERN, op. cit., pág. 77.

53 Íd., pág. 56.

54 Íd., pág. 213.

55 Íd., págs. 81/2.

56 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, pág. 10.

57 MORIN, Edgar, “Les sept savoirs nécessaires à l’éducation du futur”, <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001177/117740Fo.pdf> (19-1-09), pág. 15. “El conocimiento del mundo, en tanto mundo, deviene una necesidad intelectual y vital al mismo tiempo” (trad. del autor).

4.2. Morin exhibe un problema más profundo, asociado a la mercantilización de la vida, y que apareja el problema del “sin sentido” de la vida. Muestra como un pueblo originario de Québec se adaptó a abandonar su modo de vida cazador-recolector, por el modo de vida industrial, al trabajar en la construcción de una represa, cambió sus hábitos alimentarios sanos por harinas que engordan, luego quedaron algunos de ellos desocupados y cayeron en el vicio del alcohol y el aburrimiento. “[...] el desarrollo destruye más o menos rápidamente las solidaridades locales, los rasgos originarios adaptados a las condiciones ecológicas singulares⁵⁸”. En este sentido la adoración a la Tierra, a la Pacha Mama, al Sol, de los pueblos originarios tendría una finalidad concreta. “[...] se trata de una deidad, inmediata y cotidiana, que actúa directamente y por presencia y con la cual se dialoga permanentemente, ya sea pidiéndoselo algo o disculpándose por alguna falta cometida⁵⁹”. Nuestro Dios no sería algo extraño a nosotros, distante, sino que nos circundaría. “El amor no debe seguir encerrándose en la orgullosa e insignificante especie humana, pero tampoco ha de disiparse en una idea-imagen de Dios que sea exterior al mundo⁶⁰”.

4.3. Dicho culto a la Tierra se puede traducir en algo más concreto, que es el salvataje de la diversidad de modos de vida. Dicho problema de la diversidad fue uno de los aspectos que se manifestó en Argentina a través del conflicto entre el campo y el gobierno en el año 2008. Sobre la diversidad explica Morin: “En todas partes se da la tecnificación generalizada, la industrialización generalizada, la urbanización generalizada, con efectos ambivalentes [...]. Todo eso determina a gran velocidad la destrucción de las culturas agrarias, el fin del mundo campesino multimilenario: mientras que el 3% de la población mundial vivía en ciudades en 1800, un 80% de los habitantes son urbanos en el Occidente europeo. [...] Esos monstruos urbanos [megalópolis] sufren (y hacen sufrir a sus habitantes) embotellamientos, ruidos, stress, contaminación de todo tipo. La miseria material prolifera en sus villas miseria, la miseria moral no se halla concentrada solamente en los barrios de droga y de delincuencia: también reina en los barrios lujosos protegidos por policías [...]⁶¹”.

Contemplar y atender los reclamos del sector agropecuario es apoyar la diversidad de modos de producción económicos, y la diversidad de modos de vida. Este apoyo no implica tomar postura por aquel conflicto, en el cual intervienen muchas variables, ni tiene

58 MORIN y KERN, op. cit., pág. 92.

59 <http://es.wikipedia.org/wiki/Pachamama> (29-9-08).

60 MORIN, Edgar, “Introducción a una política del hombre”, trad. Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Barcelona, Gedisa, 2002, pág. 45.

61 MORIN y KERN, op. cit., págs. 92/3.

que ver con recaudar más o menos de las exportaciones agropecuarias, sino que es un llamado a no descuidar el respeto a la diversidad vital. La ley 26331 de protección de bosques nativos lo hace a través de la regulación del cambio del uso del suelo (art. 3); por ej., para agricultura, ganadería, forestación, construcción de presas o el desarrollo de áreas urbanizadas (art. 4). Con lo cual se protege al campo de la “urbanización” y al bosque de la “agrarización”. Por ello el apoyo y la promoción de la industria no tienen que ser la consecuencia del desaliento de las producciones agropecuarias. Ambos modos pueden convivir. Recuérdese lo que manifiesta un documento del mayo francés: “la ayuda mutua obrero-campesina se realiza en los hechos en cada una de las acciones [...]”⁶². A lo cual hay que sumar la diversidad proveniente de los modos de vida de los pueblos originarios, que también protege la ley de bosques nativos (arts. 9, 12, 26, 35). “Todo proyecto de desmonte o manejo sostenible de bosques nativos deberá reconocer y respetar los derechos de las comunidades indígenas originarias del país que tradicionalmente ocupen esas tierras” (art. 19). Lo que a su vez respeta el art. 75, inc. 17° de la CN.

Conclusión

He tratado de mostrar: a) la vida de la vida, de la naturaleza, y la protección que merece; b) la importancia del mito, en su aspecto religante, para volver a unir al hombre con la naturaleza; c) la vinculación de la naturaleza con la dimensión sociológica, y por ende con la ciencia y la ciencia jurídica; d) la importancia de la captación de la dimensión sociológica en el Derecho, a fin de dar respuesta al problema ecológico no regulado normativamente; e) la auto-eco-re-organización; f) la necesidad de la justicia planetaria a fin de realizar la justicia humana; g) los daños ambientales, los servicios ecológicos, y el respeto a la diversidad de modos de vida.

El pensamiento complejo respecto de la ciencia, y el trialismo en el Derecho, son herramientas que permiten un mejor abordaje de la problemática del hombre y la naturaleza, en tanto brindan categorías que vuelven a unir lo separado por el positivismo, lo cual implica volver a unir al hombre con su Tierra Patria, su Pachamama.

62 “El comité central de huelga de Nantes”, en VIGNA, Xavier, KERGOAT, Jacques, y THOMAS, Jean Baptiste, “Mayo francés: cuando obreros y estudiantes desafiaron al poder. Reflexiones y documentos”, coord. por Gabriela Liszt, J-B Thomas y Gastón Gutiérrez, Bs. As., IPS, 2008, pág. 318.

REFLEXIONES SOBRE LAS BIORESPUESTAS FRENTE A LOS DESAFÍOS DE LA BIOCIENCIA. ANÁLISIS DE LA INTERACCIÓN ENTRE LA CIENCIA Y LA FILOSOFÍA EN EL MARCO DE UN SISTEMA COMPLEJO *

ÉRIKA NAWOJCZYK **

Resumen: En el presente trabajo propongo analizar las biorespuestas que la Filosofía, a través de la Ética, y la Ciencia construyen, tendientes a lograr la protección de los derechos humanos, sobre todo a partir del impacto de las nuevas tecnologías y la economía capitalista actual.

En el marco de la interacción entre Filosofía y Ciencia, se analizará la relación existente entre el Derecho, la Ética y la Economía, como camino para alcanzar las biorespuestas reclamadas. Para ello, se abordará la problemática de la demarcación y la interacción entre dichas disciplinas, identificando los puntos de contacto sobresalientes, a efectos de mostrar que es posible afirmar tal relación desde una perspectiva compleja, superadora de las insuficiencias de los análisis reductivos. Al efecto, se utilizará como marco teórico la propuesta integrativista expuesta por la Teoría Trialista del Mundo Jurídico.

Palabras claves: Ciencia - Filosofía - Bioética.

Abstract: In this paper I propose to analyze bioanswers which philosophy builds, through Ethics and Science, towards the protection of human rights, particularly as from the impact of new technologies and the current capitalist economy.

In the context of the interaction between Science and Philosophy, the relationship between law, ethics and economics will be analyzed, as a way to reach the claimed bioanswers. For this, the problem of demarcation and the interaction between these disciplines will be considered, identifying the outstanding contacts points, in order to show that it is possible to affirm that relationship in a complex, overcoming the shortcomings of reductive analysis. We

* Comunicación leída en el panel “Biorespuestas para los desafíos de la biociencia”, en la Jornada Regional Rosarina de Bioética y Derecho de la Salud, organizada por la Asociación Argentina de Bioética, en colaboración con las Áreas de Derecho de la Salud y Bioética del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR, durante los días 29 y 30 de noviembre de 2008.

** Abogada. Profesora Superior en Derecho. Becaria doctoral del CONICET. Docente adjunta por concurso de Ética Profesional en la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Docente JTP de Filosofía del Derecho y Derecho de la Salud y Bioética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

will use as a theoretical framework the integrative proposal exposed by the Trialist Theory of the Juridical World.

Key words: Science - Philosophy - Bioethics.

1. El presente trabajo procura analizar las biorespuestas que la Filosofía, a través de la Ética, y la Ciencia del Derecho construyen, tendientes a lograr la reclamada protección de los derechos humanos, para, de ese modo, superar la tensión existente entre la protección de la vida y la salud, por un lado, con la economía capitalista actual y el acelerado avance biotecnológico, por el otro. En estos términos, constituyen biorespuestas la Bioética, el Bioderecho y el Derecho de la Salud.

A fin de llevar a cabo el análisis propuesto, resulta necesario referirnos, en primer lugar, a la relación tensional entre Filosofía y Ciencia, que entiendo sólo se supera (y de esta manera, adelanto la posición a la que adhiero) mediante el paradigma no positivista de la ciencia en tanto hace posible el diálogo entre las dos ramas del saber humano.

En el marco de esta discusión, procuraré analizar, en segundo lugar, la relación entre el Derecho, la Ética y la Economía, a efectos de mostrar que, a su vez, el diálogo entre estas tres disciplinas es indispensable si se pretende realizar la protección de los derechos humanos referida precedentemente.

En este sentido, entiendo que, es posible afirmar tal relación desde una perspectiva compleja, integrativista, que considere como tales a las tres disciplinas en cuestión. Así pues, constituyendo la Ética y la Economía, disciplinas horizontes del Derecho que, desde la realización de los valores bien y utilidad, respectivamente, coadyuvan con la justicia en su desenvolvimiento hacia la realización del valor humanidad, superan las insuficiencias de las lecturas reduccionistas que arrojan resultados desfavorables para el hombre. Para dar cuenta de ello, procuraré mostrar como la interacción entre dichas disciplinas es necesaria para garantizar la realización del acceso a la salud de las personas.

A estos efectos, utilizaré el marco teórico que ofrece la iusfilosofía trialista, en tanto desde esta perspectiva, se pone de relieve el carácter sistémico y complejo del Derecho todo, producto de la integración de sus tres dimensiones: sociológica, normativa y dikelógica¹. Esta complejidad pura nos permite desmadejar la trastienda de lo pura-

1 V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica del Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Lexis Nexis, 2005; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 3 t., 1991/1994; "Panorama

mente normológico para evitar las injusticias propias de las concepciones infra-dimensionalistas, que por privilegiar un aspecto descuidan otro.

2. Sin lugar a dudas, somos protagonistas de una época signada por el enorme desarrollo del capitalismo, los procesos de globalización/marginación² y los avances acelerados de la ciencia y la tecnológica, a partir de los cuales el hombre ha alcanzado niveles de conocimiento extraordinarios, que impactan de distintas maneras en la sociedad actual y futura.

De esta manera, aquello que hasta hace algún tiempo podía parecer propio de un relato de ciencia ficción (...la clonación de seres humanos, ... la producción y el consumo de alimentos “transgénicos”, ...la posibilidad de eficaces terapias oncológicas de base genética,... el patentamiento de la vida, ...el mapa del genoma humano,... la producción y el perfeccionamiento de chips de ADN, ... problemas vinculados al nuevo concepto de “eugenesia comercial”..., ...los genes de cualquier especie viviente pueden introducirse en los cromosomas de cualquier otra especie viviente...³) se convierte en realidad, pero no siempre con resultados favorables para el hombre, quien resulta muy pronto mediatizado, conculcándose, en consecuencia, su dignidad y sus derechos fundamentales.

trialista de la Filosofía en la Postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 9 y ss.

- 2 CIURO CALDANI, “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación y Docencia”, N° 27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996, págs. 9 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación...”, N° 25, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 25 y ss. En sentido coincidente, Z. Bauman expresa: *La globalización divide en la misma medida que une: las causas de la división son las mismas que promueven la uniformidad del globo... Los procesos de globalización incluyen segregación, separación y marginación social progresiva...* (págs. 8 y 9). V. BAUMAN, Zygmunt, “La Globalización. Consecuencias humanas”, trad. Daniel Zadunaiky, Brasil, Fondo de Cultura Económica, 1999. Asimismo, he consultado, y por tanto, sugiero, los análisis que sobre el proceso de la globalización realizan entre otros autores: JAMESON, Fredric, “Una modernidad singular. Ensayo sobre la ontología del presente”, trad. Horacio Pons, Bs. As., Gedisa, 2004, pág. 21, para quien: *La estandarización proyectada por la globalización capitalista... siembra dudas considerables sobre todas esas piadosas esperanzas de variedad cultural en un mundo futuro colonizado por un orden universal del mercado.* MALIANDI, Ricardo, “Ética: dilemas y convergencias. Cuestiones éticas de la identidad, la globalización y la tecnología”, Bs. As., Biblos-Universidad Nacional de Lanús, 2006, págs. 65/81, reclama *la necesidad de una ética de la globalización ante la evidencia de la violación de las más elementales normas de justicia social.* SORMAN, Guy, “El mundo es mi tribu”, trad. Pierre Jacomet, Barcelona, Andrés Bello, 1997, quien postula *la mundialización de los conceptos universales que favorecen el progreso humano –como por ejemplo, el pluralismo político– pero conservando, preservando la diversidad cultural del mundo* (pág. 24).

- 3 MALIANDI, “Ética...” cit., pág. 95.

De lo expuesto, se desprende que, la sociedad postmoderna, se caracteriza por la tensión existente entre las exigencias del mercado⁴ y la velocidad del avance de la ciencia, por una parte, y el hombre, considerado en su integralidad, por la otra.

Es pues, en este contexto, que se plantea la necesidad del diálogo entre la Ética y la Ciencia, considerando, entonces, de significativa importancia la pregunta por los fines y las funciones pertinentes al saber científico.

Desde fines del siglo XVIII, *cuando la burguesía... sentó su hegemonía y depuso su espíritu crítico y su afán innovador, la razón se estabilizó y dividió en una dimensión teórica que nos conducía a la verdad de los hechos y tenía valor universal y una dimensión valorativa que expresaba lo útil o deseable para cada cual y que sólo tenía validez en el estricto y arbitrario espacio de las decisiones individuales... sentando las bases para que la razón científica se convirtiera en ciega razón instrumental, ...desligada de toda obligación valorativa y limitada a la sola tarea de proporcionar conocimientos adecuados... libre de valores, era, ...pura y neutral*⁵, a partir de entonces, la ciencia perdió el horizonte ético que debe regular su accionar.

El paradigma positivista se encargó de *fundamentar filosóficamente la legitimidad de la ciencia neutral, el dualismo de los hechos y las decisiones, de la razón teórica y la sin-razón práctica, la reducción de la ciencia a la racionalidad instrumental, el “cientificismo”*⁶ *que reduce el conocimiento a la ciencia y la ciencia a una provisión de conocimientos que sirven indiferentemente a cualquier fin*⁷.

A esta altura, la ciencia se había aliado con la técnica, y juntas se desarrollaban en el sistema capitalista, pero en el marco de lo que Lyotard llamó la mercantilización del saber⁸. De este modo, *los científicos, demasiado ocupados en sus tareas de investigación y experimentación, demasiado urgidos por los empresarios que financian esas tareas y, ...además, fascinados, maravillados ante las inmensas posibilidades inéditas con*

4 Así pues, cabe señalar que, conforme lo indicara Gianni Vattimo *...en la sociedad de consumo la renovación continua (de las vestimentas, los utensilios, los edificios) es exigida fisiológicamente para que el sistema pueda sobrevivir...* en CIURO CALDANI, “Panorama trialista...” cit., pág. 35.

5 DIAZ, Esther, “Multidimensionalidad del conocimiento científico. Epistemología crítica y responsabilidad profesional”, en “Cuadernos de la Diosa Episteme”, Rosario, Laborde, 2000, pág. 7.

6 En tanto da lugar a la jerarquización indebida de la verdad contra la humanidad. V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en “Revista de la Facultad de Derecho”, N^{os} 2/3, Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1982, pág. 90; VARSAVSKY, Oscar, “El científicismo”, en “Ciencia, política y científicismo”, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1981, págs. 13/41; “Diccionario de Filosofía Herder”, versión digital.

7 DIAZ, “Multidimensionalidad...” cit., pág. 9.

8 CIURO CALDANI, “Panorama trialista...” cit., pág. 34.

*que se encuentran*⁹, no atendieron a los riesgos que su actividad implicaba para la humanidad. En consecuencia, *las amenazas más graves que ésta enfrenta están ligadas al progreso ciego e incontrolado del conocimiento (armas termonucleares, manipulaciones de todo orden, desarreglos ecológicos, etc.)*¹⁰.

En este contexto, comienza la reacción de quienes, ante los abusos cometidos en nombre de la ciencia y la técnica, entienden que la ciencia no es, ni puede ser neutral axiológicamente, dado que, desde su comienzo mismo, al seleccionar los objetos sobre los que recaerá la investigación, el saber científico abandona la neutralidad¹¹. Como así tampoco tiene carácter meramente instrumental¹², no correspondiendo, en este caso, distinguir entre las investigaciones y sus aplicaciones, dado que éstas son constitutivas de la ciencia y *no su mero efecto pasivo, pues como lo afirmaba Bachelard todo descubrimiento supone sus condiciones de aplicación*¹³.

De esta manera, *ni la ciencia ni la técnica surgen, y se despliegan, al azar, sino siempre con propósitos muy específicos, propósitos que por lo general se vinculan con la adquisición de poder*¹⁴. Esto es, *la ciencia no existe nunca en estado puro... precisamente porque es inseparable de los intereses económicos, sociales y políticos*¹⁵, *dado que el conocimiento no puede ser dissociado de la vida humana y de la relación social*¹⁶.

9 MALIANDI, "Ética..." cit., pág. 96.

10 MORIN, Edgar, "Introducción al pensamiento complejo", trad. Marcelo Pakman, 6ª reimp., Barcelona, Gedisa, 2003, pág. 27. En sentido coincidente, GRACIA, Diego, "Fundamentos de Bioética", Madrid, Eudema, 1989, págs. 11 y s.

11 MALIANDI, "Ética..." cit., pág. 101.

12 Para explicar el carácter instrumental de la ciencia se ha recurrido a la metáfora del martillo. Al respecto, dice Mari: *Este criterio de demarcación entre la ciencia y su uso, digamos entre la buena ciencia y el mal uso, no es satisfactorio, ni apto para dilucidar el papel de la ciencia en la sociedad y la cultura del hombre según su evolución actual..., ni menos aún para un examen de la metodología de las teorías científicas... El criterio de demarcación indicado silencia no sólo las peculiaridades del modo de producción de la ciencia y de la tecnología por el Estado militar-industrial, sino un universo, no precisamente secundario, de teorías que son en sí mismas mortíferas, es decir, que emplean recursos lógicos-metodológicos combinados para producir la destrucción del hombre y la naturaleza*. V. MARI, Enrique, "Ciencia y ética. El modelo de la ciencia martillo", en "Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa", N° 10, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 319/27. En sentido similar, MALIANDI, "Ética..." cit., pág. 101. Se recomienda, asimismo, BUNGE, Mario, "Ética y ciencia", 3ª ed., Bs. As., Siglo Veinte, 1986, págs. 28 y 33/40; BUNGE, "Ética, Ciencia y Técnica", Bs. As., Sudamericana, 1996, pág. 56.

13 DÍAZ, "Luces y sobras de la razón científica", en "Cuadernos de la Diosa Episteme", Año II, N° II, Rosario, Laborde, 2001, pág. 33.

14 MALIANDI, "Ética..." cit., pág. 102.

15 GRACIA, op. cit., pág. 11.

16 DIAZ, "Multidimensionalidad..." cit. pág. 9.

3. En este marco, y como respuesta a esta situación, surge la Bioética constituyendo el nuevo rostro de la ética científica¹⁷, conjugando, *en la era tecnológica, biología y moral, en una síntesis paradigmática de ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y deber ser*¹⁸.

Por su parte, el Derecho entendido como fenómeno complejo, esto es, integrado por las conductas humanas, las que son descriptas e integradas por normas, siendo ambas, las conductas y las normas, valoradas por la justicia¹⁹, no es ajeno a las cuestiones que venimos tratando. Así pues, los desafíos que importa la biotecnología originan en el campo jurídico el nacimiento del Bioderecho²⁰, en tanto rama jurídica transversal, llamada a complementar y enriquecer las ramas tradicionales²¹, encargada de atender el impacto que la misma tiene *en la vida en general y, particularmente, en la vida humana*²², en salvaguarda de la dignidad humana.

Asimismo, frente a la necesidad de atender el impacto de la biotecnología y dar respuestas a los dilemas que el mismo genera, junto al Bioderecho, en tanto Derecho de la Vida²³, corresponde considerar el Derecho de la Salud como otra rama nueva transversal, atento tratarse *de una perspectiva que considera a todo el Derecho desde la problemática de la salud*²⁴.

4. Una de las cuestiones más problemáticas que reclama la atención de estas disciplinas es la referida al acceso y cuidado de la salud de las personas; cuestión por

17 GRACIA, op. cit., pág. 11.

18 HOOFT, Pedro F., “Bioética y Derechos humanos. Temas y casos”, Bs. As., Depalma, 1999, pág. 21.

19 V. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit.; CIURO CALDANI, “La conjetura...” cit.

20 CIURO CALDANI, “Introducción general al Bioderecho”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 2, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 11 y ss.; “Panorama de los fundamentos de la bioética”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 18, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994, págs. 33 y ss.; “La elaboración de las normas del bioderecho”, en J.A. 1998-IV-704; “Una cuestión axial del bioderecho: la posición del jurista en la tensión actual entre economía y vida “inútil”, en “Bioética...”, N° 1, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996, págs. 41 y ss. Asimismo, V. DABOVE, María Isolina y SOTO, Alfredo, “Comprensión iusfilosófica del Bioderecho”, en “Boletín del Centro...”, N° 21, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, pág. 117; HOOFT, op. cit., págs. 22/24; TINANT, Eduardo Luis, “Antología para una bioética jurídica”, Bs. As., La Ley, 2004, págs. 4/9.

21 CIURO CALDANI, “Introducción general...” cit., pág. 12.

22 Íd.

23 CIURO CALDANI, “Panorama de los fundamentos...”, cit., pág. 34.

24 CIURO CALDANI, “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2004/2005, pág. 21.

cierto compleja en tanto su naturaleza, fundamentación y alcance está impregnada de cuestiones éticas, jurídicas y económicas.

Por ello, considero importante la reflexión sobre el posible diálogo entre el Derecho, la Ética y la Economía.

En primer lugar, quisiera señalar, brevemente, que entenderé por Ética *la disciplina filosófica*²⁵ cuyo objeto de estudio es el análisis reflexivo sobre los modos y las normas de la conducta humana²⁶.

De la definición dada se desprende que la Ética tiene tres componentes, los cuales pueden ser analizados desde una perspectiva tridimensional, comprensiva de una *dimensión sociológica* referida al estudio del *ethos* –por su parte, también complejo–; una *dimensión normológica* dirigida al análisis de las normas éticas, que receptan las conductas y regulan el ejercicio de las acciones humanas; y una *dimensión axiológica* encargada del análisis reflexivo, en tanto valorativo, de dichas conductas y normas²⁷.

Pero, ¿qué es el *ethos*? Etimológicamente, podemos encontrar las siguientes acepciones: 1) *hábito o costumbre*; 2) *lugar donde se habita, residencia o morada*; 3) *carácter, como lo más propio de la persona, de su modo de actuar*²⁸. Como se puede ver, los sentidos señalados hacen alusión a lo individual, a *lo propio, lo íntimo, lo endógeno: aquello de donde se sale y adonde se vuelve, o bien aquello de donde salen los propios actos, la fuente de tales actos*²⁹; así refiere al modo de ser o carácter adquirido como resultado de poner en práctica unas costumbres o hábitos considerados buenos³⁰.

No obstante, el *ethos* es complejo porque, no sólo refiere a las acciones de la persona individual, sino que, también, comprende al grupo social. Este aspecto social del *ethos* se puede interpretar de dos maneras posibles. La primera, de acuerdo con la cual, el

25 Tradicionalmente, la Ética, en tanto disciplina filosófica, se ubica entre las ramas de la filosofía práctica, por oposición a la filosofía teórica, por el hecho de encontrar su ámbito de objeto propio en el obrar humano, esto es, la praxis, la acción humana, conforme lo expuesto por WIELAND, Wolfgang, “La razón y su praxis. Cuatro ensayos filosóficos”, trad. Alejandro Vigo, Bs. As., Biblos, 1996, pág. 85. En el mismo sentido, se puede consultar la obra de FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía, E-J”, edición actualizada por la Cátedra Ferrater Mora, Barcelona, Ariel, 1994, Tomo II, págs. 1352/1353.

26 CAMPS, Victoria (ed.), “Historia de la ética, 1. De los griegos al renacimiento”, Barcelona, Crítica, 1987, pág. 11.

27 El análisis tridimensional propuesto se sustenta en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, creada por Werner Goldschmidt y actualizada por el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, dado las ventajas metodológicas que dicha iusfilosofía nos proporciona.

28 MALIANDI, “Ética: conceptos y problemas”, 3ª ed., Bs. As., Biblos, 2004, pág. 20.

29 Íd.

30 CORTINA, Adela y MARTINEZ NAVARRO, Emilio, “Ética”, 3ª ed., Madrid, Akal, 2001, pág. 21.

ethos es una actividad individual que implica al otro, como expresa Morin, el acto moral es un acto individual de religación: religación con el prójimo, religación con una comunidad, religación con una sociedad y, en el límite, religación con la especie humana³¹. Conforme este aspecto, reconocemos al otro como semejante pero también como diferente a nosotros³², el otro comparte así una identidad común con ese yo al tiempo que conserva su desemejanza³³, cuando el otro aparece como semejante más que como desemejante, lleva en sí una potencialidad fraternal³⁴, en relación identidad-alteridad, que, a nuestro criterio, permite la realización de la igualdad y la unicidad de la familia humana en el marco de un régimen de justicia humanista y tolerante³⁵, al cual adhiero.

La otra alternativa posible para analizar el aspecto social del ethos consiste en referir que el mismo comprende el conjunto de actitudes, convicciones, creencias morales y formas de conducta de un grupo social o étnico. Aquí, coincido con Maliandi que el ethos es un fenómeno cultural (el fenómeno de la moralidad)³⁶.

Además, de lo que podríamos llamar la dimensión social del ethos, insisto en la complejidad del mismo porque, a su vez, comprende a la Ética misma, en tanto implica los otros dos componentes. Es decir, es norma e importa, entonces, la explicación, la interpretación, la aplicación y la argumentación de la norma o código de normas que contempla la conducta, como así también, contiene la reflexión valorativa de las conductas y de las normas que las refieren³⁷.

En segundo lugar, en lo que refiere a la consideración del Derecho, adscribo a la Teoría Trialista del mundo jurídico, en virtud de la cual, el Derecho es un fenómeno complejo, producto de la integración de sus tres dimensiones: sociológica, normativa y dikelógica.

Al expresar que el Derecho está compuesto por una dimensión dikelógica-axiológica, es decir, integrado por valores, se desprende que, desde esta perspectiva, existe relación entre el Derecho y la Ética; encuadrándose, de este modo, en el marco de las teorías no positivistas que sostienen la vinculación entre ambas disciplinas.

31 MORIN, "El Método 6. Ética", trad. Ana Sánchez, Madrid, Cátedra, 2006, pág. 24.

32 Íd., pág. 113.

33 Íd.

34 Íd.

35 Conforme lo expuesto por GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 438/445; CIURO CALDANI, "Panorama de los fundamentos..." cit., págs. 37 y s.

36 Íd.

37 En coincidencia con lo expuesto por Maliandi, entiendo lo "reflexivo" en sentido estricto, en tanto sección especial del ethos. V. MALIANDI, "Ética: conceptos..." cit., pág. 47.

En tercer lugar, la Economía es la teoría científica que se ocupa del análisis de la *actividad humana destinada a producir ciertos valores de utilidad*³⁸. Específicamente, esta actividad humana tiene por objeto primordial la utilización óptima, esto es, eficiente, finalista y racional de los medios –bienes y servicios, generalmente escasos– para el logro de determinados fines –la satisfacción de las necesidades–, sean éstos el progreso económico y técnico general y el crecimiento de la producción mediante el desarrollo de todos los recursos. Así, los sujetos económicos deben emplear los bienes, el dinero y otros medios escasos, evitando pérdidas innecesarias³⁹.

La realidad nos muestra que, si bien las condiciones económicas, no pueden crear más que los presupuestos materiales para alcanzar los fines mencionados, el carácter del sistema económico depende de una decisión de principio (que, en definitiva, contiene implícita una perspectiva ética). Así, se procura la realización de objetivos individuales tendientes a lograr el máximo desarrollo personal y autonomía individual posibles, o la realización de estos fines individuales tienen como consecuencia la realización de fines sociales, para lo cual se hace necesario la intervención política y jurídica tendiente a lograr el justo equilibrio entre ambos fines⁴⁰.

Considero que, desde este último aspecto, es posible el diálogo entre las disciplinas en análisis, en tanto los fines económicos deben procurar conciliar una economía de mercado con exigencias sociales⁴¹, en la cual los fines éticos de una sociedad democrática co-determinen el proceso de producción, distribución y consumo⁴².

Los fines materiales del crecimiento económico deben coincidir, tanto en la actividad económica individual como social, con los principios de justicia relativos a las necesidades; han de garantizar la seguridad social, el mantenimiento de los recursos productivos y del entorno natural⁴³, en el marco de lo que se ha dado en llamar corresponsabilidad social empresarial; para, de ese modo, propiciar las condiciones de convivencia en paz.

Esto es posible en un sistema en el que la justicia, la solidaridad y la responsabilidad frente al bien común valen tanto o más que la libre formación y disposición de la propiedad y la competencia.

38 FERRATER MORA, op. cit., pág. 967.

39 V. conforme HÖFFE, Otfried (ed.), “Diccionario de Ética”, trad. Jorge Vigil, Barcelona, Crítica, 1994, págs. 110 y s.

40 Íd.

41 Íd., pág. 112.

42 Íd.

43 Íd.

5. Ahora bien, cómo se explicita este diálogo en la realización del derecho de acceso a la salud, es decir, en la posibilidad concreta y real del ejercicio de la salud, en tanto expresión de una de las biorespuestas que tratamos de mostrar mediante el presente trabajo.

El derecho de acceso a la salud integra el conjunto de los derechos humanos sociales, reconocido en el artículo 14 bis, 3^{er} párrafo de nuestra Constitución Nacional, en virtud del cual se impone la obligación del Estado de otorgar los beneficios de la seguridad social, el artículo 12 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 12 y 14 del Pacto para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y artículos 23 y 24 de la Convención sobre los derechos del niños, todos ellos Tratados Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna mediante la reforma del año 1994 (artículo 75 inc. 22).

En este sentido, en tanto derecho de acción positiva⁴⁴ –dado que reclama el cumplimiento de un deber positivo al sujeto pasivo del derecho–, se configura como la facultad de las personas para alcanzar los servicios del sistema de salud a los fines del resguardo integral de su salud y, en consecuencia, de su vida digna.

De este modo, el acceso a la salud debe ser entendido desde un amplio espectro, es decir, no sólo referirse a la posibilidad de contar con asistencia médica en caso de enfermedad, sino también contemplar la prevención y la promoción en materia de salud.

Así, el acceso a la salud se vincula necesariamente con la problemática de la oferta y los recursos existentes para hacer frente a las necesidades de la población. Mas la escasez de estos últimos determina la necesidad de su racionalización, imponiendo el análisis de las razones a partir de las cuales se efectivizará la distribución de los recursos.

Ahora bien, siendo uno de los aspectos más relevantes de la vida de las personas la atención de su salud y lo que ella puede representar, tanto en término de cantidad como en calidad de vida, múltiples interrogantes se suscitan.

De esta manera, ¿se realiza efectivamente la salud en las personas?; ¿tenemos real acceso a la asistencia sanitaria?; ¿cómo conciliar el derecho de acceso a la salud con el racionamiento de recursos sanitarios escasos?; ¿qué criterios de justicia se utilizan, o

44 ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 173 y ss.; LIMA MARQUES, Claudia, “Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de “acciones afirmativas” en contratos de planes de salud y planes funerarios frente al consumidor anciano”, en LORENZETTI, Ricardo L., “Contratos de servicios a los consumidores, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 245; VIDIELLA, Graciela, “La justicia en la salud”, en LUNA, Florencia y SALLES, Arleen L. F., “Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2008, pág. 394.

se debieran utilizar, tanto en la legislación como en la jurisprudencia nacional para que dicho racionamiento propicie un acceso universal a la salud?

¿En el Estado Constitucional de Derecho, las acciones vigentes en materia de salud responden a las políticas sociales o estrategias asistenciales, partiendo de la consideración de que unas y otras producen una relación distinta entre Estado y Sociedad, dado la posibilidad de las mismas de generar derecho o simplemente, procurar un beneficio coyuntural en carácter de subsidio⁴⁵?

¿El sistema médico tanto público como privado debe atender cualquier tipo de prestación, aún cuando ésta no esté contemplada en el PMO? En este sentido, ante el vertiginoso avance de la ciencia, ¿cómo se debe resolver la tensión entre un tratamiento existente, aprobado y eficiente con uno novedoso y generalmente, más benigno para el paciente?

6. En el marco de este análisis, y a la luz del marco teórico propuesto, considero que las respuestas reclamadas por estos biointerrogantes a la Bioética, el Bioderecho y el Derecho de la Salud son posibles en la medida en que se posibilite el diálogo entre Derecho, la Ética y la Economía.

En este sentido, se exige desde el Derecho la adhesión a los valores justicia, utilidad y humanidad, confiriéndole dignidad de sujeto a cada ser humano⁴⁶, esto es, se debe respetar al hombre tal como es, reconociendo que somos únicos, iguales y comunitarios⁴⁷. En palabras de Morin, *trabajar para la humanización de la humanidad... obedecer a la vida, guiar la vida... lograr la unidad... en la diversidad... respetar en el otro... tanto la diferencia como la identidad consigo mismo*⁴⁸. A lo que debemos agregar, pensar la humanidad presente y venidera tratando de que las consecuencias de la acción de la ciencia sean compatibles con la permanencia de una auténtica vida humana sobre la tierra⁴⁹.

45 LEVIN, Silvia, "Políticas sociales y derecho de la ancianidad", en DABOVE CARAMUTO, María Isolina y PRUNOTTO LABORDE, Adolfo (dir.), "Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria", Rosario, Juris, 2006, págs. 259/276; BELMARTINO, Susana, LEVIN, Silvia y REPETTO, Fabián, "Políticas Sociales y derechos sociales en la Argentina: breve historia de un retroceso", en "SOCIALIS. Reflexiones Latinoamericanas sobre Política Social", Rosario, Homo Sapiens, 2001, págs. 53/83.

46 MORIN, Edgar, "El Método 2. La Vida de la Vida", trad. Ana Sánchez, 6ª ed., Madrid, Cátedra, 2003, pág. 494.

47 CIURO CALDANI, "Panorama trialista..." cit., pág. 94.

48 MORIN, Edgar, "Los siete saberes necesarios para la educación del futuro", 1ª ed., 3ª reimp., Bs. As., Nueva Visión, 2002, pág. 106.

49 Conforme la teoría ética planetaria y de la posteridad formulada por Hans Jonas. V. CIURO CALDANI, "Panorama trialista..." cit., pág. 79.

UNA MANIFESTACIÓN DEL TRÁNSITO DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO: LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS CUESTIONES ÉTICAS *

NOEMÍ LIDIA NICOLAU **

Resumen: Se trabaja el problema que plantea el tránsito de la Bioética al Bioderecho, entendiéndoselo como una pretensión vana de “formalizar” en normas legales los principios éticos y considerando que, si bien ambas disciplinas comparten su objeto de conocimiento, pues la vida interesa a la Ética y también al Derecho, no se justifica la subordinación de la Bioética al Bioderecho. Se propicia un enfoque pluridisciplinar de los problemas, pero nunca un desplazamiento de las reflexiones bioéticas esenciales. Se propone además poner especial énfasis en desarrollar y prestigiar a nivel universal un fondo común de la bioética, integrando los grandes y fundamentales principios generales, de un modo similar a la Declaración de Helsinki en materia de investigación clínica. Se entiende que esos grandes principios deberían constituir el marco de referencia obligado, en el que luego cada país establecería una normativa jurídica mínima. Se exponen como ejemplos inmediatos de esa tendencia, un caso judicial que dispone la ortotanasia para un joven enfermo terminal y la sanción de leyes provinciales que tratan de regular la denominada muerte digna.

Palabras clave: Bioética - Bioederecho - Judicialización - Eutanasia.

Abstract: This paper explores the problem that the transit from the Bioethics to the Biolaw proposes, understanding it as a vain pretension in order to formalize the ethical principles in legal rules. It considers that although both disciplines share their object of knowledge, because Ethics and Law are interested in life, the subordination of Bioethics to Biolaw is not justified. A pluridisciplinar focus of the problems is considered propitious, but never a displacement of the essential bioethical reflections. It is also proposed to put special emphasis in developing and lending prestige to a common background of bioethics in a universal level, integrating the big and fundamental general principles, in a similar way as done in the Declaration of Helsinki as regards clinical research. Those big principles should be the obligatory frame of reference, to permit then each country to establish a minimum of juridical norms. A judicial case that establishes the orthotanasia for a terminal sick young person, and the approval of provincial laws that intend to regulate the so-called dignified death, are exposed as immediate examples of that tendency.

* Elaborado en base a la exposición realizada en la Jornada Regional Rosarina de Bioética y Derecho de la Salud (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 29 de setiembre de 2008).

** Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario.

Key words: Bioethics - Biolaw - Judicialization - Euthanasia.

1. Hace ya tiempo que se avizora el tránsito de la Bioética al Bioderecho, un pasaje imperceptible, pero constante, de los contenidos de una disciplina a la otra. Quizás pueda situarse el origen más remoto de este movimiento en la Antigüedad, cuando se desarrolló la noción de persona y sujeto de derecho¹, pero, aun así, sólo en los últimos tiempos pueden apreciarse en toda su magnitud, la aceleración y profundización del proceso, y en especial, sus consecuencias.

Podría encontrarse alguna explicación de ese confuso tránsito en el hecho de que ambas disciplinas comparten su objeto de conocimiento, pues la vida interesa a la Ética y también al Derecho, lo que justifica el abordaje interdisciplinario, pero nunca la subordinación de la Bioética al Bioderecho. Ese pasaje es una pretensión vana de “formalizar” en normas legales los principios éticos. Se intenta una “formalización” en la que está en juego la vida y, en especial la vida humana, por lo que los cuestionamientos son múltiples. No es sencillo formalizar la Bioética y mucho menos si se pretende sustituirla por el Derecho.

El Bioderecho no puede arrogarse, ni tampoco debe endilgársele, la solución de las cuestiones específicas de la Bioética. Aun hoy está vigente uno de los grandes interrogantes que se planteaba hace una década: *“que es decidir cuánto se pretenderá intervenir en la vida a través de repartos o dejar que las soluciones se vayan*

1 Acerca de la relación Bioética-Bioderecho, la judicialización de la Bioética y, en especial, en torno a la eutanasia, puede v. LAVIALLE, Christian, “De la difficulté à légiférer sur le vivant”, en NEIRINCK, Claire, “De la bioéthique au bio-droit”, Paris, L.G.D.J., 1994, pág. 14; BERNARD-DOUCHEZ, Marie- Hélène, “La déontologie médical”, en “De la bioéthique au bio-droit”, Paris, L.G.D.J., 1994, pág. 97; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Introducción general al bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 22, pág. 24; HOOFT, Pedro Federico “Bioética y Derechos humanos”, Bs. As., Depalma, 1999; CORTINA, Adela, “Tareas de una bioética latina”, JA 2004-IV-1099; MARTÍN YÁÑEZ, María T. y MARTÍ DE MINUTELLA, Estela, “Seguridad Social. Actualidades”, RDLSS 2007-14-1311; ZAMBRANO, Pilar, “Los dilemas aparentes del bioderecho”, Sup. Const. 2008 (octubre), 34; VALENTE, Luis Alberto, “Bioética y derecho civil”, LA LEY 05/01/2004, 1; BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, “Bioética y derecho. Pautas básicas para la caracterización de sus relaciones”, LA LEY 1998-C, 1306; NICOLAU, Noemí L., “La intervención judicial en el negocio personalísimo entre médico y paciente. Dos recientes casos judiciales”, LA LEY 1998-C, 265; SAUX, Edgardo I. y AZVALINSKY, Alejandro M., “Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales. Utilidad y alternativas”, JA 2007-IV-1034; BLANCO, Luis Guillermo, “Homicidio piadoso, eutanasia y dignidad humana”, LA LEY 1997-F, 509; TINANT, Eduardo Luis, “El derecho a la salud y la omisión inconstitucional del juez. La tutela de la “persona vulnerable” en sentido bioético”, LA LEY 2000-C, 545.

*produciendo por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. Se trata de saber en qué medida se ha de "juridizar" la problemática biotecnológica"*².

Es adecuado propiciar un enfoque pluridisciplinar de los problemas, pero nunca un desplazamiento de las reflexiones bioéticas esenciales. Debería ponerse especial énfasis en desarrollar y prestigiar a nivel universal un fondo común de la bioética³, integrando los grandes y fundamentales principios generales, de un modo similar a la Declaración de Helsinki en materia de investigación clínica. Esos grandes principios deberían constituir el marco de referencia obligado, en el que luego cada país establecería una normativa jurídica mínima.

Las consecuencias indeseadas de este proceso comienzan a evidenciarse en nuestro país, y una de sus manifestaciones más sugerentes y problemáticas es la tendencia creciente a la judicialización⁴ de la Bioética. Es fácil observar que los casos concretos que involucran grandes dilemas bioéticos, son presentados con prontitud ante los estrados judiciales, cuando bien podrían resolverse en otras instancias, por ejemplo, con la intervención de los Comités de bioética.

Por otro lado, no sólo se trata de judicializar la Bioética, sino de derivar al mundo jurídico las soluciones de los conflictos éticos para que sean captadas en normas legales que, frecuentemente, serán inadecuadas, porque, como se dijo con claridad *"...en el bioderecho muchas de las cuestiones son vitales, todo lo que se preestablece está sometido al límite necesario de que, llegado el momento crítico, la decisión será replanteada, sea cual fuera el resultado, de mantenerla o cambiarla. En estos casos biojurídicos, a menudo referidos a cuestiones cruciales para la vida individual y colectiva, es particularmente relevante saber qué es lo que se puede repartir, para no intentar adjudicaciones que acaben en fracasos a veces contraproducentes"*⁵.

Si lo que subyace en este proceso es el afán de evitar a los equipos médicos responsabilidades penales, estableciendo tipos penales específicos, sin duda que será necesaria la sanción de normas legales, pero aun desde esa perspectiva cabe preguntarse si no es suficiente el marco legal vigente. Sin embargo, no parece ser esa la inquietud central, sino la concreción de una formalización global de aspectos civiles, ya resueltos por principios básicos de la Bioética.

2 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "La elaboración de las normas del bioderecho", JA 1998-IV-704.

3 LAVIALLE, Christian, op. cit., pág. 18.

4 Empleamos el término en la acepción del Diccionario de la Real Academia Española: "Llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política".

5 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "La elaboración de las normas...." cit., pág. 5.

2. Precisamente, en los días anteriores a la Jornada de Bioética en la que expusimos estas reflexiones, se difundieron en nuestro país dos noticias que muestran con claridad la tendencia descripta, ambas vinculadas a una de las cuestiones bioéticas más discutidas en el presente, como es la autonomía del paciente terminal para disponer acerca del tratamiento que debe dispensársele en la última etapa de su vida.

Aludimos a la eutanasia que, en sentido estricto, es el procedimiento que permite alcanzar a un enfermo terminal una muerte tranquila y sin dolor, con el fin de liberarlo de padecimientos intolerables, previo su consentimiento o el de las personas legitimadas para suplirlo. La eutanasia se vincula necesariamente con la ortotanasia, proceso en el que la muerte se produce por una omisión, por no suministrar un tratamiento extraordinario o desproporcionado o por interrumpir el que se hubiere iniciado. Se procura que el enfermo terminal acabe su vida con naturalidad, proporcionándole apoyo psicológico y una medicación que reduzca el dolor físico y moral. No puede omitirse tampoco la referencia a la distanasia, “encarnizamiento terapéutico” o “violencia terapéutica” que insiste en prolongar vidas o agonías con toda clase de medios mecánicos, quirúrgicos o medicamentosos.

Explicitar estas cuestiones entre nosotros, era infrecuente hace sólo dos décadas atrás, en cambio, en el presente, la sociedad las ha asumido como verdaderos desafíos a resolver. Sin duda, que la toma de conciencia significa un adelanto notorio en el camino al mayor respeto a los derechos personalísimos de los enfermos terminales, el próximo paso debería darse en la búsqueda de soluciones más acertadas. Los casos que comentaremos así lo demuestran.

3. La primera noticia a la que aludimos, daba cuentas de la demanda presentada por los padres y hermanos de un joven de 20 años, enfermo terminal, que en ese entonces padecía encefalopatía progresiva en estado terminal y estaba internado en una institución⁶. Se trataba de una extraña patología, conocida como lipofuscinosis ceroides Jansy Bielchowsky, de la que se tienen relevados pocos casos en el mundo y, según los informes médicos, el joven superó las expectativas de vida de quienes la padecen, que oscila entre los 5 y 15 años. El enfermo se encontraba postrado, sin posibilidad de desplazarse o sentarse por sus propios medios, estaba ciego, en posición fetal y no hablaba. Además presentaba una severa espasticidad, alimentándose por vía artificial, no controlaba esfínteres, no reconocía a las personas y sólo respondía a estímulos dolorosos.

6 Autos: “SME y otros s/ se oficie s/ su situación” (expte. 791/08), Juzgado Civil y Comercial de Distrito, 9ª Nominación, Rosario, a cargo del Dr. Marcelo Bergia.

Los demandantes solicitaron que en la fase final de la enfermedad del menor no se emplearan mecanismos de resucitación, pues sólo añadirían dolor al padecimiento crónico. Es decir, pidieron autorización para un tratamiento ortotánico. Con el dictamen del médico forense que consideró conveniente hacer lugar a lo solicitado por la familia, el Tribunal dispuso la intervención del Comité de Bioética de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional, solicitud de la Defensoría de Menores, y luego resolvió que, en caso de paro cardiorrespiratorio, sólo se le aplicaran maniobras básicas no cruentas. La disposición descartó métodos como electroshock, traqueotomía, intubación, ventilación endotraqueal e inyección intracardiaca que, según los informes que acompañan a la presentación, sólo agregarían dolor al paciente que no tenía posibilidad alguna de recuperación. Dicho de otro modo, prohibió la distanasia. También se ordenaba que ante cualquier emergencia derivada de la enfermedad, el menor fuera trasladado en forma inmediata al sanatorio en el que siempre fue atendido.

Sin duda que el fallo y el procedimiento empleado por el Tribunal son ejemplares, mas traemos este caso porque mueve a pensar acerca de si era necesario judicializar el problema, trasladándolo anticipada y prontamente a un juez civil, que en la soledad de su despacho debería resolverlo. Las dificultades que presenta la judicialización de estas causas se patentiza en el laberinto que el expediente recorrió en mérito a las incompetencias que fueron deduciendo los diferentes tribunales. El Tribunal de Familia de feria se declaró incompetente y lo remitió al Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial de feria, quien lo pasó al Juzgado de Distrito de Menores, que también se declaró incompetente y lo envió a la Mesa de Entradas Única de Juzgados de Distrito en lo Civil y Comercial, quien finalmente dispuso la radicación en el Juzgado de Distrito Civil y Comercial que asumió el asunto y dictó la sentencia que comentamos.

Si había urgencia, este largo peregrinar no la satisfizo. Quizás lo más correcto para el enfermo y su familia hubiera sido confiar en que el equipo de salud que lo tenía a su cargo, lo atendería de acuerdo a los principios básicos de la Bioética, que aconsejan en esos casos no someter al paciente a distanasia, sino controlar el final, prodigando la mejor calidad de vida durante el tiempo que sea posible. En caso de existir todavía alguna duda, quedaba el recurso de someter la decisión a un Comité de ética hospitalaria que, con alta especialización e interdisciplinariedad, hubiera resuelto el caso sin intervención judicial.

4. En el mismo tiempo en que esto sucedía, la eutanasia aparece de nuevo en los medios de comunicación masivos porque la Provincia de Neuquén anunciaba como un hecho sobresaliente, la sanción de una ley provincial que contempla, entre diecisiete principios básicos, el derecho de los pacientes con enfermedades terminales a tener una

muerte digna⁷.

En su artículo 4º dice la ley que al respeto por la vida corresponde el respeto por la muerte y reconoce a los pacientes el derecho a decidir en forma previa, libre y fehaciente, la voluntad de no prolongar artificialmente su vida a través de medios extraordinarios y/o desproporcionados, y a que se reduzcan progresivamente y/o irremediablemente su nivel de conciencia.

Entre sus antecedentes se encuentra la ley N° 4264 de la Provincia de Río Negro, promulgada en diciembre de 2007. La lectura de estos cuerpos normativos hace pensar que probablemente su sanción haya satisfecho el anhelo de los legisladores provinciales de ocuparse del tema, pero desde el punto de vista técnico son leyes estériles porque, en gran medida, constituyen meras declaraciones de principios y, en otra gran parte, resultan inconstitucionales.

En efecto, la mayoría de los artículos de la ley 4264 no constituyen normas legales, porque no tienen la estructura correspondiente ya que carecen de supuesto de hecho y de consecuencia jurídica. Puede verse como ejemplo su artículo 1º: *“La presente ley tiene por objeto el respeto a la calidad de vida y a la dignidad de los enfermos terminales”*. También su artículo 2º: *“Toda persona que padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación, informada en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento desmesurado”*.

Por otro lado, entre las pocas normas legales que la ley contiene, un número significativo resulta inconstitucional, porque regula derecho de fondo que está delegado al Congreso de la Nación. Por ejemplo, el párrafo del artículo 2º que dice: *“Asimismo es válida la manifestación de voluntad de toda persona capaz, realizada en instrumento público y por ante un escribano de registro en la que manifieste su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento desmesurado, en caso de que en un futuro le acontecieran los supuestos descriptos”*.

La publicitada sanción de la ley neuquina también llama la atención. Evidencia la urgencia de los legisladores provinciales por hacerse cargo de un tema, ante el fracaso del Congreso de la Nación en cuanto a sancionar alguno de los tantos proyectos de ley sobre la materia que existen y existieron en el orden nacional.

7 Diario La Nación del 27 de setiembre de 2008.

5. Cuando se advierten estas manifestaciones no satisfactorias del tránsito de la Bioética al Bioderecho es lógico preguntarse por sus causas y por la posibilidad de superar los obstáculos a fin de alcanzar una verdadera interdisciplinariedad.

Entre las múltiples causas que pueden señalarse, la que se encuentra en primer lugar, en nuestra opinión, es la tensión existente todavía en lo más profundo de la relación médico paciente, que aun se debate entre el modelo de autoridad y el modelo de autonomía. Como es sabido, el modelo de autonomía postula que la voluntad del paciente, suficientemente informado, debe prevalecer en cualquier decisión que deba adoptarse respecto a su propio cuerpo, mientras el modelo de beneficencia o de autoridad suponía que los saberes científicos de los equipos de salud permitían adoptar las soluciones más acertadas para los pacientes, inclusive, en contra de su voluntad, si estuviera en juego la vida.

En la cultura media de nuestro país subyace todavía cierta tendencia a considerar que el paciente puede no acertar acerca de lo más favorable para su vida, su salud o su calidad de vida. En lo más profundo, continúa considerándose la aristocracia del saber médico en contraste con la ignorancia del paciente, de modo que, hasta con cierta inconciencia, se da preferencia a las opiniones del equipo médico y, en caso de conflicto, se recurre al tribunal. La opinión del paciente se acepta como válida si así lo afirma un tribunal, lo cual implica una actitud dubitativa en cuanto a su validez. Todo indica entonces que la relación médico paciente se construye en torno a un modelo de autoridad, que conduce prematuramente a buscar la autoridad del juez cuando entra en conflicto la del médico. Es decir, que es otra de las causas de la judicialización de los problemas.

Influye también de un modo negativo el deterioro que experimenta en la actualidad la relación médico paciente. Ha desaparecido la profunda confianza que se depositaba en el “médico de familia”, porque ha desaparecido ese rol. La medicina se ha despersonalizado, masificado, proletarizado y, en algunos sectores, se ha pauperizado, de modo que el paciente no confía demasiado en su médico, que varía constantemente y no conoce demasiado, y éste tampoco en su paciente. Esto conduce a que, ante el primer inconveniente, haya quienes estén dispuestos a promover una acción judicial imputando responsabilidad civil a los médicos.

La proliferación de demandas por mala praxis, muchas veces desestimadas, genera entre los profesionales cierta prevención y temor a la litigiosidad, por lo que algunos buscan anticipadamente la aprobación judicial de los tratamientos que deciden aplicar, o bien, que decida, en definitiva, lo que debe hacerse y asuma las consecuencias.

Por último, hay que señalar que favorece la judicialización de la Bioética el hecho de que el amparo se ha puesto al alcance de la mano de los pacientes y los

médicos. Desde que la acción inhibitoria se incorporó al derecho argentino, su empleo, un tanto indiscriminado, ha sido cuestionado, por el abuso que significa de esta herramienta procesal. La facilitación del acceso rápido a los estrados judiciales parece seducir a algunas de las personas que de pronto se encuentran involucradas en los casos cotidianos que requieren soluciones bioéticas.

6. En síntesis, postulamos el desarrollo de un Bioderecho que trabaje, sin desplazar a la Bioética, por encontrar cada día soluciones más justas a los conflictos jurídicos en los que esté en juego la salud o la vida de las personas.

PROLIFERACIÓN DE NORMAS EN DERECHO DE LA SALUD: ENTRE FENÓMENOS INFLACIONARIOS Y PROMESAS FRAUDULENTAS

ELIAN PREGNO *

Resumen: Las líneas que siguen son fruto de la investigación sistemática y la reflexión continua que a diario hacemos en miras a la elaboración de nuestra tesis doctoral. Básicamente, nos proponemos pasar revista a las nociones básicas de la dimensión normológica del Derecho de la Salud, a saber: fuentes, clases de normas, funciones y funcionamiento (II); sin perder de vista que, probablemente, son de neto corte futurista, en un marco de plusmodelación conceptual y con presumibles móviles fraudulentos (a propósito de eso, abordaremos el funcionamiento de la “norma espectáculo”) (III). Luego, una apostilla sobre la necesidad de metodologizar los “saltos” en el trialismo (IV).

Palabras clave: Derecho de la Salud - Dimensión normológica - Norma espectáculo - Saltos.

Abstract: The following lines are the result not only of systematic research but also daily reflections that come out in the process of developing our doctoral thesis. Basically, we intend to review the basics of the normative dimension of our Health Law, including: sources, types of norms, functions and operation (II), bearing in mind that probably they are, in a sense, futuristic in a *plusmodelación conceptual* framework and with, presumably, fraudulent mobiles (incidentally, we will address the operation of “show act”) (III). Afterwards, an apostille on the need to sistematize the jumps in the trialism (IV).

Key words: Health Law - Normological dimension - Norms of entertainment - Jumps.

I. Exordio

1. Las líneas que siguen son fruto de la investigación sistemática y la reflexión continua que a diario hacemos en miras a la elaboración de nuestra tesis doctoral.

Huelga hacer referencia a la plataforma teórica general que le da cuerpo a esta contribución, verbigracia la *teoría trialista del mundo jurídico*, magistralmente expuesta

* Docente de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Belgrano. Becario del CONICET. E-mail: epregno@derecho.uba.ar

por Werner Goldschmidt en su “*Introducción filosófica al derecho*”¹. Asimismo, de referencia impostergable resultan los ajustes realizados por uno de sus discípulos dilectos, Miguel Ángel Ciuro Caldani, posicionado, sin lugar a dudas, como el referente indiscutido de las corrientes integrativistas de corte tridimensional con desarrollo y vigencia en la actualidad².

Básicamente, nos proponemos pasar revista a las nociones básicas de la dimensión normológica del Derecho de la Salud³, a saber: fuentes, clases de normas, funciones y funcionamiento (II); sin perder de vista que, probablemente, son de neto corte futurista, en un marco de *plusmodelación conceptual*⁴ y con presumibles *móviles* fraudulentos (a propósito de eso, abordaremos el funcionamiento de la *norma espectáculo*) (III). Luego, una apostilla sobre la necesidad de metodologizar los “saltos” en el *trialismo* (IV).

Hechas estas breves consideraciones demarcatorias iniciales, acotadas a exteriorizar la procedencia teórica y el objeto de las reflexiones que figuran a continuación, corresponde dar paso a conversables hallazgos, con la íntima convicción de que no son sino conclusiones en permanente proceso de revisión.

II. Nociones básicas de la dimensión normológica

2. El *trialismo* construye⁵ el objeto jurídico dotado de complejidad⁶ pura⁷ y compuesto de *repartos de potencia e impotencia*⁸ (dimensión sociológica). Tales repartos

-
- 1 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.
 - 2 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; “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 dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.
 - 3 CIURO CALDANI, “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, págs. 19/32; “Introducción general al Bioderecho”, en “Bioética y Bioderecho”, vol. 2, págs. 11/21; “Perspectivas Filosófico-Jurídicas de la salud”, en “Bioética...” cit., vol. 4, págs. 25/32.
 - 4 CIURO CALDANI, “Aportes para una Teoría de las Respuestas Jurídicas”, reimpresión 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...” cit., N° 3, págs. 83 y ss..
 - 5 El “constructivismo epistémico” sostenido es tributario de las enseñanzas de Ciuro Caldani, al señalar un distingo con el pensamiento goldschmidtiano que ancló la pluralidad metodológica en el realismo genético. Tal parecer permite zanjar airosamente la irresoluble y legendaria controversia

son captados normativamente⁹ (dimensión normológica) y valorados por un plexo axiológico que culmina en la *justicia*¹⁰ (dimensión dikelógica).

La norma, siempre desde el andamiaje conceptual de Werner Goldschmidt, es concebida como captación lógica neutral (desde la óptica de un tercero) del reparto proyectado y, consecuentemente, cual juego de encastre, el ordenamiento normativo es la captación lógica neutral del orden de repartos; no obstante, nos ocuparemos principalmente de la norma aislada.

Luego, siendo la verdad la categoría que hace las veces de piedra de toque de la dimensión normológica, fácilmente se advierte el compromiso del *trialismo* con el desenmascaramiento constante de los factores de poder y el des-ocultamiento de los móviles de los actores de la vida social que resuelven los beneficios y los perjuicios para la vida concreta de los individuos. Frente al vértigo que produce la pantonomía de la verdad, pueden alcanzarse grados de certeza fraccionando. No obstante, en honor a la función eminentemente desenmascaradora que inunda a la teoría trialista del mundo jurídico, el desfraccionamiento (= verdad) siempre es preferido al fraccionamiento (= certeza); salvo, claro está, cuando ello no es viable.

que mantienen realistas e idealistas. Las mismas consideraciones planteará el jurista rosarino en la dimensión dikelógica, hasta afincar en el “constructivismo moral”.

- 6 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”. Cfr. <http://www.complejidad.org/penscompl.htm> (24-04-05).

- 7 Respecto del objeto del derecho: a) en una etapa prekelseniana puede hablarse de “complejidad impura”; b) en la obra del jurista vienés puede advertirse “simplicidad pura”; y, c) en Goldschmidt se reconocen los tres despliegues articulados más no mezclados, a partir de la integración de hechos, normas y valores.
- 8 Entendiendo por potencia los favores y por impotencia los perjuicios a la vida, en particular, y al ser, en general.
- 9 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”).
- 10 V. nota 5, in fine.

Finalizadas estas breves líneas introductorias generales, adentrémonos, pues, en los pormenores de la dimensión normológica y las particularidades que, a nuestro parecer, se le plantean al Derecho de la Salud.

3. En cuanto a la cuestión del origen de las normas, el estudio de las fuentes se asemeja a la lógica lúdica planteada por un “salón de espejos encantado”, desde que, para nosotros, no puede pensarse legítimamente a la *norma* sin *reparto*, pues la noción de aquella es consustancial a la de éste; salvo, claro está, que se trate de hipótesis fraudulentas. En tal sentido, Goldschmidt se aparta del positivismo jurídico, que entiende a la normatividad como mero acto volitivo desencajado de los hechos sociales.

El elenco de fuentes se integra con las llamadas *normas reales*, las que, a su vez, pueden ser de constancia material o de constancia formal.

Retomando la idea recientemente vertida, la materialidad de las fuentes remite al reparto mismo; es decir, la fuente material se delinea en la realización del reparto. Mientras que cuando la captación se formaliza, se da origen a las fuentes formales. “Las fuentes materiales ‘son-siendo’; las fuentes formales ‘son-enunciando-lo-que-sea’”. De ahí la necesidad de saltar de una a otra a efectos de ganar en fidelidad, exactitud y adecuación”¹¹.

El inventario de fuentes se completa con las denominadas a) *espectáculo*, que se dictan para no cumplirse nunca; b) *de propaganda*, que se dictan, con ánimo de convencimiento, para preparar el escenario propicio para cumplirlas en el porvenir; c) *programáticas*, que se dictan para ser cumplidas en el futuro pero la cuestión está ya instalada; y, d) *de conocimiento*, que son las creaciones científicas que tienen lugar en la ciencia jurídica -comúnmente se las conoce como doctrina- y que pueden apellidarse completas o incompletas según tratamientos más o menos acabados.

4. Respecto de las *fuentes formales* en su “relación con la vida social, se han proyectado las nociones de fuentes “flexibles” y “rígidas” (fácil o difícilmente modificables) y de fuentes “elásticas” e “inelásticas” (más o menos permisivas del cambio social)”¹²; también se ha reparado en la diversidad jerárquica y teorizado sobre los niveles de participación.

11 PREGNO, Elian, “Las reformas estatutarias en la Educación Superior y el cese de los docentes con sesenta y cinco años cumplidos”, en “La Ley”, Suplemento Actualidad, Año LXXII N° 91, del martes 13 de mayo de 2008, pág. 4.

12 CIURO CALDANI, “La conjetura...” cit., pág. 15.

5. Ahora bien, en las normas se reconocen tanto una *función de descripción* (de la voluntad “fiel” del autor de la norma –a través de la interpretación– y del cumplimiento “exacto” de la misma –a través de la aplicación–) como una *función de integración* (que resultará o no adecuada cuando los autores de la norma logren sus objetivos, ayudándose para eso con conductos conceptuales que, luego, alcanzan materialidad personal –en la figura del juez, por ejemplo– o impersonal –tal el caso de lo que sucede con el dinero–).

Asimismo, las normas presentan una estructura bimembre con los consabidos elementos positivos y negativos: a) ora el antecedente, que recoge el sector social del mundo real que reglamenta; b) ora el consecuente, que es constancia de la reglamentación propiamente dicha. Luego, según el antecedente atienda al pasado o al futuro, serán *individuales* o *generales*, respectivamente. Esto es así desde que el pasado se conjuga a partir de descripciones categóricas, mientras que el futuro sólo admite suposición e hipótesis.

6. A su tiempo, la realización del *reparto* supone tareas de *reconocimiento*, *interpretación*, *determinación* y, en su caso, *elaboración* de normas (sea tanto por *autointegración* como por *heterointegración*) frente a las *carencias históricas* (nunca hubo norma) o *dikológicas* (existe norma, pero el encargado del funcionamiento la desplaza porque la considera disvaliosa). El ciclo se completa con la *aplicación*, la *argumentación* (casi obligadamente para la conciencia jurídica actual) y la *síntesis*, cuando fuere necesario.

III. El funcionamiento de las normas en Derecho de la Salud

7. En otro lugar hemos dicho ya que “(l)a noción de salud hoy aparece teñida de *inflación* y la imposibilidad de traducirse en los hechos la *vacía* de contenido”¹³.

La alusión a la fecunda obra de Ciuro Caldani es evidente; concretamente, a la *teoría de las respuestas jurídicas*¹⁴. Allí, el jurista rosarino enseña que las *respuestas jurídicas* involucran un *nivel conceptual* y un *nivel fáctico* y se desenvuelven en el *ámbito personal, material, temporal y espacial*. A su vez, éstas serán *limitadas* o *ilimitadas*, según toquen o no todos estos ámbitos y, asimismo, serán *inmanentes* o *trascendentes*,

13 PREGNO, Elian, “El Derecho de la Salud como nueva rama del mundo jurídico. Una respuesta jurídica justa”, inédito.

14 CIURO CALDANI, “Aportes...” cit.; “Veintidós años después...” cit..

según la relación de las soluciones con cada ámbito. Luego, las respuestas crecen en fenómenos de *plusmodelación* (cuando es *conceptual* hablamos de *inflación* y cuando es *fáctica* decimos que es *sobreactuación*), decrecen en instancias de *minusmodelación* (cuando es *conceptual* hablamos de *deflación* y cuando es *fáctica* decimos que es *vaciamiento*) y pueden darse también supuestos de *sustitución*, apellidándolas *fácticas* o *conceptuales*, según sea el nivel en el que ocurra, y aún *totales* si abarca a los dos.

En esa inteligencia, ratificamos lo dicho al iniciar el acápite: en Derecho de la Salud, asistimos a fenómenos de *inflación* en referencia cruzada con fenómenos de *vaciamiento*; vale decir, ensanchamientos conceptuales y retracciones fácticas. En buen romance: mucho discurso y poca acción, se declama mucho y se hace poco. Ergo, el terreno parece muy propicio para “*normas espectaculares*”, con el consecuente peligro de manipular las captaciones enmascarando la realidad o camuflando el “salón de espejos encantado” por espejismos, alterándoles la “*logicidad*”.

8. El impacto también se produce en las fuentes. Líneas arriba decíamos que las *normas reales materiales* “son-siendo”¹⁵, de modo que nada impide formalizaciones a partir de proyecciones o futuristas. Tal es el caso de las *normas de propaganda* o las *normas programáticas*, que son “inventos” ajustados a los *móviles* del *repartidor*. El problema lo tenemos cuando la formalización descansa en “inventos” con arreglo a alegatos fictos, como, según creemos, ocurre con la *norma espectáculo*. En tales supuestos, el movimiento que supone ir de la *norma real material* a la *norma real formal* (y viceversa) se transforma en un “salto al vacío”.

9. Convencionalmente conjeturaríamos que las relaciones entre las normas en orden a la jerarquía, permeabilidad al cambio social, posibilidades de modificación y niveles de participación en su elaboración, pueden plantearse en la siguiente regla: a mayor jerarquía, las normas son más “elásticas”, más “rígidas” y más participadas; por el contrario, a menor jerarquía, las normas son más “inelásticas”, más “flexibles” y menos participadas.

Así, parece atinado que las normas jerárquicamente superiores reflejen los más elevados niveles de participación posible del mayor número de actuales o eventuales, conocidos o no, afectados/interesados; y, dado que los procedimientos para situarlas en la cúspide del sistema pueden revestir especial complejidad, es preciso dotarlas de la estabilidad necesaria que la rigidez brinda (satisfaciendo, de algún modo, estándares de

15 V. supra, parágrafo 3, párrafo tercero.

seguridad) y de la ductilidad propia que la elasticidad facilita (realizando, en cierta medida, patrones de utilidad).

De la misma manera, puede resultar acertado aseverar que las normas jerárquicamente inferiores no requieran imperiosamente la participación del mayor número, siempre que la materia lo permita; y, como contrapartida a la discrecionalidad para establecerla, se planta la exigencia de la flexibilidad (en pos de un mínimo de inmediatez) y de la inelasticidad (en aras de legítima previsibilidad).

A partir de la labilidad apuntada respecto de la noción de salud, es posible advertir también ciertas alteraciones en el entramado relacional trabado entre las *normas reales formales*, desde que la elasticidad es una constante de las normas referidas a la materia “salud”, independientemente del resto de las variables, en especial de las vinculadas a la jerarquía y a la participación.

10. Dada la profusa normatividad que “capta” el fenómeno de la salud, es posible detectar cierto estadio inflacionario en su reglamentación, tal como lo acusa un recorrido por el escalafón normativo desde la base hasta el vértice. El paneo de la pirámide, además de inflación normativa (y, quizá, por esa misma razón), arroja presumiblemente problemas para la ubicación¹⁶ de las normas en ella, por lo que puede vaticinarse que el aprovechamiento de cada espacio libre involucra, a veces, supuestos de “sobreocupación”, con la consecuente superposición normativa y las implicancias pertinentes para la determinación de la jerarquía. La cuestión se vuelve particularmente compleja si pensamos que, en nuestro país, tratándose de una facultad no delegada por las provincias en el Gobierno Federal¹⁷, se advierte cierta nebulosidad en la competencia para formalizar¹⁸, con alto impacto en los niveles de participación en la instancia elaboradora.

El desubique sistémico, la indefinición estructural del encargado de formalizar y las dificultades en la implementación de las tareas de contralor que representa la elaboración participada de normas, trastornan la constitución y funcionamiento del ordenamiento normativo en materia de salud y lo dislocan, máxime cuando la incertidumbre filtra también en las arenas de la “elasticidad”.

Con este panorama, el contrapeso que ejerce el hecho de poder identificar normas más “flexibles” (principalmente las emanadas de la Administración Pública y sus agentes) y otras más “rígidas” (sobre todo cuando la cuestión alcanza estatus constitucional o es

16 Sobre el particular, puede v. CIURO CALDANI, “La conjetura...” cit., págs. 18 y ss..

17 Cf. Art. 121 de la Constitución Nacional.

18 Sobre el particular, puede v. PREGNO, Elian, “Nombrar a los que nacen muertos como política de Derechos Humanos”, en SLAVIN, Pablo E. (comp.), “VIII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas”, Mar del Plata, Editorial Gráfica Tucumán, 2008, pág. 151 y ss..

tomada por el Congreso Nacional), permite apenas salvaguardar la *subordinación* y la *infalibilidad*, reconocibles en las relaciones verticales y horizontales de producción de las normas, respectivamente¹⁹.

Mientras tanto, fruto de la multivocidad de la voz “salud”, los niveles de permeabilidad del sistema normativo al cambio social se desdibujan exacerbando la “elasticidad” y afectando, en consecuencia, la *ilación* y la *concordancia*, presentes en las relaciones verticales y en las relaciones horizontales de contenido, correspondientemente²⁰.

Luego, el desbalance trasunta en la imposibilidad de satisfacer imperativos de *coherencia* por parte del conjunto del ordenamiento²¹, desde que desconocer los límites de “elasticidad” e “inelasticidad” habilita la “des-logicización” de las captaciones y da vía libre a la “ideologización” de las mismas.

Al final de cuentas, la que queda conmovida es la categoría básica de la dimensión normológica: la *verdad*; pues, en este estado de cosas, el ordenamiento no refleja sino una imagen distorsionada de la dimensión sociológica. En ese caso, el pronóstico sobre la inflación normativa es que, más tarde o más temprano, acabará en polución normativa.

A su tiempo, no es ocioso aventurar que cuando la dimensión normológica devuelve una *verdad* falsificada, muy probablemente, está denunciando una construcción descalabrada de la *realidad*, en tanto categoría básica de la dimensión sociológica²².

Tal extremo permite arriesgar desorientación en el orden conductual y un previsible desgranamiento inordenado progresivo del *régimen de repartos* en materia sanitaria hasta la desintegración completa (= caos) a manos de *adjudicaciones* por *distribución*, premeditadamente diluyentes de todo intento de identificación de conducción atribuible a voluntades humanas individuales; en este caso, puede hablarse de un *plan de gobierno* “encubierto”, realizador de una *anarquía* “aparente”, estratégicamente direccionada por *supremos repartidores* “ocultos” y *criterios supremos de reparto* “encriptados”, apoyado en *razones alegadas*. Signos de tamaña desarticulación, pueden ser, en nuestros días, las vacilaciones de una jurisprudencia errática y ostensiblemente temerosa ante la comparecencia de justiciables-pacientes, el comportamiento desbocado

19 Cf. CIURO CALDANI, “La conjetura...” cit., pág. 18.

20 Íd.

21 Íd.

22 Sobre el particular, puede v. CIURO CALDANI, “Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales (Elementos para la Sociología Jurídica)”, Rosario, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Derecho, Instituto Jurídico-Filosófico, 1967, reimpresión en “Revista del Centro...” cit., Nº 28.

del mercado y cierto desgajamiento del tejido social reconstruido en colectivos de enfermos organizados en el denominado tercer sector.

11. Recapitulando cuanto antecede, vale dedicar un apartado a las particularidades de la *norma espectáculo*²³, de las que sólo tenemos un conocimiento indirecto y, por eso, débil, al que se accede de forma oblicua debido a que el juicio sobre ellas se apoya en indicios; vale decir, responde a una metodología de tipo conjetural.

En esa inteligencia, puede decirse que la *función descriptiva* de la *norma espectáculo* se presenta bloqueada, desde que está vedado todo juicio sobre la *fidelidad*, ya que la voluntad del autor aparece mediatizada por *razones alegadas*; y, en consecuencia, también está entumecida la posibilidad de concluir respecto de la *exactitud*, pues si está encriptado el contenido de la voluntad mal puede sentenciarse en cuanto a su cumplimiento. En consecuencia, corresponde decir que la sola circunstancia de no poder expedirnos sobre la *fidelidad* y la *exactitud* no hace sostener sin más la *infidelidad* y la *inexactitud*; en todo caso, lo que queda de manifiesto es que no es factible abrir juicio sobre ellas.

Ahora bien, dado que efectivamente desconocemos la voluntad real del autor, de esa certeza sí puede conjeturarse que la norma se cumple con arreglo a los *móviles* pero no respecto a lo alegado. Por lo demás, no es aventurado presumir que el autor busque, de algún modo, lograr sus metas, aunque se valga para ello de maniobras fraudulentas.

Al hilo, la *función de integración* de la *norma espectáculo*. Cuando los dispositivos conceptuales sirven a la consecución de los fines del autor se habla de *adecuación*, mas la satisfacción de ésta se ve altamente facilitada por los aludidos fenómenos de *plusmodelación* que, por ser de orden *conceptual*, se denomina *inflación*²⁴. Indudablemente ello pone al descubierto un dejo de manipulación de los vocablos que acaba en arbitrariedades semánticas favorables al “poder” (no siempre visible pero nunca vacante), así lo atestigua el recurso a la desmesurada “elasticidad” al momento de dejar constancia formal de las *normas reales*, embauque predilecto de los “poderosos”.

A su tiempo, viene a cuento apuntar cierto déficit en las materializaciones, tanto personales (como podría ser un juez especializado en cuestiones de salud) como no personales (figurémonos por caso una base de datos que unifique la historia clínica de una persona centralizando la totalidad de la información correspondiente a ella), provenientes, en general, de otras disciplinas.

23 Cabe aclarar que, en el marco de los estudios trialistas, hay debate al respecto.

24 Cf. CIURO CALDANI, “Aportes...” cit..

A la postre, la “promiscuidad lingüística” y la extrapolación de materializaciones le dan cabida a latiguillos cristalizadores de verdaderas instancias de negación en la existencia del paciente como sujeto y, consecuentemente, de confirmación como mero objeto.

Así, lucen en las historias clínicas expresiones tales como “conducta expectante”, auténtico eufemismo que tiene la particularidad de no reflejar estado de cosas alguno, o “no responde a maniobras de resucitación”, fórmula conservadora del *status quo* en la vertical relación que se establece entre el médico y el paciente, que acaban por sumir a los individuos en procesos de despersonalización, donde el galeno ejerce su hegemonía y es preciso preservar incólume la autoridad de este “cuasi-dios”: si el paciente se muere no será porque se haya hecho todo, ¡es él quien no responde!

También permanecen vigentes locuciones propias de, por ejemplo, la jerga castrense: “cabo de enfermería”, “guardia”, “reclutamiento”, que fortifican discursos disciplinadores como el médico (especialmente la psiquiatría) y el jurídico (en particular el derecho penal).

Por último, llama la atención que desde las políticas públicas se hable de “programa médico obligatorio” o desde la doctrina civilista y el moderno derecho de daños se utilicen nomenclaturas, ya instaladas, como “mala praxis médica”. ¿Y el paciente? A nuestro parecer, queda oculta la naturaleza dialogal de la relación, recrudesciendo la “falta de firmeza” del doliente.

12. Sintetizando. Podemos postular que el funcionamiento de la *norma espectáculo*, fraudulenta por definición, traba relaciones inversamente proporcionales entre la *infidelidad* y la *exactitud*, en el sentido de que: cuanto más *infiel* es la *norma espectáculo*, menos *exacta* es, en cuanto puede visualizarse a contramarcha de lo alegado. Fragar la *fidelidad* se erige en causa necesaria del plan del autor y el grado de *inexactitud* mide el éxito de la formalización impostora, estableciendo una relación directamente proporcional entre ambas: cuanto más *inexacta* es la *norma espectáculo*, más se cumple. A su tiempo, provisoriamente también se satisface la *adecuación*.

He aquí una paradoja, cuya resolución torna imprescindible escudriñar las *razones* hasta dar con los *móviles*.

Desentrañar el funcionamiento paradójal que encierra la *norma espectáculo* exige negar lo que el autor alega para así desbloquear la *función de descripción* y la *función de integración*. Bien podría pensarse en apelar al método de “reducción al absurdo”, teniendo en un primer momento por cierto las *razones alegadas* y, ante la flagrancia de la *inflación* y el *vaciamiento*, descartarlas después.

13. Hasta aquí, algunas conjeturas en cuanto al funcionamiento que presumiblemente podrían tener las normas que captan un segmento tan sensible de “lo real” como podría ser la salud. Ante ella, flaquea el justificativo típico del normativismo recogido en frases como que la “ley siempre llega tarde”, pues mientras Luisa Brown, nacida en 1978 mediante técnicas que asisten la fecundación, alcanza la maternidad²⁵, al mismo tiempo, el Congreso argentino “descubre” que en el país operan empresas de medicina prepaga²⁶.

IV. Apostilla: los “saltos” en el *trialismo*

14. Para finalizar, una breve reflexión sobre los “saltos” en el *trialismo* a modo de línea de investigación para desarrollar en el futuro.

En la versión originaria de la teoría, su fundador sólo los manda de las *fuentes formales* a las *fuentes materiales*²⁷ y viceversa²⁸. De suerte que se nos informa de esta especie de instancias de verificación en la dimensión normológica.

Desde esta perspectiva, puede comprendérselos como garantes del sentido de realidad, compromiso con los hechos sociales y responsabilidad histórica de los juristas, que campean toda la *teoría trialista del mundo jurídico*.

15. En esta contribución, tal como hemos tratado de fundarla en su desarrollo, nos permitimos sugerir que se impone la exigencia de introducir un nuevo “salto”, ahora en la dimensión sociológica, de los *móviles* a las *razones alegadas*, y viceversa. La hipótesis menos peligrosa es cuando coinciden, ya que estamos frente a un *repartidor* que exterioriza lo que lo mueve a actuar en el modo que lo hace; ahora, como es una situación que puede resultar un poco inusual en el conductor, es preciso someterlo a un test de *coherencia*.

Así, si se reclama atención sobre la necesidad de calibrar las normas en su origen, por el ensamble tridimensional integrado que plantea el *trialismo*, tiene asidero ajustar, en aras de *verdad*, la correspondencia entre “lo-que-se-dice” y (el por qué de) “lo-que-se-hace”. Esto es, conviene detenerse en los *móviles* y las *razones alegadas* en la estructura del reparto en la dimensión sociológica.

25 Sobre el particular, puede v.: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Louise/Brown/primer/nina/probeta/da/luz/nino/concebido/forma/natural/elpepusoc/20070116elpepusoc_3/Tes (16/01/2007).

26 Sobre el particular, puede v.: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Nuevo/medpre010908.pdf> (30/08/2008).

27 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 225 y s..

28 Íd., págs. 234/40.

16. Intuitivamente, estimamos que, como regla general, la simetría puede operar como coordenada de trabajo idónea para lograr consistencia teórica. Por eso, para concluir, sospechamos que también en la dimensión dikelógica es necesario disponer de una oportunidad de corroboración e introducir un “salto”. En última instancia, no se más que de revisar permanentemente la *fracción* y la *des-fracción*, de lo *global* a lo *analítico* en constante *síntesis*.

Werner Goldschmidt organizó la dimensión dikelógica a partir de una sistematización del *deber ser* que separa al *valor*, de la *valencia* y de la *valoración*²⁹, para distinguir a los conceptos neutros, las exigencias emanadas de ellos y el contacto de éstas con la realidad. Aclara que las *valoraciones* serán *positivas* o *negativas*, según que se realice o no el valor, y *personales* o *impersonales*, según que impongan o no el deber de actuar. Es decir, al *deber ser*, pavimentado de “entes ideales exigentes”³⁰ (*valores*), habilita una segmentación en *puro* (*valencia*) y en *aplicado* (*valoraciones*); este último, a su vez, se bifurca en *impersonal* (*deber ser actual*) y en *personal* (*deber ser de actuar*), y sendas categorías en *positivo* y *negativo*.

Fuera de las disquisiciones que puedan plantearse a la topografía de la jurística dikelógica³¹, nos parece muy atinado, por cierto, el distingo entre *criterios* (conglobantes del *valor*, la *valencia* y las *valoraciones impersonales* –sean *positivas* o *negativas*–) y *determinaciones* (comprensivas de las *valoraciones personales* –sean *positivas* o *negativas*–), en la medida que pueden precisarse *incumbencias*, necesarias para efectuar las *consideraciones de valor* que integran el objeto jurídico. En otras palabras, los *criterios* dan el marco para alcanzar las *determinaciones*, y así plantear *incumbencias* que habilitan *consideraciones de valor*.

Según nos parece, el “salto” que hay que dar en la dimensión dikelógica es desde los *criterios* a las *determinaciones*, y viceversa.

17. Vaya como miscelánea que, a nuestro modo de ver, los juristas trabajan tanto con *criterios* como con *determinaciones*. Hasta allí, nada nuevo; pero, dado el carácter instrumental de aquéllos, quizá, más especialmente, operen con estas últimas, puesto que son propiamente elaboradas por ellos. Las *determinaciones*, caben personalmente al jurista; los *criterios*, pueden ser amasados en otras disciplinas.

29 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 387 y ss..

30 Íd., pág. 370.

31 De hecho, el propio Goldschmidt reconoció afinidades entre la *valencia* y las *valoraciones impersonales* (cf. íd., pág. 394).

APORTES PARA UN RÉGIMEN DE JUSTICIA AMBIENTAL EN EL MERCOSUR *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se consideran principalmente las perspectivas de justicia del régimen ambiental en el Mercosur.

Palabras clave: Integrativismo - Trialismo - Medio ambiente - Justicia - Mercosur.

Abstract: Perspectives of justice for a Mercosur environmental regime are especially considered.

Key words: Integrativism - Trialism - Environment - Justice - Mercosur.

“En nuestra óptica, es a través de la axiología, que debe encauzarse la exégesis, pues el empleo de esta técnica, lleva a crear un diálogo entre las fuentes jurídicas en aras de alcanzar la concepción de justicia.” ...

“A través de una interpretación axiológica se captan valores, principios, comercio internacional y protección ambiental, temas críticos comprendidos, por estar insertos en el derecho de la integración. ...

La optimización de las decisiones mediante una exégesis que despliegue técnicas de carácter teleológico, axiológico, sistemático y empírico como propone la teoría posmoderna, contribuye a potenciar el alcance de las normas, a la vez que conspira contra la inercia del derecho teóricamente considerado. La perspectiva del derecho vivo, dinámico, se alcanza cuando éste pasa del libro a la tierra, a través de la interpretación de las normas materialmente orientadas. De otro modo, podemos tener el mejor ordenamiento jurídico regional, pero éste no evitará que reine el peor sistema ecológico asentado en acciones graves no sancionadas legítimamente.”

* Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor en la Sección Derecho de la Integración del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Vieyra” (AADI, Córdoba, 1 al 3 de octubre de 2009).

** Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(Párrafos de los puntos IV y V, “Confrontando los principios” y “Reflexiones y conclusiones” del relato “La normativa sobre Medio Ambiente en el Derecho del Mercosur y su aplicación en los laudos arbitrales” de la profesora doctora Adriana Dreyzin de Klor, <http://www.aadi.org.ar/actividades/RelatoSeccionDerechodelaIntegracion.doc> -14-8-2009-)

1. El excelente relato de la profesora Adriana Dreyzin de Klor¹ hace referencia a la necesidad de un Derecho vivo y dinámico que se alcanza cuando él pasa del libro a la tierra y propone técnicas de carácter teleológico y axiológico, requerimientos que guardan al fin estrecha relación con el *integrativismo*, orientación mayoritaria en nuestros días que, con diversos grados de conciencia, procura superar sobre todo el positivismo normativista². Dentro del integrativismo, cabe hacer referencia al tridimensionalismo que propone la *teoría trialista del mundo jurídico*³, según la cual éste debe construirse incluyendo repartos de “potencia” e “impotencia” (lo que favorece y perjudica a la vida humana; dimensión sociológica), captados normativamente (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión axiológica, específicamente dikelógica).

El desenvolvimiento arbitral, en este caso del Mercosur posee, siempre, significados axiológicos y especialmente dikelógicos⁴. En esta comunicación procuramos aportar

-
- 1 AADI, “La normativa sobre Medio Ambiente en el Derecho del MERCOSUR y su aplicación en los laudos arbitrales”, relato cit., www.aadi.org.ar/actividades/RelatoSeccionDerechodelaIntegracion.doc (14-8-2009).
 - 2 Puede v. por ej. la Entrevista a Robert Alexy efectuada por Manuel Atienza en “Doxa”, 24, págs. 671 y ss., http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10227/1/doxa24_27.pdf (14-8-2009).
 - 3 Es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Desalma, 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. En relación parcial con el tema cabe c. nuestro aporte “Significado filosófico-jurídico del Derecho Agrario” en BARROSO, Lucas ABREU y PASSOS, Cristiane Lisita (coord.), “Direito Agrário Contemporâneo”, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, págs. 3/24.
 - 4 Entre los despliegues importantes de la *dimensión sociológica* cabe atender, en este caso, a las distribuciones de la naturaleza y las influencias humanas difusas. En la *dimensión normológica* puede hacerse especial referencia, por ejemplo, a las cuestiones del funcionamiento de las normas. En esta problemática, las características dinámicas y particularizadas de las cuestiones requieren brindar especial consideración al *funcionamiento normativo*, considerando la interpretación teleológica y la renovada producción de carencias históricas y dikelógicas a resolver a través de consideraciones a menudo interdisciplinarias. En el proceso de integración se advierte que las normas constitucionales de los países se instalan en lo que puede

al despliegue de la axiología dikelógica referida en el relato atendiendo en especial al *comercio internacional*, más orientado al “Mercosur de los comerciantes”, y la *protección ambiental*, más dirigido a un Mercosur político general⁵. Pese a los diversos enfoques dikelógicos que legitiman el comercio internacional y la protección ambiental siempre es importante encontrar soluciones de *síntesis* que *superen* las diferencias.

2. La dimensión dikelógica del mundo jurídico propuesta por la teoría trialista comienza con la referencia a un *complejo de valores* culminante en la *justicia*, pero integrado también con otros valores muy significativos, como la *utilidad*. Todos los valores a nuestro alcance culminan en el deber ser cabal de nuestro ser, que es la *humanidad*. En relación con ese complejo de valores, la utilidad conduce al despliegue del comercio internacional; la justicia y la humanidad orientan a una mayor presencia de la protección ambiental.

Los valores pueden *vincularse* en relaciones de coadyuvancia y de oposición. En cuanto a los valores justicia y utilidad, que pensamos del mismo nivel, pueden presentarse de maneras principales en situaciones de coadyuvancia por integración o de oposición por arrogación del material estimativo de uno por el otro. Dado que la justicia y la utilidad son situadas debajo de la humanidad, ambas pueden coadyuvar en vinculación de contribución con la humanidad o subvertirse contra ésta. La solución debida del comercio internacional y la protección ambiental ha de lograrse mediante integración de la utilidad y la justicia y contribución de éstas con la humanidad. Vale evitar que la justicia y la utilidad se arroguen sus respectivos materiales estimativos o se subviertan contra la humanidad.

caracterizarse como una “esfera” normativa: han de tenerse en cuenta de manera descendente, en las normas inferiores; de manera “lateral” formando un bloque constitucional con las normas constitucionales de los otros países y de modo “ascendente” aportando a la formación de cierta “constitucionalidad” mercosureña (puede v. nuestro libro “Derecho y política” cit., pág. 94).

- 5 Cabe c. nuestros trabajos “Filosofía y sistema del Derecho de la Integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 29, págs. 27/48; “Filosofía de la jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998; “Importancia de la Filosofía para la integración jurídica y política del Mercosur”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 21, págs. 43 y ss. (también en “A Filosofía, Hoje - Anais do V Congresso Brasileiro de Filosofia (de 03 a 08 de setembro de 1995)”, vol. II, págs. 841 y ss).

Acerca de las bases del Mercosur, c. Aporte a la comprensión del: Mercosur. Red Académica Uruguay, <http://www.rau.edu.uy/mercosur/tratasp.htm> (15-8-2009). En cuanto a la Declaración de Principios de Producción Limpia, Reunión de Ministros de Medio Ambiente del Mercosur, 2003 y los Principios de la política ambiental de la ley 25.675, v. <http://www.fcjesquel.com.ar/Taller%201/Taller%201%20Principios%20de%20la%20pol%C3%ADtica%20ambiental%2025675.htm> (15-8-2009).

3. Desplegando caminos recorridos por Aristóteles en cuanto a las *clases de justicia* pueden hacerse diversas clasificaciones de este valor que, en cuanto nos interesa en este caso, llevan al comercio internacional a resultar más de recorridos de justicia consensual (pensada con referencia al consenso), simétrica (de fácil comparabilidad de las potencias y las impotencias, en gran medida a través de la moneda), conmutativa (con “contra-prestación”), “parcial” (proveniente de una parte), sectorial (dirigida a una parte), de aislamiento y particular (especialmente presente en el Derecho Privado) en tanto la protección ambiental puede apoyarse más en senderos respectivos de justicia extraconsensual, asimétrica, espontánea, gubernamental, integral, de participación y general (dirigida al bien común y especialmente presente en el Derecho Público). El equilibrio debido entre el comercio internacional y la protección ambiental significa un despliegue de justicia dialogal (de diversas razones de justicia); el predominio indebido de uno u otra corresponde a un desarrollo de justicia monologal. La justicia puede ser “de partida”, que proyecta lo que se tiene, y “de llegada”, que modifica lo que se tiene en aras de lo que se quiere obtener⁶. El principio de promoción se relaciona en especial con la justicia de llegada.

4. En el Derecho la justicia es pensada considerando la totalidad de las adjudicaciones, es decir que es “*pantónoma*” (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Esa totalidad abarca el pasado, el presente y el porvenir y atiende al complejo personal, temporal y real y a las consecuencias. Como la pantonomía nos es inabordable porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla donde no podemos conocer o hacer más produciendo seguridad jurídica. El comercio internacional tiende a construir un tiempo y una materialidad más recortados y a fraccionar asimismo las consecuencias beneficiosas brindándolas sólo a los partícipes del comercio; la protección ambiental limita el comercio internacional para edificar un tiempo y una materialidad más amplios y desfracciona las consecuencias beneficiosas atendiendo más a toda la humanidad presente y futura⁷. Los principios de prevención y progresividad son limitaciones de las posibilidades del futuro que brindan seguridad. El principio de cooperación en la integración se relaciona con el complejo personal y para que las consecuencias se produzcan en quienes deben recibirlas se cuenta con el principio mercosureño de solidaridad. El comercio internacional y la protección ambiental brindan despliegues de seguridad (e inseguridad) distintos.

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

7 La continuidad temporal en las soluciones ambientales y de la integración se vincula con la elaboración de *políticas de Estado*.

5. Además de los despliegues más formales que acabamos de referir, temas de la “Axiología dikelógica” donde el despliegue dikelógico es más nítido, corresponden los desarrollos materiales, temas de la “Axiosofía dikelógica” en los que el desarrollo es más discutible. Para construir la Axiosofía dikelógica el trialismo presenta un *principio supremo* de justicia que el fundador de la teoría, Werner Goldschmidt, presentó como objetivo y natural y cimiento de la “ciencia de la justicia” y en nuestro caso proponemos adoptar como contenido de una construcción en base al cual serán posibles desarrollos con rigor científico. Ese principio supremo sostiene que se debe adjudicar a cada individuo la esfera de libertad para que se desarrolle plenamente, es decir, para que se personalice. El principio supremo de justicia ayuda a resolver qué se tendrá por reparto y por orden de repartos (régimen) justos.

La comprensión del *reparto* requiere siempre atender a los repartidores, los beneficiarios, los objetos, la forma y las razones. En la dimensión sociológica se considera su realidad social, aquí corresponde atender a su deber ser dikelógico, a su legitimidad en términos de justicia.

La legitimidad de los repartos en cuanto a *repartidores* se apoya en la autonomía de los interesados y, no siendo posible ésta, en la paraautonomía del acuerdo de ellos en cuanto a quiénes han de repartir (v. gr. en el arbitraje), la infraautonomía del acuerdo de la mayoría (por ej. en la democracia) y la criptoautonomía del acuerdo que brindarían los interesados si conocieran el reparto (por ej. en la gestión de negocios ajenos sin mandato). También se presenta la aristocracia de la superioridad moral, científica o técnica. El comercio internacional posee cierta legitimidad autónoma por el acuerdo de los interesados, incluso en sentido de paraautonomía arbitral, pero la conciencia actual lleva a pensar que en las cuestiones ambientales no se trata de todos los interesados, cobrando así relevancia para la protección ambiental la legitimación infraautónoma de la democracia, la criptoautonomía de los interesados futuros y la aristocracia de los especialistas.

La justicia de los *beneficiarios* puede apoyarse en la necesidad o la conducta, constituyéndose respectivamente el *mérito* y el *merecimiento*. El comercio internacional se refiere más al mérito dentro del sistema capitalista; la protección ambiental se abre más a los merecimientos de todos los hombres, en cuanto al presente y el porvenir.

La legitimidad de los *objetos* se refiere de modos principales a las potencias e impotencias de la vida y la propiedad. El comercio internacional se orienta más a la legitimidad de la propiedad; la protección ambiental se dirige más a la legitimidad de la vida.

La justicia de la *forma* proviene de la audiencia, pero ésta puede conducir al reparto autoritario, donde significa proceso y no mera imposición o al reparto autónomo en el que es negociación y no mera adhesión. La legitimidad de la forma en el comercio

internacional se vincula a la negociación; la de la protección ambiental suele tener más proximidad con el proceso.

La legitimidad de las razones se obtiene a través de la *fundamentación*. Según el panorama axiológico que estamos refiriendo se advierte que en los marcos del comercio internacional y la protección ambiental ella puede ser muy diferente⁸.

6. La justicia del *régimen* requiere que éste sea *humanista*, es decir, tome a cada individuo como un fin y no como un medio. Si sucede esto último, el régimen es *totalitario*. El totalitarismo en sentido amplio incluye el totalitarismo en sentido estricto, cuando el individuo es mediatizado con miras al conjunto social y el totalitarismo sólo en sentido amplio, en el que el individuo es mediatizado respecto de otros individuos. El comercio internacional y la protección ambiental deben ser humanistas, pero el primero puede orientarse con particular facilidad al despliegue específico del totalitarismo en sentido amplio y la protección ambiental puede encaminarse con más facilidad al totalitarismo en sentido estricto.

Para ser humanista el régimen debe respetar al individuo en su *unicidad*, su *igualdad* con otros individuos y su pertenencia a la *comunidad*. La unicidad requiere en especial el liberalismo político (y tiene también una afinidad quizás lejana con el liberalismo en general). La igualdad se vale más de la democracia. La comunidad se orienta a la “res publica”. El comercio internacional se orienta más a la unicidad; la protección ambiental se refiere más a la igualdad y la comunidad.

Con miras a la realización del régimen de justicia hay que *proteger* al individuo contra todas las amenazas, de los demás individuos como tales y como régimen, de sí mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desocupación, etc.). El comercio internacional se orienta más al amparo respecto del régimen y de lo demás en calidad de pobreza. La protección ambiental resguarda más contra los demás individuos, la enfermedad, la miseria, etc.⁹.

8 Con la fundamentación se relaciona especialmente el principio de información.

9 Los medios para la realización del régimen de justicia requieren la aplicación del principio de congruencia.

Pueden v. nuestros trabajos “Importancia de la Filosofía...” cit., págs. 43 y ss.; “Aportes filosófico-políticos para la comprensión del Mercosur y de su influencia en las estructuras sociales”, en “Investigación y Docencia”, N° 30, págs. 9 y ss.; “Una teoría jurídica para la integración del Mercosur”, en “IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur - Los procesos de integración en el nuevo milenio”, La Paz, 2000, págs. 247/60; “Papel de la teoría jurídica en la integración del Mercosur y del ámbito general de América del Sur”, en “Investigación...” cit., N° 33, págs. 65/84; “Bases filosóficas para el Derecho Internacional Privado de la integración interna y externa de la Argentina, con especial referencia al Mercosur”, en “Revista del Centro...” cit., N° 26,

págs. 77/86; “Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, N° 11, t. II, págs. 719/738; “Filosofía del Derecho de la Integración y del Mercosur”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), “La Filosofía del Derecho en el Mercosur - Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997, págs. 13 y ss..

La consideración plena de la problemática jurídica y política favorece el desarrollo de la *estrategia* ambiental (es posible c. nuestro artículo “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).

ARCHIVOS, CULTURA Y DERECHO *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se considera el significado cultural y jurídico de los archivos según las perspectivas integrativistas tridimensionalistas de la teoría trialista del mundo jurídico.

Palabras clave: Archivos - Documentos - Cultura - Integrativismo - Tridimensionalismo - Teoría trialista del mundo jurídico.

Abstract: Cultural and juridical meaning of files is considered, by means of the integrativist and tridimensionalist perspectives of the Trialist Theory of the Juridical World.

Key words: Files - Documents - Culture - Integrativism - Tridimensionalism - Trialist Theory of the Juridical World.

1. Los *archivos* se integran con *documentos* que son formalizaciones de la cultura y de la *vida* humana. Para comprender mejor su importancia vale tener en cuenta que la invención de la *escritura* es la realización que suele tomarse como punto de partida de la historia. También es relevante considerar la importancia de la invención del papel y del soporte magnético¹.

Los documentos y los archivos son partes de la vida y deben desarrollarse en ella, con referencias, por ejemplo, al complejo del pasado, el presente y el porvenir. Deben estar “*vivos*” y han de resultar permanentemente “*resignificados*”².

* Notas básicas de la disertación del autor en el Encuentro Franco Argentino Mexicano de Derecho Público “La tutela del patrimonio cultural, los archivos y el derecho a su memoria” llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 29 de septiembre de 2009.

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

1 Quizás Internet sea el archivo más maravilloso jamás imaginado.

Es posible tener en cuenta, v. gr., UNESCO, Oficina de Información Pública, Bibliotecas y archivos, http://www.unesco.org/bpi/pdf/memobpi43_libraries_es.pdf (18-9-2009); Archivos, <http://www.tiemposmodernos.org/Enlaces/Instituciones/Archivos.htm> (27-9-2009); Archivística <http://www.archivistica.net/> (28-9-2009); @RCHIweb, <http://webs.ono.com/archiweb/directorios.htm> (28-9-2009).

Respecto de los archivos pueden aplicarse con relativa analogía las ideas sobre las bibliotecas, por ej. BORGES, Jorge Luis, “La Biblioteca de Babel”, en “Ficciones”, Madrid - Bs. As., Alianza - Emecé, 1971, págs. 89 y ss.

2 Se vinculan especialmente con la *memoria*, pero ésta ha de ser comprendida como parte de la vida intelectual y de la vida toda.

En general cada *cultura* posee una construcción documental y archivística, relacionada con todo el *complejo vital*. Esa construcción se relaciona de manera profunda con el pasado, el presente y el porvenir, con el complejo temporal, personal y material. La construcción “*recorta*” la vida y vive en ella. “Asegura” aspectos vitales y de cierto modo margina a otros. La complejidad de la vida es “simplificada” en los documentos y luego éstos “vuelven” a la vida, permitiendo que ella sea una *complejidad pura*.

Así como los documentos y los archivos poseyeron un sentido en la modernidad, tienen otro en la *nueva era* que comienza, especialmente signada por la gran revolución científica y tecnológica que culmina en la genética humana³.

Una de las grandes deficiencias en la materia es la presentación de los documentos y los archivos “muertos”. En definitiva, éstos han de ser “*biográficos*” para cada uno de los seres humanos. Deben vivir en ellos y con ellos.

En estos sentidos cabe tener en cuenta la *juridicidad* de la construcción documental y archivística atendiendo a la propuesta integrativista tridimensionalista de la *teoría trialista del mundo jurídico*, que lo construye incluyendo repartos de potencia e impotencia (repartos de lo que favorece o perjudica a la vida humana; dimensión sociológica), captados normativamente (dimensión normológica) y valorados por un complejo axiológico que culmina en la justicia (dimensión dikelógica)⁴. Esa tridimensionalidad es afín a la tridimensionalidad de la cultura toda, pero con características específicas.

2. En la *dimensión sociológica* es relevante atender a adjudicaciones de potencia e impotencia producidas por influencias humanas difusas de la lengua, la economía, la religión, la ciencia, el arte, etc. dentro de las cuales se generan los documentos y los archivos.

En relación con las distribuciones se producen *repartos* documentales y archivísticos, que se comprenden mejor cuando se consideran su realidad social (dimensión sociológica) y sus valores (*dimensión dikelógica*). Ha de atenderse a los repartos en cuanto a quiénes documentan y archivan y quiénes deben documentar y archivar (son y deben ser “repartidores”, o “conductores”); quiénes se benefician o perjudican y se han

3 Pueden c. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

4 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica la Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; 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.

de beneficiar o perjudicar (considerados beneficiarios); qué se documenta o archiva y qué se debe documentar o archivar (objeto del reparto); cómo se decide y ha de decidir lo que se ha de documentar o archivar (forma del reparto) y cuáles son y han de ser las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales) de la documentación y los archivos.

Documentar y archivar es en gran medida conducir la vida y ejercer *poder*; fraccionar la realidad, dando *seguridad* a lo que se tiene en cuenta y dejar en cierta penumbra a lo que queda afuera. Todos los documentos y los archivos han de ser entendidos sabiendo que existen lo *no documentado* y lo *no archivado*. Todo archivo se inscribe de alguna manera en lo *público* y lo *privado*; una de las áreas de tensión es el paso de la documentación privada a la pública. Es atendible la difícil relación entre los archivos elaborados por las partes pero relacionados con el todo social.

Para nuestros días es significativo que junto a la “aristocracia” de la ciencia y la técnica de documentar⁵ y archivar intervengan la *autonomía* de las partes y la “*infra-autonomía*” de la legitimación *democrática*. Incluso importa la “*criptoautonomía*” referida al consenso que brindarían los interesados si conocieran lo que se documenta y archiva. Es relevante que además de los archivos gubernamentales existan, por ejemplo, los de la “sociedad civil” y los de los particulares, en una trama integrada. Son significativos los documentos y archivos religiosos, universitarios, empresarios, etc. Los documentos y los archivos se vinculan hondamente con la *responsabilidad* respectiva. Vale destacar el valor *representativo* que tengan y deban poseer los documentos y los archivos y su honda relación con la historia

En cuanto a las vías en que se toman y han de tomar las decisiones de documentar y archivar, es importante que exista la *participación* documental y archivística

Las razones de la documentación y los archivos pueden ser muy diferentes, v. gr., de custodia, recuperación y servicio. Existen los deberes de documentar y archivar atendiendo en la mayor medida al complejo de valores del Derecho y la cultura toda y de mantener a los documentos y los archivos “vivos”. El archivo vivo requiere *servicios de “documentación”*. Es relevante que los documentos y los archivos sean considerados “razonables”, vividos por las personas como algo propio a considerar y defender. Para esto debe haber una *educación* al respecto.

3. Los archivos son y deben ser *órdenes* internos y se constituyen y deben constituirse en partes de órdenes externos. Una política de gobierno ha de ser también una *política de documentación y archivos*. Tal vez en nuestros días de mundialización ha de pensarse al menos imaginariamente en la documentación y el archivo “mundiales”,

5 Expresada, v. gr., en la carrera de archivista.

tomándolos no en términos de mera globalización/marginación sino de *universalización* que atienda también a las particularidades. Vale referirse a un archivo “planetario” de todos los seres humanos.

Es relevante considerar cuál es el complejo valorativo de los documentos y los archivos, por ejemplo, remitiéndolos a la *verdad*, la *justicia*, la *utilidad* e incluso el más alto valor a nuestro alcance, que es el valor *humanidad*.

Consideramos que un Derecho justo ha de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en persona. Esto significa que debe ser humanista. Hay que contar con un régimen de documentación y archivos *humanista*; los documentos y los archivos deben ser para los hombres.

Para que el régimen justo se realice, hay que amparar al individuo contra todas las amenazas, de los demás individuos como tales y como régimen, de sí mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). Los documentos y los archivos pueden proteger a los individuos, principalmente, contra los demás e incluso frente a “lo demás” (v. gr. la soledad)⁶. Es necesario amparar *mediante* los documentos y los archivos, pero también *respecto* de éstos⁷.

4. En la *dimensión normológica* importan por una parte las normatividades dirigidas a los documentos y los archivos, pero también son relevantes la *exactitud* de la información respectiva y la atención a la “*integración*” de la realidad que producen los documentos y sus archivos. A menudo se tiende a vivir como corresponde a las “*integraciones*” conceptuales que producen unos y otros.

Los documentos comienzan *actos comunicacionales* y deben *funcionar* para que éstos se produzcan acabadamente, incluyendo muchas veces tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración y “*aplicación*” a la comprensión de la realidad referida. Los documentos y los archivos constituyen soportes muy relevantes de la investigación. También se utilizan las nociones de hermenéutica (descifrar) y heurística (“*crear*”) respecto de los documentos.

5. En cuanto a las *ramas del mundo jurídico*, la problemática documental y archivística requiere planteos “transversales” que iluminen todas las ramas jurídicas. Puede hacerse referencia legítimamente a cierto “Derecho de los archivos”.

6 Debe brindarse gran atención al *resguardo* de los documentos y los archivos.

7 De aquí la acción de *habeas data*.

6. En gran medida se necesitan tácticas y *estrategias* acerca de los documentos y los archivos⁸.

8 Es posible c. nuestro artículo “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación y Docencia”, N° 36, págs. 21/31.

Normas Editoriales

1. Tipos de trabajos o contribuciones

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

Las contribuciones podrán pertenecer a cuatro categorías:

- 1) *de investigación.*
- 2) *de revisión o aportes teóricos o metodológicos.*
- 3) *reseñas de libros.*
- 4) *debates o ensayos.*

En los casos 1 y 2, los trabajos deberán ser originales, reflejar un sólido y actualizado conocimiento del estado del arte y representar una contribución real al conocimiento. En el caso 1, los trabajos deberán reflejar rigurosidad en las metodologías utilizadas; en el caso 2, las contribuciones deberán reflejar rigurosidad en la argumentación. En el caso 3, las reseñas serán por solicitud de la dirección.

2. Formato de los trabajos

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

- 1) *Trabajos de investigación:* Introducción, Método, Resultados, Discusión /Conclusiones, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 15 páginas A4).
- 2) *Trabajos de revisión teórica:* Introducción, Desarrollo del tema (con sus correspondientes apartados), Discusión y/o Conclusiones, Notas, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 15 páginas A4)
- 3) *Reseñas bibliográficas:* Identificación del documento y Comentarios (Extensión máxima: 4 páginas 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 200 y 250 palabras cada uno. Asimismo, se deberán indicar, en ambos idiomas, entre 3 y 6 palabras clave.

4. Formato de presentación y envío

Los trabajos deberán ser presentados en formato electrónico, en archivo Microsoft Word, versión 6.0 o superior. El archivo se enviará como adjunto en un mensaje de correo electrónico simultáneamente a las direcciones:

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

Los trabajos se organizarán como sigue:

- *Página 1*: Título del trabajo, nombre y apellido de todos los autores, lugar o centro de trabajo, dirección postal, teléfono y dirección electrónica de contacto.
- *Página 2*: Título del trabajo, resumen de entre 200 y 250 palabras, y palabras clave (entre 3 y 6). La misma información deberá ser presentada en inglés.
- *Resto de páginas*: El cuerpo del trabajo se organizará de acuerdo a los apartados mencionados *supra*, en el punto 2. Tablas y gráficos se incluirán al final del trabajo, enumerados correlativamente según su correspondiente referencia en el texto.

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

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

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

5. Citas

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

a- Artículo de revista

Ejemplo: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Nuevamente sobre los efectos de la recepción jurídica en la cultura argentina”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, 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- Capítulo de libro

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

d- Reiteración de citas

Se procederá del siguiente modo:

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

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

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

6. Evaluación de los trabajos

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

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

La decisión será inapelable.

Impreso en noviembre de 2009
en los Talleres Gráficos de
Librería Social Universitaria
Urquiza 2031 - Tel. (0341) 4259361
(2000) Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: libreriasocial@hotmail.com