



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES**

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

# **INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA**

**Nº 44**

**2011**

©

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

**Propietaria: Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario**

Córdoba 2020, Rosario (Código Postal 2000), Argentina.

Teléfono/fax: (341) 4802634, int. 114.

E-mail: [cifjfs-der@fder.unr.edu.ar](mailto:cifjfs-der@fder.unr.edu.ar) ; [mciuroc@arnet.com.ar](mailto:mciuroc@arnet.com.ar)

CUIT: 30-52355240-2

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. Milton C. Feuillade

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

Tirada: 200 ejemplares.

## **AUTORIDADES**

### **UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO**

**Rector:** Prof. Darío Maiorana

### **FACULTAD DE DERECHO**

**Decano:** Dr. Ernesto I. J. Granados

**Vicedecana:** Dr. Andrea Angélica Meroi

#### **Consejeros Directivos**

##### **Consejeros Docentes**

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

##### **Consejeros Estudiantiles**

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

##### **Consejero No Docente**

Analía Blanc

##### **Consejero Graduado**

Mario González Rais

##### **Consejero Superior**

Dr. Carlos Hernández

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

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

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

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

*En Internet:* [www.centrodefilosofia.org.ar](http://www.centrodefilosofia.org.ar)

*Diseño y edición web:* Abog. Gabriel Salmén  
[www.cartapacio.edu.ar](http://www.cartapacio.edu.ar)

**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 .....9  
*Dos Nuevos Aportes a la Jurilingüística*
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel  
*La Modificación de las Referencias Jurídicas adverbiales  
 en una nueva era (Para la “Jurilingüística” del adverbio)*.....55
- FEUILLADE, Milton C.  
*La Interpersonalidad en la Cooperación Jurisdiccional Internacional*.....6;
- REINICK, Javier  
*Competencias legislativas en materia de Cooperación Jurisdiccional  
 Internacional de Segundo Grado.*.....7:
- IMBROGNO, Andrea  
*Situación de los creadores visuales de imagen fija. El Droit de Suite.  
 La necesidad de una reforma a la ley 11.723”.*.....8:
- BENTOLILA, Juan José  
*Un efecto del avance tecnológico: La generación de incoherencia, en  
 algunas asunciones metafísicas*.....9:
- BENTOLILA, Juan José  
*El Derecho Interpersonal en las relaciones laborales*..... 5
- LAFOURCADE, Paula J.  
*Hacia una microregión fiscal en el centro de la provincia de Buenos Aires*..... 9
- GALATI, Elvio  
*Algunos desafíos del “Derecho Genético”.*..... 8

## APORTES PARA LA DOCENCIA.

- FERNANDEZ OLIVA, Marianela  
*Grupo de Educación Personalizada de la Cátedra A de Introducción al  
 Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*.....82;

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS.

- GIMENEZ CORTE, Cristián, “Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva “lex mercatoria” en América Latina. Con especial referencia al Mercosur”, prólogo de Miguel Angel Ciuro Caldani, Bs. As., Abaco, 2011, 367 págs.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, UNR Editora, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2010, 170 págs. ....111

**NORMAS EDITORIALES** .....114

## DOS NUEVOS APORTES A LA JURILINGÜÍSTICA

Miguel Ángel CIURO CALDANI (\*)

### A) NUEVAMENTE SOBRE TIEMPOS VERBALES Y DERECHO Los tiempos verbales del indicativo y la composición del tiempo jurídico

**Resumen:** En un nuevo aporte a la Jurilingüística se considera el papel de los tiempos del indicativo en la construcción de los antecedentes de las normas jurídicas según el planteo del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico.

**Abstract:** As a new contribution to “Jurilinguistics”, this paper considers the role of verb tenses in indicative mood as regards the construction of normative antecedents, using the Trialist Theory of the Juridical World.

**Palabras clave:** Jurilingüística - Integrativismo - Tridimensionalismo - Trialismo - Mundo jurídico - Verbo - Indicativo - Tiempos

**Key words:** Jurilinguistics – Integrativism – Tridimensionalism – Trialism – Juridical world – Verb - Indicative – Tenses.

#### *I) Presentación*

##### *a) El valor de los tiempos verbales*

1. El testimonio en cierto aspecto inmemorial de la gramática expresa los sentidos profundos de una cultura, incluso de la cultura jurídica<sup>1</sup>. En este caso, atenderemos en especial a los significados de los *tiempos verbales*<sup>2</sup>, considerándolos

(\*) Profesor emérito de la UBA. Profesor titular de la UNR.

□ Las construcciones del tiempo y el derecho se influyen recíprocamente. Cabe hacer referencia, respecto de esta problemática, a la *Jurilingüística*. Pueden v. nuestros trabajos “El lenguaje desde la perspectiva jurídica (Con especial referencia a los pronombres)”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 31, págs. 55/99, también Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1313/1449> , 23-12-2010; “El verbo en el antecedente de la norma jurídica (un aporte a la “Jurilingüística” con especial referencia a la lengua española)”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit. N° 32, págs. 17/26, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1322/1464> , 29-12-2010; “Comprensión del “complejo personal” a través de los pronombres personales”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 14, págs. 13 y ss., asimismo Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/390/300> , 23-12-2010. Los dos primeros sirven de introducción y marco al presente.

<sup>2</sup> El verbo es la parte más esencial y variable de la oración y, quizás, la de la fuerza expresiva más compleja.

Afirmaba Aristóteles que “El verbo es un compuesto de sonidos, con significado, con idea de tiempo, y en quien ninguna parte es, por sí misma, significativa, como en los nombres...” (ARISTÓTELES, “Poética”, cap. 20, 1457a/1457b, en “Obras”, trad. de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 99). Suele destacarse que en su origen latino verbo quiere decir precisamente “palabra”, “expresión”. Para atender al sentido que ha tenido el “verbo” en la cultura occidental, incluso referido a un “antes del tiempo”, quizás quepa considerar que en un horizonte religioso cristiano, diverso de la Gramática pero no marginable, el Evangelio dice que “En el principio existía el Verbo, y el Verbo estaba junto a Dios, y el Verbo era Dios./ Él estaba en el principio junto a Dios./ Todo se hizo por él, y sin él no se hizo nada de

como perspectivas de los *tiempos jurídicos*<sup>3</sup>. Lo haremos de manera relativamente simplificada<sup>4</sup>, dirigiéndonos a los tiempos del modo *indicativo*, principalmente según se utilizan en la lengua castellana de nuestra región y atendiendo en particular a su empleo en los antecedentes normativos<sup>5</sup>.

#### b) Los tiempos del indicativo

cuanto ha sido hecho./ En él estaba la vida, y la vida era la luz de los hombres.” (Jn. 1:1/1:4; a veces, sin embargo, en lugar de Verbo se traduce Palabra). El verbo y el tiempo son temas muy significativos de Occidente.

Puede v. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA-ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA, “Nueva gramática de la lengua española. Manual”, Buenos Aires, Espasa, 2010 (también cabe referir la versión amplia, en tres t.s., [http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000016.nsf/\(voAnexos\)/arch81783F098CA4E696C12572C60031796A/\\$FILE/ngramatica.htm](http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000016.nsf/(voAnexos)/arch81783F098CA4E696C12572C60031796A/$FILE/ngramatica.htm), 23-2-2011), respecto de los verbos, esp. págs. 427 y ss., también v. gr. 12/13 y 49 y ss.; “El TIEMPO verbal es la categoría gramatical que permite localizar los sucesos en relación con el momento en que se habla.” (REAL ACADEMIA, op. cit., pág. 427). “En español se distinguen la ESFERA DEL PRESENTE, que contiene las formas CANTO, CANTARÉ y HABRÉ CANTADO, y la ESFERA DEL PASADO, que integra los restantes tiempos, con la excepción de he cantado, que oscila entre ambas.” (REAL ACADEMIA, op. cit., pág. 430; Real Academia Española, Nueva Gramática de la Lengua Española, Manual, <http://www.contraclave.org/lengua/modos.pdf>, 24-12-2010; asimismo es posible c. v. gr. GARCIA ELORRIO, Aurelio, “Diccionario de la conjugación”, 4ª ed., Bs. As., Kapelusz, 1955, sobre la evolución de las formas verbales, en especial, págs. 113 y ss.; Español sin fronteras, <http://www.espanolsinfronteras.com/>, 26-12-2010). Además cabe c. por ej. BERMÚDEZ, Fernando, “Los tiempos verbales como marcadores evidenciales. El caso del pretérito perfecto compuesto”, en “Estudios Filológicos”, 40, págs. 165 y ss., Scielo, [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0071-17132005000100012&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0071-17132005000100012&script=sci_arttext), 29-12-2010. En cuanto a los tiempos verbales, pueden c. por ej. además DORTA LUIS, Josefa, “Modos y tiempos del verbo en la tradición gramatical hispánica: desde Nebrija hasta Bello (1492-1860)”, Instituto de Lingüística Andrés Bello de la Universidad de La Laguna, 1986, resumen en masTesis.com, <http://www.mastesis.com/tesis/modos+y+tiempos+del+verbo+en+la+tradicion+gramatical+hispani:14963>, 29-12-2010; SHIMIZU, Norio, “Los tiempos verbales de indicativo en el español contemporáneo”, Universidad Complutense de Madrid, 1976, resumen en masTesis.com, <http://www.mastesis.com/tesis/los+tiempos+verbales+de+indicativo+en+el+espa-C3-B1ol+contem:1000>, 29-12-2010; “Tiempo y temporalidad en la lengua española”, de Kim Hyun Shik, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filología, 2000, resumen en <http://www.mastesis.com/tesis/tiempo+y+temporalidad+en+la+lengua+espa-C3-B1ola:74544>, 29-12-2010; CARRASCO GUTIÉRREZ, Ángeles, “La correlación de tiempos en español”, Universidad Complutense de Madrid, Departamento Filología Española I Programa de Doctorado, 1997, resumen en masTesis.com, <http://www.mastesis.com/tesis/la+correlacion+de+tiempos+en+espa-C3-B1ol.:64167>, 29-12-2010; “Reichenbach y los tiempos verbales del español”, <http://revistas.ucm.es/fli/02122952/articulos/DICE9494110069A.PDF>, 29-12-2010; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Justo, “Nomenclatura de las formas verbales españolas”, en <http://culturitalia.uibk.ac.at/hispanoteca/gram%C3%A1ticas/Gram%C3%A1tica%20espa%C3%B1ola/Tiempos%20verbales-Nomenclatura%20espa%C3%B1ola.htm>, 30-12-2010.

<sup>3</sup> En sentido estricto, en el mundo jurídico interesa el tiempo como *temporalidad*, que es la expresión del tiempo como oportunidad para la realización de los valores, pero aquí la denominaremos simplemente “tiempo” (es posible c. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000).

<sup>4</sup> Los tiempos verbales son elementos de especial significación para reconocer el tiempo empleado en el lenguaje. Sin embargo, éste puede dar a los tiempos verbales muy diversos alcances, una misma expresión verbal puede referirse a tiempos distintos (v. REAL ACADEMIA, op. cit., págs. 427 y ss.).

<sup>5</sup> [www.spanishcourses.info](http://www.spanishcourses.info), “Formas del verbo amar como las usan en la región del Río de la Plata”, [http://www.spanishcourses.info/SpanishVerbs/amar\\_conjugar\\_8\\_ES.asp](http://www.spanishcourses.info/SpanishVerbs/amar_conjugar_8_ES.asp), 26-12-2010.



2. Haciendo referencia a los *usos principales*, cabe comenzar señalando que el *presente* expresa la coincidencia de la situación designada con el momento del habla (compra)<sup>6</sup>.

El *pretérito indefinido*, también *pretérito perfecto simple*, se refiere a acciones completadas en el pasado que no están relacionadas con el presente (indefinido, “compró”)<sup>7</sup>; el *pretérito perfecto compuesto* considera acciones ocurridas ya, en el espacio temporal en que se encuentra el hablante (ha comprado)<sup>8</sup>; el *pretérito imperfecto* se refiere a una acción paralela con otra y a lo que antes se hacía y ahora no (compraba); el *pretérito pluscuamperfecto* se remite a una acción pasada ocurrida con anterioridad a otra también pasada (había comprado) y el *pretérito anterior* atiende a una acción pasada anterior pero inmediata en el tiempo a otra también pasada (hubo comprado)<sup>9</sup>.

La Real Academia Española hace referencia a que en la terminología de Andrés Bello el pretérito perfecto compuesto (ha comprado) es *antepresente*, se trata de anterioridad de la situación denotada con respecto a un punto de referencia situado en el presente<sup>10</sup>. Asimismo menciona que en la terminología del sabio venezolano-chileno el pretérito imperfecto (compraba) es *copretérito*<sup>11</sup>.

El *futuro simple* sintético localiza una situación en un momento posterior al de su enunciación (compraré)<sup>12</sup>. El *futuro compuesto* denota una acción futura respecto del momento del habla, pero anterior a otra igualmente futura (habré comprado); la Academia recuerda que en terminología de Bello es *antefuturo*<sup>13</sup>. A veces, el futuro se emplea para órdenes o conjeturas<sup>14</sup>.

El *condicional simple* designa una situación posterior a otra pretérita, por lo que ha sido designado como “futuro del pasado” (compraría), la Academia recuerda que en terminología de Bello se trata del *pospretérito*<sup>15</sup>. El *condicional compuesto* expresa un tiempo anterior a un condicional (habría comprado) y la Academia hace referencia a la terminología de Bello que lo designa como *antepospretérito*<sup>16</sup>.

3. Hay tiempos *absolutos*, que se orientan directamente desde el momento de la enunciación, y tiempos *relativos*, que se orientan respecto de un punto de la línea temporal que funciona como referencia o anclaje distinto del de la enunciación<sup>17</sup>. El pretérito perfecto simple, el presente y el futuro son tiempos absolutos. Los otros son relativos. En cierto sentido, unos aíslan, los otros vinculan. En los tiempos absolutos, la

<sup>6</sup> REAL ACADEMIA, op. cit., pág. 436. También se hace referencia a presentes retrospectivos y prospectivos.

<sup>7</sup> A veces se afirma que Perfecto proviene de perfectum, perficere, en el sentido de terminado, completado (diverso de infectum). En relación con el discutido tema, puede v. MARINER BIGORRA, Sebastián, “La oposición “infectum/perfectum” ante un análisis estructural”, en [http://www.cervantesvirtual.com/s3/BVMC\\_OBRAS/00f/ba4/948/2b2/11d/fac/c70/021/85c/e60/64/mime/s/00fba494-82b2-11df-acc7-002185ce6064.html](http://www.cervantesvirtual.com/s3/BVMC_OBRAS/00f/ba4/948/2b2/11d/fac/c70/021/85c/e60/64/mime/s/00fba494-82b2-11df-acc7-002185ce6064.html), 2-1-2011.

<sup>8</sup> Sin embargo, las relaciones entre el pretérito perfecto compuesto y el pretérito perfecto simple dependen según la región (REAL ACADEMIA, op. cit., pág. 438). En el área rioplatense se opta por el pretérito perfecto o el presente (REAL ACADEMIA, op. cit., pág. 443). A veces se dice que al menos en ese ámbito el pretérito perfecto compuesto es un tiempo en vías de desaparición.

<sup>9</sup> Tiempo en relativo desuso, frecuentemente reemplazado por otros tiempos del pretérito.

<sup>10</sup> REAL ACADEMIA, op. cit., pág. 438.

<sup>11</sup> Íd., pág. 444.

<sup>12</sup> Íd., pág. 447 (el futuro analítico es “voy a amar”).

<sup>13</sup> Íd., pág. 453.

<sup>14</sup> Íd., págs. 448/9.

<sup>15</sup> Íd., pág. 449. Se discute si el condicional simple es indicativo o subjuntivo. Una tendencia que avanza en la actualidad lo ubica más cercano al subjuntivo.

<sup>16</sup> REAL ACADEMIA, op. cit., pág. 453.

<sup>17</sup> Íd., pág. 429.

construcción es *inherente* al mismo tiempo, no a la trama del tiempo<sup>18</sup>. Sin embargo, los tiempos verbales forman una trama al fin referida a la trama del tiempo físico<sup>19</sup>.

### c) La teoría trialista del mundo jurídico

4. El integrativismo tridimensionalista de la *teoría trialista del mundo jurídico*, que proponemos como modelo de la construcción del objeto del Derecho, brinda gran atención al tiempo, desde nuestro enfoque, a los tiempos verbales<sup>20</sup>.

Conforme a la propuesta trialista, el objeto jurídico ha de consistir en *repartos* de potencia e impotencia<sup>21</sup> (dimensión sociológica), captados por *normas* (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la *justicia* (dimensión axiológica, especialmente dikelógica). Cada una de las tres dimensiones es edificada en relación con el tiempo, hay un tiempo sociológico, otro normológico y otro dikelógico. Los tiempos de los hechos, de las captaciones normativas y de las valoraciones de justicia pueden ser diversos<sup>22</sup>. Las captaciones normativas pueden ser anteriores o posteriores a los hechos; las valoraciones pueden ser anteriores o posteriores a los hechos y a las captaciones normativas. Desde la perspectiva de este estudio, los tres despliegues temporales pertenecen al indicativo.

## II) Los tiempos verbales en la teoría trialista del mundo jurídico

### a) Dimensión sociológica

5. En la dimensión sociológica, el pasaje de un tiempo verbal a otro puede concretarse en cambios en los *elementos* de los repartos: repartidores, beneficiarios, objetos (potencias e impotencias), formas (caminos previos para llegar a los repartos) y

<sup>18</sup> Cabe c. nuestros trabajos "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, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2004, págs. 85/140), también en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1094/998>, 23-12-2010; "Los contratos conexos. En la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, además en Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1094/998>, 23-12-2010.

<sup>19</sup> La *concordancia temporal* es la correspondencia que se establece entre dos formas verbales, una de las cuales aparece en una oración principal y la otra en una oración subordinada. Los contextos de subordinación *modifican* los rasgos de referencia propia al momento del habla de los tiempos simples. Los significados propios de los tiempos son alterados por la concordancia temporal. Los tiempos verbales no son los únicos indicadores del tiempo en el lenguaje.

El pasaje de un tiempo a otro, por ej. del futuro en sus variantes al presente y al pasado en sus variantes, constituye *transtemporalidad*. La vida del Derecho es una permanente transtemporalización.

<sup>20</sup> Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel. "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976; "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; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 23-12-2010; Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 23-12-2010. Cabe c. nuestros "Estudios de Historia ..." cit.; también "Teorías Jurídicas e Historia", en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", "Ponencias en Santiago I", 2007, págs. 97/109.

<sup>21</sup> Potencia es lo que favorece a la vida humana, y de cierto modo al "ser"; impotencia es lo que los perjudica.

<sup>22</sup> En relativa afinidad con lo expuesto, en Literatura existen el tiempo histórico y el tiempo narrativo.

razones (móviles, razones alegadas y razones sociales). Se puede decir que el heredero dispuso de un bien porque su causante lo había adquirido (pretérito pluscuamperfecto).

Los cambios entre el pasado, el presente y el futuro (en este caso por variaciones verbales) hacen que haya modificaciones en esos elementos de los repartos. Buscando terminología para especificar los cambios, hemos propuesto que la variación de los repartidores sea “transmutación activa”; la de los beneficiarios “transmutación pasiva”; la de los objetos “transustanciación”; la de la forma “transformación” y la de las razones “transfiguración”. En el caso sucesorio referido, hay transmutación activa de los repartidores.

Es especialmente relevante reconocer y comparar los desajustes en los tiempos de los elementos más “comunicacionales”, es decir la forma y las razones. Por ejemplo, no es lo mismo pensar el problema en presente, en pasado, en futuro o en condicional o en las variantes de éstos. A veces la audiencia (forma) y los despliegues tenidos en cuenta en los móviles se producen en tiempos verbales diversos. V. gr. se escucha en pasado y los móviles están en presente o futuro.

Los repartos pueden ser *autoritarios* o *autónomos*, realizadores respectivos de los valores poder y cooperación; la variación de estas clases puede denominarse “transmutación”. Los repartos autoritarios poseen más tensión temporal que los autónomos.

6. Los repartos pueden *ordenarse* mediante el *plan de gobierno en marcha*, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, y cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad y a través de la *ejemplaridad*, desenvuelta por el seguimiento de modelos considerados razonables, que satisface el valor solidaridad. Entre las manifestaciones más importantes de la ejemplaridad se encuentran la costumbre y la jurisprudencia. El plan de gobierno en marcha se apoya más en fuertes pretensiones de futuro y la ejemplaridad suele relacionar más el pasado, el presente y el porvenir. El pretérito pluscuamperfecto puede ser especialmente útil para la expresión de la ejemplaridad. El cambio de un modo constitutivo del plan de gobierno a otro es “transmutación” de la ordenación.

Además de ser ordenada o desordenada según el uso que se haga de ella, la trama de los tiempos verbales relaciona los repartos generando *orden* y *desorden*, el desorden es denominado anarquía. Expresar problemas como presentes cuando se los piensa sujetos a condiciones produce anarquía.

El apego a los tiempos verbales del pasado *conserva* el orden de repartos y le da “consistencia”; la referencia a los tiempos verbales *futuros* le da innovación y le brinda espacio “vivificador”. Es relevante “*medir*” los alcances verbales de pasado, presente y porvenir de los problemas y las soluciones que constituyen un régimen.

Es importante edificar discursos y realidades según los distintos tiempos verbales. A través del manejo de los tiempos verbales es posible construir los problemas y las soluciones del despliegue temporal de la *estrategia jurídica*<sup>23</sup>.

7. Entre las *categorías básicas* de la dimensión sociológica se encuentran la *causalidad*, la *finalidad* “*objetiva*” que “*encontramos*” en los acontecimientos, la pueden ser aprehendidas mediante fraccionamientos productores de *certeza*<sup>24</sup>. Los

<sup>23</sup> Cabe 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, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, págs. 21/31.

<sup>24</sup> Como lo muestra por ejemplo el relato de “Funes el memorioso”, prescindir del fraccionamiento nos sería imposible (BORGES, Jorge Luis, “Ficciones”, Madrid, Alianza, 1971, págs. 121 y ss.; <http://www.literatura.us/borges/funes.html> , 29-12-2010).

tiempos verbales son tiempos de la causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad y la realidad. Los tiempos verbales desfraccionan y fraccionan la realidad social. El verbo sin tiempos, directa o indirectamente expresados, nos desbordaría, como también nos desbordarían las categorías recién referidas sin fraccionamientos.

### b) Dimensión normológica

8. Según la propuesta trialista, las *normas* captan de manera lógica repartos *proyectados* hechas desde el punto de vista de terceros. Puede expresarse que se trata de captaciones “neutrales” y, en sentido más simple, que son captaciones “promisorias”. Esto quiere decir que el tiempo verbal utilizado en la consecuencia jurídica ha de tener de proyección de *futuro* del indicativo<sup>25</sup>. Sin embargo, en este artículo nos importan especialmente los tiempos del *antecedente*<sup>26</sup>.

Los tiempos del antecedente permiten reconocer si se trata de normas *individuales*, referidas a sectores sociales pasados, concretos, descriptos y captados mejor en tiempos pretéritos, o *generales*, remitidas a sectores sociales “futuros”, abstractos, supuestos y captados mejor en subjuntivo<sup>27</sup>.

Los antecedentes y las consecuencias de las normas poseen *características positivas y negativas* que han de estar respectivamente presentes y ausentes para que las normas funcionen. Interesa considerar si las características negativas se refieren a tiempos anteriores, simultáneos o posteriores respecto de las características positivas. Por ejemplo, el fraude a la ley, característica negativa de los antecedentes de muchas normas, puede ser retrospectivo, simultáneo o a la expectativa<sup>28</sup>.

Aunque el lenguaje es siempre incompleto respecto de la realidad, hay *tiempos* verbales que permiten la presentación de problemas más *completos*, otros se muestran menos completos, exigiendo más esfuerzo de considerar lo que ha quedado oculto. En las *normas individuales*, el pretérito perfecto simple del indicativo (compró) muestra un antecedente relativamente pleno. Ya el pretérito perfecto compuesto (ha comprado) exhibe un posible contacto de respuestas con algo que hubiera sucedido después y esto se acentúa en el pretérito imperfecto (compraba), el pretérito pluscuamperfecto (había

<sup>25</sup> Es relevante que se trate de modo *indicativo*, no de subjuntivo o imperativo, porque es muy importante el cumplimiento (V. REAL ACADEMIA, op. cit., págs. 474 y ss.).

<sup>26</sup> Los tiempos verbales de las consecuencias jurídicas de las normas expresan si las construcciones son “promisorias”, edificadas en *futuro* del indicativo (será), como lo propone el trialismo, o están en otro tiempo e incluso modo, edificadas con carácter “prescriptivo” en sentido amplio (debe ser), como lo hace a menudo el positivismo normológico. Sean cuales fueran el tiempo y el modo verbales empleados en las fuentes formales (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, etc.), las normas, como captaciones lógicas, pueden construirse en sentido promisorio, según lo propone el trialismo, o en sentido prescriptivo.

Al trialismo le es especialmente significativo que las captaciones denominadas normas sean construidas con consecuencias promisorias, de futuro de indicativo, para poder apreciar la *exactitud* que se obtiene con el cumplimiento, es decir con la realización en la vida de las personas. Los efectos que las normas tengan en otras normas y sus repartos tengan en otros repartos constituyen su impacto. Para lograr un mayor impacto suele alterarse formalmente la estructura de la norma y colocar antes en la fuente formal la consecuencia con un indicativo futuro. Si las normas expresan el contenido de la voluntad de sus autores son fieles.

Aunque todos pueden ser construidos, el tiempo formalizado, el tiempo normativo y el tiempo “físico” pueden ser diversos. La consecuencia de la fuente formal puede expresar “debe ser” o “será”, la norma debe construirse, según la opción que se haya efectuado, con “será” o “debe ser” y en los hechos puede suceder que haya cumplimiento o sólo se alcance un deber ser.

<sup>27</sup> V. REAL ACADEMIA, op. cit., págs. 455 y ss.; “El modo subjuntivo”, <http://www.floyd.k12.va.us/itrt/pwrpnts/spanish/elsubjuntivo.ppt>, 26-12-2010.

<sup>28</sup> Las características negativas de las consecuencias jurídicas suelen requerir captaciones en subjuntivo (por ej. si no “fuera”, si no se produjera prescripción).

comprado) y el pretérito anterior (hubo comprado). En las *normas generales* la duda siempre es mayor. Tal vez sea mínima en el presente del indicativo (compra)<sup>29</sup>, ya el pretérito imperfecto del subjuntivo (comprara o comprase) genera cierta posibilidad mayor de limitación<sup>30</sup>.

9. Con referencia más específica a las *fuentes formales*, a menudo las leyes manifiestan normas generales por el antecedente (mejor reflejadas en subjuntivo, a veces en el casi en desuso futuro del subjuntivo) y las sentencias suelen expresar normas individuales (mejor expuestas en pretérito perfecto, simple o compuesto, del indicativo, v. gr. “compró” o “ha comprado”). Tal vez, sin embargo, quepa distinguir entre el caso, que sea mejor expresar en pretérito perfecto simple, y el proceso, que se está produciendo, y sea más conveniente manifestar en pretérito perfecto compuesto<sup>31</sup>.

10. Para que los repartos proyectados captados en las normas se hagan realidad en la vida de las personas es necesario que ellas *funcionen* cumpliéndose, en la medida necesaria, tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Hay funcionamientos más referidos al pasado, a la voluntad de los autores de las normas, y otros más dirigidos al presente, según la voluntad de repartidores actuales. La escuela de la exégesis sostuvo un funcionamiento remitido al pasado, pensando en lo que habían dispuesto (dispusieron) los autores de las normas (legisladores); hoy se difunde más lo que piensa la comunidad, que en gran medida es lo que piensan los encargados del funcionamiento (v. gr. los jueces). Las carencias históricas de normas por olvido son pensables en tiempos verbales pasados; las que surgen de novedades y de rechazos por injusticia (carencias dikelógicas) son más captables en tiempos presente y porvenir.

Además del funcionamiento real existe un funcionamiento *conjetural*, en base al cual se adopta la mayoría de las decisiones. El futuro simple y el condicional simple, en que se desarrolla el funcionamiento conjetural, tienen mucha más importancia real de la que suele asignárseles.

11. El *lenguaje* empleado en las normas (que en este caso nos interesa en cuanto es expresado en tiempos verbales del indicativo) *integra* la realidad social<sup>32</sup> brindándole

<sup>29</sup> Si se acepta que el verbo en presente puede ser captación desde el punto de vista de un tercero.

<sup>30</sup> Un tema significativo es la combinación de lo concreto y lo abstracto en “Dado que ...comprará ...” (futuro simple sintético).

<sup>31</sup> La existencia de fuentes generadoras de normas más “reales”, que se dictan para ser cumplidas de inmediato, y de fuentes programáticas (a cumplir en un porvenir más lejano), de propaganda (con finalidad más educativa) y espectáculo (que se dictan para aparentar), lleva a la necesidad de expresar sus consecuencias en distintos tiempos, desde alguna referencia al presente o el futuro, a un condicional. Para la manifestación de las fuentes programáticas puede ser mejor el subjuntivo en el antecedente y el futuro perfecto en la consecuencia. De todos modos, sea cual fuere el tiempo en que se exprese la fuente formal, la consecuencia de la norma propiamente tal debe construirse en futuro simple. Tal vez en el contraste entre lo que deba decirse en la fuente formal y lo que exige la captación normativa haya “grados de normatividad”. Como es obvio, entendemos que las fuentes espectáculo no deberían ser dictadas, aunque tal vez sirvan para mejorar la condición de reclamo de quienes fueron posibles víctimas del engaño.

Cabe c. nuestro artículo “Las fuentes de las normas”, en “Revista de la Facultad de Derecho”, UNR, N° 4/6, págs. 232 y ss. (también en “Zeus”, 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.

La diferencia entre el lenguaje de la fuente formal y el de la norma es un tema muy relevante, que requiere más investigaciones. Tal vez sea útil la noción de *expresividad* de las fuentes formales.

<sup>32</sup> Tal vez corresponda decir lo que *se construye* como realidad social.

Los conceptos y en especial los tiempos verbales empleados en las normas pueden ser más o menos adecuados a los fines de sus autores y a las necesidades de la realidad social.

claridad, incorporándole sentidos que ésta no posee y provocando que en alguna medida vivamos como él indica. Así sucede, por ejemplo, con los presentes retrospectivos y prospectivos, que dan más fuerza de realidad al pasado y el porvenir. Puede considerarse, en la línea del presente prospectivo, el llamado presente de mandato o presente deóntico, que aparece en declaraciones que se interpretan como órdenes o peticiones<sup>33</sup>. Se da fuerza al pasado cuando se dice v. gr. “El juez a quo sentencia ...”; se otorga fuerza al porvenir cuando se expresa, por ejemplo “Quien mata a otro es penado ...”.

12. El orden de los tiempos verbales del lenguaje normativo se relaciona también con la lógica del *ordenamiento normativo*.

En el planteo *vertical*, los escalones descendentes de la pirámide jurídica pueden interpretarse como momentos del tiempo, en este caso momentos de los tiempos verbales. En principio, los escalones superiores van quedando más en el pasado y los inferiores están entonces más en el futuro, aunque los escalones inferiores atienden más a casos pasados y hay complejas relaciones de todos los escalones de apertura al futuro todavía no alcanzado.

Existen también relaciones *horizontales* donde algunas normas, no superiores, impulsan el cumplimiento de las que se están considerando (v. gr. las leyes penales impulsan el cumplimiento de las civiles) produciendo, desde una posible aplicación futura, la realización del valor infalibilidad. También hay vinculaciones horizontales de contenido, encaminadas a menudo en la analogía, donde el pasado de las normas existentes influye en la solución de los problemas presentes.

El cambio de normas ubicado en los tiempos verbales da lugar al *Derecho Transitorio* y en el *Derecho Conectivo*.

### c) Dimensión dikelógica

13. En la dimensión dikelógica la justicia resulta culminación de un complejo de valores que integran además, por ejemplo, la *utilidad*, la *verdad* y el *amor*. La utilidad requiere muchas veces decisiones rápidas y por eso necesita tiempos “cortos”. En el régimen cambiario se llega a la abstracción, prescindente de la causa. Por ello, aunque en diversos grados, el pretérito no le es funcional. En cambio, el amor requiere compromisos profundos con tiempos más “largos”, de modo que la diversidad de tiempos le es enriquecedora. Algo en alguna medida análogo a lo que acabamos de expresar respecto del amor puede decirse de la verdad.

14. Siguiendo enseñanzas de Aristóteles es posible reconocer diversos senderos para pensar la justicia, denominables *clases de justicia*. Entre éstas es viable distinguir la justicia “*de partida*”, que proyecta lo existente, y justicia “*de llegada*” que adapta lo existente para alcanzar lo que se pretende<sup>34</sup>. La justicia de partida se relaciona más con el pasado y el presente. La justicia de llegada se vincula más con el futuro. La solución anterior en el pretérito pluscuamperfecto tiende al predominio de la justicia de partida. La respuesta posterior en el futuro compuesto se orienta más a la justicia de llegada.

Una perspectiva de crisis de las reglas generales de justicia es la *equidad*, justicia del caso concreto. Parece sustentable que la equidad es una expresión de justicia muy vinculada al presente.

<sup>33</sup> REAL ACADEMIA, op. cit., pág. 437.

<sup>34</sup> Puede v. nuestro estudio “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.

15. La justicia es una categoría *pantónoma*, que pensamos con referencia 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 produciendo *seguridad jurídica*. Cada tiempo verbal es un sentido del desfraccionamiento de la justicia, que a su vez significa el fraccionamiento de otros tiempos. Los tiempos absolutos son más amplios, los relativos desfraccionan el sentido de su vinculación y recortan el resto. El pretérito perfecto simple, el presente y el futuro son muy amplios, pero como tiempos absolutos son más fácilmente deslindables del resto. Cuando se hace referencia al pretérito perfecto simple, al presente y al futuro hay inseguridad por la amplitud de los alcances, pero a su vez hay cierta seguridad respecto de los despliegues que por su parte desarrollan los tiempos relativos.

16. El pensamiento de la “forma” (“lógica”) de la justicia, que acabamos de mostrar, permite razonamientos mucho más rigurosos que los que refiere con decepción el positivismo. Sin embargo, la referencia a los *contenidos* del valor presenta, sí, algunos aspectos muy debatibles. Esto no excluye que, sin sostener la naturalidad ni la objetividad de la justicia<sup>35</sup>, creamos que sobre bases consensuadas son posibles desenvolvimientos de rigor científico válidos entre quienes acepten dichos puntos de partida.

En nuestro caso, proponemos aceptar como base consensuada el *principio supremo* que el fundador del trialismo sostuvo con carácter objetivo y natural: adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, para que se convierta en persona. Esa esfera de libertad es, también, una esfera de temporalidad verbal.

Aprovechando las cuestiones respecto de los repartos aislados y el régimen de la dimensión sociológica, pero ahora para interrogar no cómo la “realidad” es sino como debería ser, es posible hacer referencia a los repartos y el régimen justos.

17. En cuanto a los *repartos* justos, cabe preguntarse cuándo son legítimos los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones de los repartos.

Los títulos de legitimidad de los *repartidores* incluyen la autonomía por el acuerdo de los interesados, la paraautonomía que se constituye cuando los interesados están de acuerdo en que alguien reparta (v. gr. en el arbitraje), la infraautonomía por el acuerdo de la mayoría de los interesados (por ej. en la democracia), la criptoautonomía por el acuerdo que brindarían los interesados si conocieran el reparto (v. gr. en la gestión de negocios ajenos sin mandato) y la aristocracia por la superioridad moral, científica o técnica. La criptoautonomía suele ser un título que se evidencia en el tiempo.

Los títulos de justicia de los *beneficiarios* atienden a la conducta y a la necesidad, respectivamente a los *méritos* y los *merecimientos*. Los méritos (conducta) suelen referirse más a lo que se ha hecho, es decir en este caso a los tiempos del pasado; en cambio los merecimientos (necesidad) tienen a menudo más sentidos de presente y de porvenir. El “presente” “derecho de necesidad” suele poner en crisis al pasado<sup>36</sup>.

18. Para que un *régimen* sea justo es necesario que sea *humanista*, o sea tome a cada individuo como un *fin* y no como un medio, según sucede en cambio en el totalitarismo. El humanismo ha de ser en principio *abstencionista* y no *intervencionista*

<sup>35</sup> Que sustentó Werner Goldschmidt.

<sup>36</sup> Se puede ampliar en nuestro artículo “Comprensión jusfilosófica del derecho y el estado de necesidad”, “Revista de la Facultad...” cit., 10, págs. 43 y ss.



(paternalista). El abstencionismo suele vincularse principalmente al carácter desconocido del porvenir, en nuestro caso, a los verbos del futuro.

Para la realización del régimen justo es necesario *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, desempleo, etc.). En nuestra perspectiva especial: es necesario amparar al individuo frente a las amenazas que pueden venir de todos los tiempos verbales y a través de todos los tiempos verbales. Estos tiempos son de manera simultánea senderos de amenazas y de protección.

19. Al producirse cambios en los tiempos verbales de los repartos y el régimen pueden ocurrir variaciones en los criterios de legitimación. Pueden suceder la *translegitimación* y la *transdeslegitimación*. Por ejemplo: la legitimidad o ilegitimidad en el presente pueden continuarse en el futuro con translegitimación o transdeslegitimación respectivamente. La legitimación de la ilegitimidad de origen por el *ejercicio* es una muestra de esto.

#### *d) Las respuestas jurídicas*

20. En la trama de la realidad social, las normas y los valores, cada *respuesta jurídica* es parte de una trama de tiempos verbales que, con diversa intensidad, se sitúa en relación con los tiempos de otras respuestas<sup>37</sup>.

Cada constitución, cada ley, cada contrato, etc. es una respuesta tridimensional válida de tiempos verbales que se relaciona con otras respuestas. Lo propio puede decirse de cada persona, cada derecho, cada deber, cada objeto y cada relación jurídica. Importa reconocer los tiempos verbales para apreciar más cabalmente los respectivos sentidos.

Hay respuestas y tiempos en *relaciones* de dominación, coexistencia “independiente”, integración, desintegración, etc. Por ejemplo, en el pretérito imperfecto hay más posibilidades de coexistencia; en el pretérito pluscuamperfecto es más posible que la primera acción pasada domine a la segunda o a la inversa.

Las prestaciones complementarias, por ejemplo los aportes jubilatorios, suelen requerir el uso del pretérito imperfecto. Expresados en los tiempos del pluscuamperfecto o no, los principios “prior tempore potior jure” y “venire contra factum proprium non valet” son muestras de la dominación por la primera acción; la prescripción exhibe lo dominación por la segunda.

Los tiempos pueden ser “*con-fluyentes*” e “*in-fluyentes*”. Por ejemplo: el pretérito imperfecto es confluyente; el pluscuamperfecto es influyente.

21. El nacimiento es en principio un “cheque” cargado de futuro. A medida que pasa el tiempo de nuestras vidas nos vamos cargando de pasados y resultan más reducidos los alcances de nuestro futuro. Comprender los tiempos verbales es una manera de comprendernos a nosotros mismos.

*Los tiempos verbales significan y diversifican el tiempo jurídico.*

<sup>37</sup> Esto ocurre según denominadores particulares y comunes (respecto de los *denominadores particulares* y *comunes* es posible c. CIURO CALDANI, “Estudios de Filosofía Jurídica ...” cit., t. II, 1984, págs. 205 y ss.)



## B) PERSPECTIVAS JURÍDICAS DE LAS PALABRAS

**Resumen:** Se considera el sentido jurídico inherente a las palabras según el planteo del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico.

**Palabras clave:** Jurilingüística - Integrativismo - Tridimensionalismo - Trialismo - Mundo jurídico - Mundo Lingüístico - Palabras.

**Abstract:** This paper considers the juridical sense that is inherent in the words, using the Trialist Theory of the Juridical World.

**Key words:** Jurilinguistics - Integrativism - Tridimensionalism - Trialism - Juridical world - Linguistic world - Words.

### *I. Nociones básicas*

1. Las palabras “viven”, o mejor dicho, los seres humanos vivimos también *en* las palabras<sup>38</sup>. Las palabras no son nuestra vida, pero vivimos también en ellas. Por eso son multifacéticas, en relación con toda la cultura. La vida de las palabras es muy

<sup>38</sup> Nos referimos a las palabras en general según las principales acepciones que de la voz respectiva da la Real Academia Española, sin entrar, en la mayor medida de las posibilidades, a las especificidades de otros despliegues, por ejemplo, a la morfología o a la sintaxis. Los significados de la voz palabra son especialmente numerosos (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 22ª ed., palabra, [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=palabra](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=palabra), 13-2-2011). En cuanto más nos interesa, en una primera acepción la Academia indica que palabra es un *segmento* de discurso unificado habitualmente por el acento, el significado y pausas potenciales inicial y final; en la tercera acepción, se refiere a la *facultad de hablar*. (REAL ACADEMIA, Diccionario... cit.). La Institución ha dicho también que es un sonido o conjunto de sonidos articulados que expresan una idea (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, “palabra”, 21ª ed., Madrid, 1992, t. h-z, pág. 1503). Asimismo, de acuerdo con lo recién expuesto, el “Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano”, Barcelona, Buenos Aires, etc., Montaner y Simón – Sociedad Internacional, indica que palabra es un sonido o conjunto de sonidos articulados que expresan una sola idea, t. XV, 1912, págs. 592 y ss. (también se refiere a la facultad de hablar); conc. v. “Enciclopedia Universal Ilustrada”, Barcelona, Espasa, t. XLI, págs. 4 y ss.

Acerca de la importancia de las palabras es posible v. por ej. GONZÁLEZ CALVO, José Manuel, “Sobre partes de la oración: artículo, pronombre, adverbio, interjección”, en [http://cvc.cervantes.es/literatura/cauce/pdf/cauce14-15/cauce14-15\\_09.pdf](http://cvc.cervantes.es/literatura/cauce/pdf/cauce14-15/cauce14-15_09.pdf), 13-2-2011. V. SARTRE, Jean-Paul, “Las palabras”, Alianza-Losada, en Proyecto Espartaco, Rapidshare, [http://rapidshare.com/#!download/5613410883219/Sartre\\_-\\_Las\\_Palabras.rar/7215](http://rapidshare.com/#!download/5613410883219/Sartre_-_Las_Palabras.rar/7215), Sartre\_-\_Las\_Palabras[1].rar - RAR archive, unpacked size 8.776.847 bytes, 13-2-2011; FOUCAULT, Michel, “Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas”, trad. Elsa Cecilia Frost, Argentina, Siglo XXI Argentina, 1968, en Uruguay Piensa, 1968, <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/682.pdf>, 13-2-2011. Acerca de la Teología del Lenguaje, v. GUSDORF, Georges, “La palabra”, trad. Horacio Crespo, Bs. As., Galatea, 1957, págs. 15 y ss.

Acerca de las clases de palabras, pueden v. por ej. REAL ACADEMIA, “Nueva gramática...” cit., págs. 209 y ss.; c. Conevyt.org, Enciclopedia temática, Temas de Lengua y comunicación, <http://www.conevyt.org.mx/cursos/enciclopedia/lengua.html>, 13-2-2011; Telefonica.net, Resumen de Gramática, <http://www.telefonica.net/web2/alertalettras/LAS%20CLASES%20DE%20PALABRAS%20IMPRIMIR%20DEF.doc>, 13-2-2011.

relevante en la Lingüística<sup>39</sup> y en el marco tradicional del Derecho. Su importancia jurídica se manifiesta, sobre todo, en el funcionamiento de las normas (v. gr. en la interpretación). Sin embargo, es asimismo muy relevante el *sentido jurídico* de la *vida de las palabras*, aisladas o como *conjuntos*, perspectivas éstas de las que nos ocupamos en el presente trabajo<sup>40</sup>. Consideraremos las palabras en general, sin referirnos a particularidades al respecto.

Nos ubicamos así en el campo de la *Jurilingüística*<sup>41</sup>, desarrollando una *complejidad pura* del Derecho y la Lengua que supera su aislamiento y también la dominación, muchas veces pretendida, de uno de ellos por el otro. A nuestro parecer, si bien hay que superar el aislamiento, que podría ser una no satisfactoria simplicidad pura, las construcciones que consideran al Derecho como un mero despliegue de la Lengua incurrir en una complejidad impura.

Las diversas *concepciones jurídicas* pueden hacer aportes a la comprensión del sentido jurídico de la vida y en especial, como veremos en este caso, al sentido jurídico de la vida de las palabras. Nos referiremos a lo que puede brindar en ese despliegue la propuesta *integrativista tridimensionalista* de la *teoría trialista del mundo jurídico*.

Según el integrativismo tridimensionalista trialista, en la versión que compartimos, el objeto de la ciencia jurídica ha de abarcar repartos de “potencia” e “impotencia” (de lo que favorece o perjudica a la vida humana; *dimensión sociológica*), captados por normas (*dimensión normológica*) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión axiológica*, específicamente *dikelógica*)<sup>42</sup>. Cabe hacer también una propuesta *integrativista tridimensionalista* de un *mundo lingüístico* construido, a semejanza del mundo jurídico, por realidad social de actos lingüísticos (*dimensión sociológica*), captados lógicamente (*dimensión lógica*) y valorados por valores de comunicación (*dimensión axiológica*, quizás específicamente “hermelógica”)<sup>43</sup>.

<sup>39</sup>La noción de Lingüística ha tenido importantes cambios, vale c. Lingüística, <http://www.espanolsinfronteras.com/LenguaCastellana-RD01-ALinguistica.htm>, 12-2-2011; BENVENISTE, Émile, “Problemas de Lingüística general I”, trad. Juan Almela, 24ª ed., México, Siglo XXI, 2007, págs. 5 y ss.; MALMBERG, Bertil, “Introducción a la Lingüística”, trad. Pilar Calvo, Madrid, Cátedra, 1982, págs. 215 y ss. También es posible c. v. gr. JOFRE, Manuel Alcides, “Estado del arte de la semiótica actual”, en “Literatura y lingüística”, n° 10, 1997, Scielo Chile, [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-58111997001000010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-58111997001000010&script=sci_arttext), 12-2-2011.

<sup>40</sup> Cabe ampliar, por ej., en nuestros trabajos “El lenguaje desde la perspectiva jurídica (Con especial referencia a los pronombres)” cit., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/1313/1449>, 16-2-2011; “Comprensión del “complejo personal” a través de los pronombres personales” cit.; “Los pronombres personales en el Derecho de Familia”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) “La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. I, págs. 51/77.

<sup>41</sup> Se puede ampliar en nuestro trabajo “El verbo en el antecedente de la norma jurídica ...” cit.

<sup>42</sup> Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, “Derecho y política” cit.; “Estudios de Filosofía Jurídica...” cit.; “Estudios Jusfilosóficos” cit.; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica” cit., “Metodología Dikelógica” cit.

En los *horizontes* de las distintas dimensiones están la Sociología Jurídica y la Sociología; la Lógica, la Metodología y la Lingüística y la Filosofía de la Justicia, la Axiología y la Filosofía.

<sup>43</sup> En los horizontes de las distintas dimensiones están, v. gr., la Pragmática, la Lógica, la Sintáctica y la Semántica y la Gramática.

De cierto modo, Saussure se refirió más al despliegue social del signo y Peirce a su desenvolvimiento lógico.

Cabe c. REDONDO DOMÍNGUEZ, Ignacio, “El signo como medio: claves del pensamiento de C. S. Peirce para una teoría constitutiva de la comunicación”, tesis doctoral dirigida por Jaime Nubiola,

El mundo jurídico y el mundo lingüístico se desenvuelven en la *vida humana*<sup>44</sup>. Es difícil conceptuar la vida, pero tenemos que ocuparnos de ella porque vivir es lo más

Facultad de Comunicación, Universidad de Navarra, Academia.edu, [http://unav.academia.edu/JaimeNubiola/Papers/253549/EL\\_SIGNO\\_COMO\\_MEDIO\\_CLAVES\\_DEL\\_PENSAMIENTO\\_DE\\_CS\\_PEIRCE\\_PARA\\_UNA\\_TEORIA\\_CONSTITUTIVA\\_DE\\_LA\\_COMUNICACION](http://unav.academia.edu/JaimeNubiola/Papers/253549/EL_SIGNO_COMO_MEDIO_CLAVES_DEL_PENSAMIENTO_DE_CS_PEIRCE_PARA_UNA_TEORIA_CONSTITUTIVA_DE_LA_COMUNICACION), 21-2-2011.

<sup>44</sup>Una tradición que recorre todo el camino de la Filosofía, al menos desde Platón, pero se acentúa mucho en el siglo XX, nos dice que las palabras y sus conjuntos tienen vida (cabe c. v. gr. el despliegue de la Etimología, que se ocupa del origen de las palabras, la razón de su existencia, de su significación y de su forma, la especialidad lingüística que estudia el origen de las palabras consideradas en dichos aspectos – v. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 22ª edición, cit., etimología, [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=etimologia](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=etimologia), 10-2-2011; asimismo es útil c. Lexilogos, Étymologie -datos de diccionarios etimológicos en diversas lenguas-, <http://www.lexilogos.com/etymologie.htm>, 10-2-2011-). Las palabras viven de una manera muy especial en la Literatura (acerca de la vida de las palabras en la Literatura pueden v. por ej. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Literatura, <http://bib.cervantesvirtual.com/seccion/literatura/>, 14-2-2011; GONZÁLEZ PORTO-BOMPIANI, “Diccionario Literario”, 2ª ed., Barcelona, Montaner y Simón, 1967/68 y específicamente en relación con el español [espanolsinfronteras.com](http://espanolsinfronteras.com), Literatura Española,

<http://www.espanolsinfronteras.com/CulturaEspanola23LiteraturaEspanola.htm>, 14-2-2011; HENRÍQUEZ UREÑA, Pedro, “Las Corrientes Literarias en la América Hispánica”, 2ª ed., México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1954).

Vale aclarar, sin embargo, que no hay que confundir el origen con el significado de las palabras (pueden v. por ej. v. gr. GARCÍA JURADO, Francisco, “Introducción a la semántica latina: De la Semántica tradicional al cognitivismo”, Capítulo I, Etimología y semántica, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003, en “Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos”, 2003, Anejo I, págs. 15/27, <http://revistas.ucm.es/fl/11319062/articulos/CFCL0303110015A.PDF>, 12-2-2011, <http://www.scribd.com/doc/23554314/etimologia-y-semantica>, 12-2-2011, Prólogo del Prof. Benjamín García-Hernández,

<http://revistas.ucm.es/fl/11319062/articulos/CFCL0303110007A.PDF>, 12-2-2011.

Semántica proviene del francés “sémantique” creado por Bréal (1897) apoyándose en el griego (COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. V, 1983, pág. 197); Semiología, también se origina en el griego (COROMINAS – PASCUAL, op. y t. cit., pág. 197); ambas voces están relacionadas con semáforo (sobre Pragmática, v. COROMINAS – PASCUAL, op. cit., 1ª reimp. t. IV, 1985, págs. 629/30, palabra tomada de pragmaticus, perteneciente a los negocios políticos, experto en Derecho). V. asimismo ALCARAZ VARÓ, Enrique – MARTÍNEZ LINARES, María Antonia, “Diccionario de lingüística moderna”, 2ª ed., Barcelona, Planeta-Ariel, 2004; WITTGENSTEIN, Ludwig, “Los cuadernos azul y marrón”, Cuaderno Azul, trad. Francisco Gracia Guillén, Madrid, Tecnos, 1968, pág. 31; “Investigaciones filosóficas”, trad. Alfonso García Suárez – Ulises Moulines, Barcelona, Crítica, 1988; Ludwig Wittgenstein, [http://alerce.pntic.mec.es/~mcui0002/masazul/ludwig\\_wittgenstein.htm](http://alerce.pntic.mec.es/~mcui0002/masazul/ludwig_wittgenstein.htm), 10-2-2011; ECO, Humberto, “Tratado de Semiótica general”, trad. Carlos Manzano, 5ª ed., Barcelona, Lumen, 1995, <http://www.scribd.com/doc/15997925/Eco-Umberto-Tratado-de-Semiotica-General>, 9-2-2011; “Semiotica e filosofia del linguaggio”, Turín, Einaudi, 1984; Scribd, Biblioteca Umberto Eco, <http://www.scribd.com/doc/15997925/Eco-Umberto-Tratado-de-Semiotica-General>, 9-2-2011; es posible v. una reseña histórica y un cuadro ilustrativo en Sprachphilosophie, Filosofía del lenguaje, (rec.) Justo Fernández López,

<http://culturitalia.uibk.ac.at/hispanoteca/Lexikon%20der%20Linguistik/sp/SPRACHPHILOSOPHIE%20%20Filosof%C3%ADa%20del%20lenguaje.htm>, 9-2-2011; se puede

c. educ.ar, Semántica, <http://aportes.educ.ar/lengua/nucleo-teorico/estado-del-arte/-semantica/semantica.php>, 9-2-2011; Toward a Cognitive Semantics, Leonard Talmy, Cambridge, MA: MIT Press, 2000,

<http://linguistics.buffalo.edu/people/faculty/talmy/talmyweb/TCS.html>, 9-2-2011; Revista argentina de historiografía lingüística, <http://www.rahl.com.ar/presentacion.html>, 12-2-2011; en cuanto a la afinidad de la vida de la Lengua y el Derecho, cabe recordar por ej. SAVIGNY, F. C. de, “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. I, 1878, párrafo VII, pág. 31.

importante que hacemos<sup>45</sup>. La afinidad de la composición del mundo jurídico y el mundo lingüístico permite importantes relaciones y relevantes consideraciones interdisciplinarias. En este campo nos ocuparemos de la juridicidad tridimensional que poseen las palabras en sí mismas<sup>46</sup>. Consideraremos a las palabras como repartos captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia.

## II. La norma como despliegue jurídico

### a) Dimensión sociológica

2. Según la propuesta integrativista de la teoría trialista del mundo jurídico, la dimensión sociológica ha de construirse con adjudicaciones de potencia e impotencia que pueden ser distribuciones producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar o, centralmente, repartos originados por la conducta de seres humanos determinables. Las distribuciones y los repartos se producen según el desenvolvimiento de la fuerza. Las palabras forman parte de un complejo de *adjudicaciones* de potencia e impotencia, incluyendo *distribuciones*, en gran medida de influencias humanas difusas de la economía, la religión, el arte, etc., y *repartos*. Como tales, significan despliegues de fuerza.

Las distribuciones han de ser analizadas según los beneficiarios (beneficiados o gravados), los objetos (potencias e impotencias) y las razones sociales (las que, en su caso, les atribuye la sociedad). Los repartos deben ser estudiados atendiendo a los repartidores (conductores), los beneficiarios, los objetos, las formas (los caminos recorridos para tomar las decisiones) y las razones (incluyendo los móviles de los repartidores, las razones alegadas y las razones sociales. Las adjudicaciones que llevan en sí las palabras abarcan estos despliegues.

Utilizar palabras es adjudicar, *repartir* vida<sup>47</sup>. Quienes emplean palabras son *repartidores* de *potencias* e *impotencias*, que *reciben* ellos mismos y otros seres humanos, beneficiándose o perjudicándose; al uso de las palabras se llega por determinadas *formas*, previas a las *decisiones*, y éstas se relacionan con *razones* que son *móviles* de quienes emplean las palabras, *alegaciones* que éstos pueden efectuar para fundamentar sus repartos y *razones sociales* que asigna la sociedad cuando considera que ese uso de las palabras es valioso.

En cuanto a las potencias y las impotencias, consideramos que en gran medida el hombre se humaniza mediante la palabra, pero no creemos que se humanice simplemente por la palabra<sup>48</sup>. En el marco de las razones, puede interesar atender a la clasificación de las palabras y los actos de habla según sean *directos*, donde el móvil es lo que se expresa (es decir, que lo locutivo y lo ilocutivo se corresponden) o *indirectos*, porque el móvil es diferente de lo que se manifiesta (o sea que lo locutivo y lo ilocutivo no coinciden). También puede utilizarse la categoría de perlocutividad, referida a los efectos que el enunciado, en este caso las palabras, generan en el receptor<sup>49</sup>. Cuando se

<sup>45</sup> Podría decirse en el *mundo humano*, que también vale construir de manera integrada tridimensional.

<sup>46</sup> Sin desconocer, obviamente, la que tienen sus conjuntos.

<sup>47</sup> Cabe c. en relación con el tema REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 22<sup>a</sup>. ed. cit., palabra, [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=palabra](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=palabra), 13-2-2011).

<sup>48</sup> No obstante puede v. GUSDORF, op. cit., por ej. pág. 9.

Desde hace tiempo se debate cuál es la importancia de la pérdida del oído, vinculado a las palabras, y la pérdida de la vista, más relacionada con el mundo exterior, v. gr., para caracterizar la muerte.

<sup>49</sup> Las palabras pueden estar en complejos de sentidos asertivos, expresivos, directivos, compromisorios, declarativos, etc.

emplean y reciben palabras, hay que estar atento para descubrir qué adjudicaciones hay en ellas.

Distintos giros de la voz “palabra” muestran su inserción en el mundo de los repartos: *palabras buenas* son expresiones corteses; *media palabra* es una insinuación; existen palabras clave, especialmente relevantes; la *palabra de honor* es empeño de fe; una *palabra gruesa* es inconveniente; *palabra ociosa* es, al menos en apariencia, sin fin determinado; una *palabra pesada* es injuriente; otra *picante* mortifica; una *palabra preñada* tiene más sentido del que manifiesta; las *palabras de buena crianza* son de cortesía; las de *oráculo* son respuestas anfibológicas que disfrazan lo que se quiere decir; *palabras mayores* son injuriosas; la *última palabra* corresponde a una decisión definitiva e inalterable; *ahorrar palabras* es dejarse de proponer excusas; *bajo palabra* es lo que se hace sin otra seguridad que la palabra; *valerse de la palabra* es obligar a cumplir una oferta o promesa; *no tener más que palabras* es de cierto modo ser balandrón; *no tener más que una palabra* es ser formal y sincero, etc.<sup>50</sup>

Los repartos pueden desarrollarse por imposición o por acuerdo. En el primer caso son autoritarios y realizan el valor poder y en el segundo son autónomos y satisfacen el valor cooperación. El empleo de las palabras puede desenvolverse *autoritaria* o *autónomamente*. En muchos casos, en dicho uso se despliega un gran fenómeno de *poder*. Suele decirse, en cierto sentido, que existe del poder de la palabra.

Saber que las palabras son distribuciones y repartos y que a menudo éstos son autoritarios tiene una importancia muy relevante para el *desenmascaramiento* de la realidad.

3. Los repartos pueden ordenarse constituyendo un régimen a través del plan de gobierno y de la ejemplaridad. El primero indica quiénes son los supremos repartidores (supremos conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (criterios supremos de conducción). Cuando está en marcha, el plan realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad ocurre por el seguimiento de repartos considerados razonables. Satisface el valor solidaridad. Entre sus expresiones están la costumbre y los usos. El régimen de las palabras, de cierto modo el código de uso de las palabras, puede construirse, en consecuencia, por *plan de gobierno*<sup>51</sup> o *ejemplaridad*<sup>52</sup>. El derecho a *tener la palabra* es estar en turno, en orden, para hablar<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed. cit., palabra, [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=palabra](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=palabra), 13-2-2011.

Vale recordar el uso de las palabras maravillosas: YHWH, el tetragrama hebraico, antiguo nombre israelita de Dios, que se sustituía por la palabra “Adonai” y, la cristiana IHSWH, resultante del ingreso de una S en medio del tetragrama, a las que se atribuyeron propiedades ocultas y supremas (cabe tener en cuenta REUCHLIN, Johann, “De Verbo Mirifico”, 1494, “De la Palabra Maravillosa”). Importa atender al diferente uso de la composición de las palabras hecho en la *Cábala* y el valor atribuido a las mismas.

<sup>51</sup> Una manera de la planificación es la que a veces se hace para proteger la lengua (Es posible considerar las disposiciones constitucionales y legales dictadas en Francia, v. la evolución en 1951, 1975 1992 y 1994 –ley Toubon, 94-665, Legifrance.gouv.fr, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341&dateTexte=20110225>, 24-2-2011, <http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/8/8d/JO199411392.png>, 24-2-2011-, también la existencia de Academias respectivas –Académie française, <http://www.academie-francaise.fr/>, 25-2-2011-, y asimismo la formación de entidades como la Alliance Française, <http://www.alliancefr.org/es>, 24-2-2011 y lo expuesto en Francósfera México-Francia, Defensa de la Lengua Francesa, <http://inmf.org/dlf.htm>, 24-2-2011; sobre los resultados, además de ciertas tensiones jurisprudenciales, v. Presseurop, Ideas, Lenguas, Aleksandra Rybinska, El francés resiste, el alemán sucumbe, <http://www.presseurop.eu/es/content/article/214681-el-frances-resiste-el-aleman-sucumbe>, 24-2-2011. La defensa de la lengua francesa tiene antecedentes ya en 1549. V. *abc* de la langue française, Histoire de la langue française, <http://www.languefrancaise.net/HLF/HLF>, 24-2-2011).

<sup>52</sup> Cabe hacer referencia a la etimología popular, que es la interpretación que se da a las palabras relacionándolas con otras de diverso origen (puede v. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de



Los órdenes de repartos tienen subórdenes y también hay *subórdenes* para las palabras, que a veces constituyen *códigos sectoriales*, por ejemplo, de la juventud<sup>54</sup>. Las palabras están en *contextos* lingüísticos, situacionales y socioculturales<sup>55</sup>.

4. Los repartos y sus órdenes suelen encontrar límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas, que pueden ser generales –físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos- o especiales en cuanto a disposiciones de futuro para cuestiones vitales -caso éste en que son siempre replanteadas-. También los repartos y los órdenes de repartos de las palabras encuentran *límites necesarios* de esos tipos. Se han hecho interesantes investigaciones respecto a las posibilidades y los límites del lenguaje<sup>56</sup>.

5. Según la propuesta integrativista trialista, las *categorías básicas* de la realidad social son la causalidad, la finalidad objetiva que “encontramos” en los acontecimientos, la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad<sup>57</sup>. Varias de estas categorías son “pantónomas” (pan=todo; nomos=ley que gobierna) y, como no podemos abarcarlas, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarlas donde no podemos avanzar más, produciendo certeza. Cada palabra tiene un *fraccionamiento* de la realidad social y da *certeza*, pero es en parte por esto que sus diversos alcances jurídicos originan grandes debates<sup>58</sup>.

#### b) Dimensión normológica

la Lengua Española, 22ª ed. cit., etimología popular, [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=etimología popular](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=etimología%20popular), 10-2-2011).

<sup>53</sup> Id.

La diferenciación de las distribuciones y el orden de repartos y los repartos guarda cierta afinidad con la diferenciación entre la lengua y el habla (en relación con el tema es posible c. FUENTES, Marcelo A., “El Signo”, Educar-Argentina, <http://www.educar-argentina.com.ar/ABR2006/educ113.htm>, 23-2-2011).

<sup>54</sup> Es posible v. Educar-Argentina, Análisis Comunicacional cit., <http://www.educar-argentina.com.ar/ABR2006/educ113.htm>, 23-2-2011.

<sup>55</sup> Cabe c. por ej. La lengua: conceptos clave,

[http://www.santurtzieus.com/gela\\_irekia/materialak/laguntza/kontsultak/claves\\_lengua.html#ADECUACIÓ](http://www.santurtzieus.com/gela_irekia/materialak/laguntza/kontsultak/claves_lengua.html#ADECUACIÓ), 23-2-2011.

<sup>56</sup> V. por ej. CHOMSKY, Noam, “Reflexiones sobre el lenguaje”, trad. Joan A. Argente – Josep Mª. Nadal, Barcelona, Planeta-Agostini, 1984.

<sup>57</sup> Además de nuestros textos integrativistas trialistas señalados en la nota 5, cabe recordar nuestro estudio “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967 (reimpresión en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 28, págs.105/112).

<sup>58</sup> Es posible v. por ej. MORENO FERNÁNDEZ, Francisco, “Principios de sociolingüística y sociología del lenguaje”, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 2009, [http://books.google.com.ar/books?id=fJW\\_jLamOrkC&pg=PA143&lpg=PA143&dq=dimensi%C3%B3n+social+actos+habla&source=bl&ots=L-HxCqUTvE&sig=MVeolIvkWFj5X2XDE0nw6xwXTVU&hl=es&ei=sQFITYKzLYnfgQeArezEBw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=8&ved=0CEUQ6AEwBw#v=onepage&q=dimensi%C3%B3n+social+actos+habla&f=false](http://books.google.com.ar/books?id=fJW_jLamOrkC&pg=PA143&lpg=PA143&dq=dimensi%C3%B3n+social+actos+habla&source=bl&ots=L-HxCqUTvE&sig=MVeolIvkWFj5X2XDE0nw6xwXTVU&hl=es&ei=sQFITYKzLYnfgQeArezEBw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CEUQ6AEwBw#v=onepage&q=dimensi%C3%B3n+social+actos+habla&f=false), 22-2-2011; referencias a libros relacionados en Google,

[http://books.google.com.ar/books?id=4IEkAI-I9koC&dq=dimensi%C3%B3n+social+actos+habla&hl=es&source=gsb\\_similarbooks\\_s&cad=1](http://books.google.com.ar/books?id=4IEkAI-I9koC&dq=dimensi%C3%B3n+social+actos+habla&hl=es&source=gsb_similarbooks_s&cad=1), 22-2-2011.

Se puede ampliar en nuestros trabajos “El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Colegio de Abogados”, Rosario, N° 12, 2ª época, págs. 117 y ss.; “El derecho humano a participar en la construcción del propio nombre” (comentario al fallo “Jacob, Guillermo D. y Jacob, Patricia y otros s/información sumaria”, C. Nac. Civ., sala I, 12/9/2000), en “Jurisprudencia Argentina”, 2001-II, págs. 650 y ss.).

6. Según la propuesta integrativista trialista, las *normas* son captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros, también puede expresarse que son hechas desde el punto de vista “neutral” y, con miras a una más fácil comprensión, cabe manifestar que son captaciones lógicas promisorias (no prescriptivas en sentido amplio)<sup>59</sup> de repartos proyectados. La lógica de las palabras está en los *conceptos*, en los que tienen relaciones a menudo coincidentes y en otros casos discrepantes. La polisemia<sup>60</sup> y la sinonimia son muestras de lo que estamos refiriendo<sup>61</sup>. La palabra contiene un reparto y, en cierto sentido, un reparto proyectado, acerca de lo que ha de entenderse al respecto. La *captación lógica* de ese reparto es una norma. Quienes usan las palabras son repartidores, desde este despliegue, autores de normas. La polisemia puede ser camino para que al fin una misma palabra contenga diversos repartos y diversas normas.

Si las normas captan correctamente el contenido de la voluntad de los repartidores son fieles; si su contenido se cumple, son exactas y si a través de sus conceptos sirven a los fines de los repartidores son adecuadas. También importa su efectividad, es decir las consecuencias que por ellas se producen en las otras normas y en los otros repartos. Las normas de las palabras pueden ser *fieles*, *exactas* y *adecuadas*. La exactitud de la norma de la palabra ocurre cuando el mensaje de ésta es recibido correctamente<sup>62</sup>. La *adecuación* de las palabras ha motivado amplia consideración<sup>63</sup>. Asimismo es relevante su *efectividad*. Todo esto se produce dentro de la *comunicación*<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Podría decirse que las palabras de las normas jurídicas son *compromisorias*.

<sup>60</sup> A veces se habla de multivocidad.

Cabe c. elcastellano.org, La página del idioma español. De igual manera que en una vida —lo aprendemos con los años— caben muchas vidas, también en una palabra caben muchas palabras. Toda palabra, por mucho que hoy la usemos con la despreocupación que da lo cotidiano, arrastra consigo, en realidad, una historia milenaria de cambios, evoluciones y mutaciones; de aventuras y viajes; de odios y amores; de conquistas, luchas e invasiones; de contactos culturales e intercambios comerciales; de olvidos, desapariciones, y reapariciones. Reseña de Fernando A. Navarro al libro “La fascinante historia de las palabras”, <http://www.elcastellano.org/ns/edicion/2004/julio/resenya.html> , 10-2-2011; ClubCultura.com, La vida secreta de las palabras, una película de Isabel Coixet, Sinopsis, [http://www.clubcultura.com/clubcine/clubcineastas/isabelcoixet/vida\\_secreta/sinopsis\\_e\\_sp.htm](http://www.clubcultura.com/clubcine/clubcineastas/isabelcoixet/vida_secreta/sinopsis_e_sp.htm), 10-2-2011; “La vida secreta de las palabras” de Isabel Coixet, [http://www.primordiales.com.ar/estrenos/la\\_vida\\_secreta\\_de\\_las\\_palabras.htm](http://www.primordiales.com.ar/estrenos/la_vida_secreta_de_las_palabras.htm) , 10-2-2011.

<sup>61</sup> En cuanto a la vocación de Quevedo por la anfibología es posible c. Universidad de Santiago de Compostela, Quevedo, <http://www.usc.es/quevd/> , 14-2-2011; Los-poetas.com, Francisco de Quevedo, Webmaster Jesús Herrera Peña, <http://www.los-poetas.com/f/quev.htm> , 14-2-2011.

Acerca de las extravagancias de la referencia y las fronteras de las palabras es posible c. QUINE, Willard Van Orman, “Palabra y objeto”, trad. Manuel Sacristán, Barcelona, Labor, 1968, págs. 137 y ss.

<sup>62</sup> Las palabras son respuestas jurídicas y vitales que tienen *ámbitos* (personal, material, espacial y temporal; activo y pasivo), *dinámica* (“plusmodelación”, “minusmodelación” y sustitución) y *posiciones* (el sustantivo e incluso el verbo son más dominantes, el adverbio y el adjetivo son más dominadas) (es posible ampliar en nuestro estudio “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación ...” cit., N° 37, págs. 85/140).

<sup>63</sup> Se puede c. por ej. La lengua: conceptos clave,

[http://www.santurtzieus.com/gela\\_irekia/materialak/laguntza/kontsultak/claves\\_lengua.html#ADECUACION](http://www.santurtzieus.com/gela_irekia/materialak/laguntza/kontsultak/claves_lengua.html#ADECUACION) cit., 23-2-2011.

<sup>64</sup> Puede v. por ej. HABERMAS, Jürgen, “Teoría de la acción comunicativa”, I Racionalidad de la acción y racionalización social y II Crítica de la razón funcionalista, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987 y 1999; <http://www.chilecomparte.cl/index.php?showtopic=616641>, 21-2-2011.

7. Las normas tienen fuentes reales, que pueden ser materiales (los repartos mismos) y formales (relatos de los repartos hechos por los propios repartidores). En esos sentidos, las normas de los repartos contenidos en las palabras tienen también *fuentes reales* que son *fuentes materiales*, esos mismos repartos, y *fuentes formales*, las envolturas verbales, sean tradicionalmente jurídicas o no. Cada vez que formalizamos una palabra formalizamos una norma.

8. Para que los repartos proyectados captados en las normas se realicen, es necesario, según señalamos, que las normas funcionen. El funcionamiento puede exigir tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis; también hay una tarea transversal de argumentación. Las normas suelen presentar carencias (lagunas del ordenamiento) históricas y axiológicas (dikelógicas): en las primeras no las hay porque hubo olvido o hay novedad jurídica o científico-técnica; en las segundas no las hay porque se las descarta por considerarlas “disvaliosas”. Las carencias de normas requieren elaboración por recursos a la justicia formal (autointegración del ordenamiento) o a la justicia material (heterointegración del ordenamiento). La elaboración de normas suele producirse por “recepción”<sup>65</sup>. En el funcionamiento de las normas ocupan lugar destacado los principios jurídicos. Parece que nunca hay coincidencia total entre la norma que funciona y el resultado del funcionamiento. Además, los resultados del funcionamiento de cada norma son con frecuencia muy disímiles. Las normas viven en ámbitos de funcionamiento conjetural que producen los distintos integrantes de la sociedad acerca de cómo será el funcionamiento, adoptando conductas en consecuencia.

Las normas contenidas en las palabras necesitan *funcionamiento*. Para esto, según sea preciso, las normas de las palabras han de ser *reconocidas*, *interpretadas*, *determinadas*, *elaboradas*, *aplicadas* y *sinetizadas* y, transversalmente, debe desarrollarse la tarea de *argumentación* a su respecto. En el caso de las normas de las palabras hay también *carencias históricas* por novedad, v. gr. porque nuevas situaciones generan la necesidad de nuevas palabras con nuevos conceptos (lo fue en su caso, v. gr., “televisión”) o *carencias dikelógicas* porque se descartan las palabras y los conceptos existentes por considerarlos “disvaliosos”, como ha ocurrido (a nuestro entender con acierto) con la palabra y el concepto “homosexual”. La *nueva era* que nos toca vivir, signada por enormes cambios científicos, técnicos y morales, suele plantear enormes carencias de palabras<sup>66</sup>. La falta de palabras requiere *elaboración* (en cuanto al ordenamiento, se trata de integración para llenar la laguna)<sup>67</sup>. La *recepción* de palabras es muy frecuente, y a menudo evidencia dependencia. Sin desconocer la adecuación que puede lograrse, vale considerar que recibir palabras de otro idioma es, en alguna medida, recibir repartos de otro régimen. El funcionamiento de las normas de las palabras tiene *principios propios* y así surge, v. gr., del Estatuto de la Real Academia

<sup>65</sup> Es posible ampliar en nuestro libro “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

<sup>66</sup> Cabe c. nuestros “Estudios de Historia ...” cit.

<sup>67</sup> En el transcurso histórico, vale recordar por ej. la invención de palabras que hacía William Shakespeare y su juicio respecto de los conjuntos de palabras: SHAKESPEARE, William, “Hamlet”, Chicago, Ainsworth & Company, 1902, <http://www.archive.org/stream/hamlet01shak#page/n3/mode/2up>, 10-2-2011; Hamlet, “Words, words, words”, Acto II, Escena II, (nota 194), pág. 49, se protege mediante un cúmulo de palabras; Hamlet, “The rest is silence”, Acto V, Escena II, (nota 362), pág. 152. También vale v. Utah Shakespeare Festival, Shakespeare: Words, Words, Words, S. S. Moorty, palabras inventadas, repartos a través de la invención de palabras, <http://www.bard.org/Education/studyguides/shakespeare/words.html>, 10-2-2011.



Española<sup>68</sup>. Parece que también en el caso de las palabras los *resultados* del funcionamiento de las normas suelen ser distintos que las normas mismas y de cierto modo mayores que ellas<sup>69</sup>. Muchas veces esos resultados son muy disímiles. Una perspectiva interesante del funcionamiento de las palabras es la *reformulación* por sustitución<sup>70</sup>. Las normas de las palabras viven en un clima de *conjeturas* de su funcionamiento.

9. Los conceptos que emplean las normas integran la realidad de los repartos captados determinándola e incorporándole sentidos. Un grado máximo de influencia en la realidad se produce en la constitución por los enunciados performativos<sup>71</sup>. Los conceptos “formalizan” y en este aspecto pueden tener múltiples funciones, por ej., garantizar la reflexión o aprisionar la vida. La integración sucede también con las normas contenidas en las palabras. Las palabras y sus normas *determinan* e *integran* la realidad de los repartos. Siguiendo, por ejemplo, la línea humboldtiana podría afirmarse que el lenguaje modifica toda influencia que le llega de afuera y el concepto alcanza su plenitud mediante la palabra<sup>72</sup>.

Los conceptos utilizados en las normas pueden ser más institucionales, cargados de ideología e indisponibles para las partes, o negociales, con menos carga ideológica y más disponibles para las partes. Esto sucede, incluso, con los conceptos de las palabras, con los conceptos de las normas de las palabras. Las normas de las palabras utilizan conceptos más *institucionales* e *indisponibles* o más *negociales* y *disponibles*.

10. Los órdenes de repartos pueden ser captados lógicamente por ordenamientos normativos. Los conceptos de las palabras pueden ser captados en ordenamientos conceptuales. También los órdenes de los repartos de las palabras pueden ser captados en *ordenamientos normativos de palabras* y los órdenes de los conceptos de las palabras pueden ser captados en *ordenamientos conceptuales*.

<sup>68</sup> Noticias Jurídicas, Base de Datos de Legislación, Real Decreto 1109/1993, de 9 de Julio, por el que se aprueba los Estatutos de la Real Academia Española, [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/rd1109-1993.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1109-1993.html), 23-2-2011

<sup>69</sup> Cabe recordar, al respecto, las ideas de Peirce. Siempre se trataría de referencias a bases interpretativas hipotéticas.

Vale tener presente el juego que con las palabras se hace en Alicia en el País de las Maravillas (The Literature Network, Lewis Carroll, “Alice’s Adventures in Wonderland”, <http://www.online-literature.com/carroll/alice/>, 10-2-2011; Literature.org, Lewis Carroll, “Alice’s Adventures in Wonderland”, <http://www.literature.org/authors/carroll-lewis/alices-adventures-in-wonderland/chapter-01.html>, 12-2-2011).

Denotación es el significado de la palabra en sí “fuera” de cualquier contexto (“objetivo”) y connotación, el significado subjetivo, que le dan cada hablante o incluso parte de la sociedad. La lírica suele ser un ejemplo importante de connotación.

En otro sentido, cabe atender a la conjetura del funcionamiento en nuestro libro “La conjetura ...” cit.

<sup>70</sup> Educ.ar, La reformulación por sustitución, <http://www.educ.ar/educar/la-reformulacion-por-sustitucion.html>, 23-2-2011.

<sup>71</sup> En relación con el poder del lenguaje para hacer cosas por sí mismo es posible v. por ej. AUSTIN, J. L., “Cómo hacer cosas con palabras: Palabras y acciones”, trad. G. R. Carrió – E. A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1982; “Cómo hacer cosas con palabras”, <http://www.unav.es/users/AustinCosasPalabras.html>, 22-2-2011; GRZEGORCZYK, Christophe, “Le rôle du performatif dans le langage du droit”, en “Archives de philosophie du droit”, t. XIX, págs. 229 y ss. Suele hablarse de emisiones “realizativas”.

<sup>72</sup> Cabe recordar HUMBOLDT, Wilhelm von, “Sobre la diversidad de la estructura del lenguaje humano y su influencia sobre el desarrollo espiritual de la humanidad”, trad. Ana Agud, Barcelona, Anthropos – Ministerio de Educación y Ciencia, 1990. Es posible v. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, “Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario”, UNED, Revista de Derecho Político, Nº 73, págs. 71 y ss., [http://158.109.131.198/catedra/images/genero\\_leguaje/M%20Luisa%20Balaguer.pdf](http://158.109.131.198/catedra/images/genero_leguaje/M%20Luisa%20Balaguer.pdf), 24-2-2011.

Los ordenamientos normativos pueden constituirse mediante relaciones verticales y “horizontales”<sup>73</sup>, en cada caso de producción o de contenido. Las vinculaciones verticales de producción realizan el valor subordinación; las de contenido satisfacen el valor ilación. Las relaciones horizontales de producción realizan el valor infalibilidad; las vinculaciones de contenido satisfacen el valor coherencia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia. Lo propio puede decirse del ordenamiento normativo de las palabras. Las normas de las palabras se vinculan *vertical* y *horizontalmente* según lo que acabamos de referir.

Atendiendo a la actitud que deben asumir ante las lagunas los encargados del funcionamiento (v. gr. los jueces) los ordenamientos pueden ser meros órdenes o sistemas. En los meros órdenes los encargados han de consultar con los autores; en los sistemas siempre deben resolver, sea por propia actividad o por aceptación de lo que sucede. Estas orientaciones hacen al destino del poder residual. También los ordenamientos normativos de las palabras pueden ser *meros órdenes* en que ante las lagunas hay que consultar con quienes disponen del ordenamiento o *sistemas* en que resuelven quienes las reciben, por propia actividad o por aceptación de las palabras que surgen<sup>74</sup>. La existencia de la Real Academia invita a considerar si la lengua española es un mero orden o algún tipo de sistema<sup>75</sup>.

A veces hay excesivas normas, lo que lleva a hablar de contaminación normativa. También hay en ciertos casos exceso de palabras, *contaminación lingüística*<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Consideramos horizontales a todas las relaciones que no son verticales.

<sup>74</sup> En el ordenamiento las palabras juegan en importante relación con el *silencio* (RevistaFusion.com., Editorial, Escucha el Silencio, <http://www.revistafusion.com/2007/marzo/editor162.htm>, 10-2-2011; PARDO SALGADO, Carmen, “Las formas del silencio”: “El silencio se escribe, se ofrece a la escucha. En la escritura musical el silencio es figura y cada nota figurada posee su recíproca figura silenciosa, la figura de pausa. Una figura que mide el silencio. En el lenguaje verbal también se grafía el silencio. Así, los puntos suspensivos dejan colgado el discurso, lo suspenden. Pero el valor de estos puntos depende de la palabra que los antecede.”, <http://www.uclm.es/artesonoro/olobo3/Carmen/Formas.html>, 10-2-2011). También es interesante v. Spanish Pronto!, “La mejor palabra es la que no se dice”, <http://www.spanishpronto.com/spanishpronto/spanishsayings.html#lam>, 10-2-2011; RECAREDO, Juan, “Las palabras tienen la palabra”, El Siglo de Torreón.com.mx, <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/507141.html>, 10-2-2011.

<sup>75</sup> Interesa pensar si la Academia se encarga del funcionamiento o de monopolizar la elaboración. De todos modos, responde al espíritu centralizador de los Borbones. El propósito de la Academia fue el de fijar las voces y vocablos de la lengua castellana en su mayor propiedad, elegancia y pureza. Se representó esa finalidad con un emblema formado por un crisol en el fuego con la leyenda “Limpia, fija y da esplendor”, obedeciendo al propósito de combatir lo que alterara la elegancia y pureza del idioma, y de fijarlo en el estado de plenitud alcanzado en el siglo XVI. La Institución ha adaptado sus funciones a los tiempos que le ha tocado vivir. Actualmente, según lo establecido por el artículo primero de sus Estatutos, tiene como misión principal velar porque los cambios que experimente la Lengua Española en su constante adaptación a las necesidades de sus hablantes no quiebren la esencial unidad que mantiene en todo el ámbito hispánico (Real Academia Española, <http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000001.nsf/voTodosporId/CEDF300E8D943D3FC12571360037CC94?OpenDocument&i=0>, 23-2-2011). Cabe c. Noticias Jurídicas, Base de Datos de Legislación, Real Decreto 1109/1993 ... cit., [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/rd1109-1993.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1109-1993.html), 23-2-2011; Estatutos de la Asociación de la Asociación de Academias de la Lengua Española, [http://www.mec.gub.uy/academiadeletras/Estatut\\_Assoc.htm](http://www.mec.gub.uy/academiadeletras/Estatut_Assoc.htm), 23-2-2003.

<sup>76</sup> En relación con el tema es posible c. por ej. la opinión atribuida a Borges de que hay palabras del Diccionario que no pueden usarse, que el barroco se interpone entre el escritor y el lector, Papel en blanco, Creación, Borges: Es un error suponer que todas las palabras deben usarse, <http://www.papelenblanco.com/creacion/borges-es-un-error-suponer-que-todas-las->

### c) Dimensión dikelógica

11. Según la propuesta integrativista trialista, el complejo de valores del mundo jurídico culmina en la justicia y abarca otros valores, como la utilidad y el amor. La jerarquía de la justicia hace que la dimensión sea dikelógica. Al fin, los valores a nuestro alcance culminan en la humanidad, el deber ser que es propio de cada individuo de la especie. El complejo de valores propio del mundo lingüístico es comunicacional y tal vez referible a la verdad, de modo que quizás pueda hablarse de una dimensión “hermelógica”. En este caso, al considerar a las palabras en sus manifestaciones jurídicas, cabe remitirse al complejo de valores del Derecho que culmina en la *justicia*. Por esto nos referimos a la dimensión *dikelógica* de las palabras. Además de ser *justas*, las palabras pueden y deben ser, en diversos grados, *útiles*, *amorosas*<sup>77</sup> y al fin *humanas*. Las palabras técnicas suelen tener más carga de utilidad; las familiares más despliegue de amor.

Las relaciones entre los valores pueden ser de coadyuvancia o de oposición, estas últimas legítimas, de sustitución, o ilegítimas de secuestro del material que corresponde a un valor por otro valor. Las palabras pueden concretar relaciones de *coadyuvancia*, *sustitución* y *secuestro* entre valores. Principalmente hay palabras que coadyuvan para que haya espacios de justicia y otras que secuestran los ámbitos que en justicia corresponden a otras palabras.

12. Siguiendo senderos que señaló Aristóteles, es posible recorrer diferentes caminos para pensar la justicia, o sea *clases de justicia*. La justicia puede ser consensual o extraconsensual (pensada por vía de consenso o sin él), con o sin consideración de personas (en este caso de roles), simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparación de las potencias y las impotencias), monologal o polilogal (de una o diversas razones de justicia), conmutativa o espontánea (con o sin “contraprestación”), “parcial” o gubernamental (proveniente de una parte o el todo), sectorial o integral (dirigida a una parte o al todo), de aislamiento o participación, absoluta o relativa y particular o general; también puede ser “de partida” o “de llegada” (proyectando la partida o encauzándola hacia la llegada buscada)<sup>78</sup>, rectora o correctora y de equidad. Todo esto puede estar en el pensamiento de la justicia de las palabras. Hay palabras cuya posible justicia es referible a la justicia *consensual* o a la *extraconsensual*, etc.

13. Como valor, la justicia tiene tres despliegues: vale, valora y orienta. Según la propuesta integrativista trialista, la valoración de justicia debe referirse a la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras. La justicia resulta así una categoría “pantónoma” y, como no podemos abarcarla en este alcance porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla donde no podemos avanzar más, produciendo seguridad. Cada palabra tiene un recorte de la

[palabras-deben-usarse](#) , 14-2-2011; acerca del Barroco cabe v. por ej. Barroco, Luis de Góngora y Argote, Los-poetas.com, Webmaster Justo Alarcón, <http://www.los-poetas.com/h/gongo.htm> , 14-2-2011; a veces su obra es considerada simbolismo y se lo defiende: Don Luis de Góngora, tomado de Antología de los mejores poetas castellanos, Rafael Mesa y López. Londres: T. Nelson, 1912, también Hispanic Anthology: Poems Translated Spanish by English and North American Poets, collected and arranged by Thomas Walsh. G. P. Putnam's Sons, New York, 1920, <http://users.ipfw.edu/jehle/poesia/gongora.htm> , 14-2-2011.

<sup>77</sup> La ciencia del valor amor puede ser denominada Erología.

<sup>78</sup> Cabe ampliar en nuestro artículo "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en "El Derecho", t. 123, págs. 715 y ss.

*pantonomía* de la justicia y brinda *seguridad*, pero es en parte por ese recorte que sus diversos alcances jurídicos producen grandes debates.

14. Como pudo apreciarse, la forma de la justicia permite relevantes avances de rigor que los positivistas no pueden cuestionar<sup>79</sup>. En cambio, su contenido suscita, a nuestro entender, debates muy difíciles de superar. Werner Goldschmidt, el fundador del integrativismo trialista, pensó a la justicia y a otros valores como objetivos y naturales, pero a nuestro parecer la discusión con referencia a este tema es muy difícil de saldar. En cambio, creemos que es muy importante encontrar bases compartidas en relación con las cuales quienes las compartan puedan avanzar con rigor. En este sentido, asumimos con carácter de construcción el principio supremo de justicia propuesto por Goldschmidt refiriéndonos a la exigencia de que se adjudique a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona. Este *principio supremo* ha de cumplirse en las palabras.

15. El principio supremo de justicia permite valorar los repartos y el régimen. Desde este enfoque no se trata de saber cómo ellos son, sino cómo deben ser para resultar legítimos desde el punto de vista dikelógico. En nuestro caso, hay que saber cuándo los repartos y el régimen de las palabras son justos.

La legitimidad de los *repartidores* surge principalmente de la autonomía producida con el acuerdo de los interesados; de no contarse con ella hay figuras próximas, de paraautonomía, con el acuerdo de los interesados en cuanto a quiénes van a repartir (según sucede con los árbitros); infraautonomía, por el acuerdo de la mayoría (como ocurre en la democracia) y criptoautonomía, en el acuerdo que brindarían los interesados si conocieran lo que se hace (según puede acontecer en la gestión de negocios ajenos sin mandato). Por otra parte, como relativo reflejo de la justicia de los objetos, es legítima la aristocracia surgida de la superioridad moral, científica y técnica. No obstante puede producirse la deslegitimación de estos repartidores por la indebida relación con los beneficiarios. Las palabras pueden presentar legitimidades en todos estos sentidos. De principal modo quedan justificadas por la *autonomía* de todos los que las protagonizan, pero también por su *aristocracia* científica, técnica o moral. Despliegues muy interesantes son los de la legitimidad aristocrática del manejo del marco *lingüístico* y el *vocabulario científico y técnico* o la invocación “moral” de la *divinidad* (palabra de Dios)<sup>80</sup>.

<sup>79</sup>Es posible v. nuestro libro “Metodología Dikelógica” cit.

<sup>80</sup>Puede v. Catholic.net, “La Proclamación de la Palabra de Dios”, <http://es.catholic.net/laicos/275/2255/articulo.php?id=5470>, 22-2-2011; Verbo o Palabra es el nombre que San Juan en el prólogo de su versión del Evangelio da a Jesucristo en cuanto Segunda Persona de la Trinidad. Cabe referir que con cierto orgullo se afirma que al principio fue el Verbo, incluso la Palabra: Catholic.net, Evangelio según San Juan, Capítulo I: Juan 1. “1 En el principio existía la Palabra y la Palabra estaba con Dios, y la Palabra era Dios. 2 Ella estaba en el principio con Dios. 3 Todo se hizo por ella y sin ella no se hizo nada de cuanto existe. 4 En ella estaba la vida y la vida era la luz de los hombres. 5 y la luz brilla en las tinieblas, y las tinieblas no la vencieron”; “«En el principio existía el Verbo» (Jn 1, 1). Estas palabras, con las que comienza san Juan su evangelio, nos remontan más allá del inicio de nuestro tiempo, hasta la eternidad divina. A diferencia de san Mateo y san Lucas, que sobre todo se dedican a relatar las circunstancias del nacimiento humano del Hijo de Dios, san Juan dirige su mirada al misterio de su preexistencia divina”. Multimedios, Biblioteca Electrónica Cristiana, Catequesis de Juan Pablo II, 26 de noviembre de 1997, <http://multimedios.org/docs/d000666/> (21-2-2011). V. Catholic.net, Evangelio según San Juan, Juan, Juan, 1, <http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=200&capitulo=2286#1>, 24-2-2011. C. AS. Vs., “Palabra de Dios”, en “Gran Enciclopedia Rialp”, Madrid, Rialp, t. XVII, págs. 623 y ss. Pero también se dice ... and as the Vietnam writer Lê Thi Diem Thúy, says so beautifully: Let the word be humble, let them know the world did not begin with words, but with two bodies pressed close,

La legitimidad de los *recipiendarios* puede apoyarse en su necesidad o su conducta, en el primer caso se habla de merecimientos y en el segundo de méritos. Así surgen palabras legitimadas por la *necesidad*, v. gr. en la súplica, o en el *mérito*, por ej., en el reclamo por lo hecho. Todo ser humano tiene necesidad legítima de la palabra, merece la palabra.

Los planteos principales de la legitimidad de los *objetos* del reparto se refieren a la vida y a la propiedad. A veces, por ejemplo en el campo religioso, para hacer referencia a la primera se habla de “*palabras de vida*”. También interesan las palabras que se desenvuelven en el mundo patrimonial.

La legitimidad por la *forma* se constituye por la *audiencia* de los interesados, produciéndose en este caso la necesidad de que quienes usan las palabras tengan en cuenta el empleo que de las mismas quieran hacer los receptores.

Las razones del reparto se legitiman por la fundamentación que de los mismos hagan los repartidores, en este caso, por la *fundamentación* que se haga del uso de las palabras. Los repartos deben alcanzar fuerza de convicción en los recipiendarios; los repartos de las palabras tienen que lograr *fuerza de convicción* en los mismos. La legitimidad de la forma y las razones forma un “*diálogo*” de comunicación justificante muy relevante, donde las palabras son muy significativas.

16. La legitimidad del régimen se logra cuando éste toma a cada individuo como un fin y no como un medio, esto significa que el régimen es humanista y no totalitario. Es muy relevante que las palabras sean *humanistas* y no totalitarias, es decir, que sean empleadas al servicio de los individuos y que éstos no estén al servicio de ellas.

El humanismo puede ser abstencionista o intervencionista (paternalista). En principio, es preferible el abstencionismo. En el intervencionismo existe importante riesgo de totalitarismo. Las palabras pueden desenvolverse en climas más *abstencionistas* o *intervencionistas*. El totalitarismo que mediatiza a los individuos imponiendo palabras tiene especial gravedad.

Siempre según el principio supremo referido, los individuos han de ser reconocidos en su unicidad, su igualdad y su pertenencia a la comunidad. También las palabras deben satisfacer estos despliegues. Tienen que corresponder a *cada uno*, a la *igualdad* y a la *comunidad*.

Para concretar el régimen de justicia es necesario amparar al individuo contra todas las amenazas, de los demás como individuos y como régimen, de sí mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). En nuestro caso, con esas perspectivas se debe *resguardar* a los individuos *mediante las palabras y de las palabras*. De modo notable, es necesario proteger al individuo de la carencia de palabras y de quedar atrapado por las palabras. Por ejemplo, para hacerlo hay que amparar las lenguas y contra las lenguas. Un despliegue relevante es defender a las *minorías lingüísticas*<sup>81</sup>.

one crying and one singing. The writing studio, The art of writing and making films: secret life of words, <http://www.writingstudio.co.za/page1398.html> , 10-2-2011; Mongrel Media Presents, the secret life of words, <http://www.mongrelmedia.com/data/ftp/Secret%20Life%20of%20Words,%20The/SECRET%20LIFE%20-%20Press%20%20kit.pdf> , 10-2-2011.

<sup>81</sup> V. por ej. DE VARENNES, Fernand, “Hablar o no hablar, Los derechos de las personas pertenecientes a minorías lingüísticas”, UNESCO, <http://www.unesco.org/most/ln2pol4.htm>, 24-2-2011; CATALDI, Giuseppe, “La tutela jurídica de las minorías lingüísticas: la experiencia europea”, en “Revista de Estudios Políticos” (nueva época), 130, págs. 181 y ss., [dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1387478&orden=274721&info=link](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1387478&orden=274721&info=link), 24-2-2011. En el horizonte, cabe hablar de una rama transversal del mundo jurídico, llamada a enriquecer a las tradicionales, que sea el *Derecho del Lenguaje* (en este caso un parcial Derecho de las palabras —o de la

Palabra-) y una Política del Lenguaje (*Política de las Palabras –o de la Palabra-*). En cuanto a la importancia política de las palabras y el lenguaje puede v. por ej. SBERRO, Stéphan, "Ideología, cultura e idioma en las relaciones internacionales: el español dentro del TLCAN", en "Estudios", Instituto Tecnológico Autónomo de México, 94, págs. 45 y ss.



# LA MODIFICACIÓN DE LAS REFERENCIAS JURIDICAS ADVERBIALES EN UNA NUEVA ERA (Para la “Jurilingüística” del adverbio \*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

**Resumen:** En una nueva contribución a la “Jurilingüística” se considera el papel de los adverbios de espacio, tiempo y modo en una nueva era utilizando la teoría trialista del mundo jurídico.

**Palabras clave:** Jurilingüística - Integrativismo - Tridimensionalismo - Trialismo - Mundo jurídico - Adverbios – Espacio – Tiempo – Modo – Nueva era

**Abstract:** As a new contribution to “Jurilinguistics”, this paper considers the role of adverbs of space, time and mode in a new era using the Trialist Theory of the Juridical World.

**Key words:** Jurilinguistics – Integrativism – Tridimensionalism – Trialism – Juridical world – Adverbs – Space – Time – Mode – New era

## *I. Nociones fundamentales*

1. Es notorio que nos encontramos en una *nueva era signada* por enormes cambios científicos, técnicos y morales y en ésta se modifican los *alcances*, la *dinámica* y las *posiciones* de las *respuestas jurídicas*<sup>82</sup>. La nueva era, cuyo período de iniciación parece haber comenzado el 6 de agosto de 1945, cuando estalló en Hiroshima la primera bomba atómica y concluido el 14 de abril de 2003, cuando se anunció el mapeo de gran parte del genoma humano, es evidenciada principalmente por las posibilidades de la genética humana. Por primera vez, una especie podrá disponer de su porvenir, con alcances antes quizás inimaginables, como le será viable a la humanidad.

En esta nueva época, se modifican todos los empleos que pueden darse al lenguaje, por ejemplo a los verbos, los pronombres y, en el caso de nuestro especial interés, los *adverbios*, de espacio, tiempo y modo (o manera)<sup>83</sup>. Tal vez los cambios

(\*) Presentamos los *métodos de pensamiento* del caso, que nos parecen siempre esclarecedores, y los resultados materiales, *discutibles*, que creemos también pueden contribuir a aclarar el tema. Las apreciaciones referidas a los hechos están sujetas a su carácter *sumamente cambiante*.

En la estructura de la lengua se hace presente la estructura del Derecho y de la cultura (cabe recordar, por ej. SAVIGNY, F. C., “Sistema del Derecho romano actual”, trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, párr. VII, t. I, 1878, pág. 31). El Derecho sólo puede ser comprendido en plenitud si se lo relaciona con la Lingüística en plenitud.

(\*\*) Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular contratado de la Universidad Nacional de Rosario.

<sup>82</sup> Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. También “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).

<sup>83</sup> Dice la Real Academia que “El adverbio es una clase de palabras invariable que se caracteriza por dos factores: uno morfológico, la AUSENCIA DE FLEXIÓN, y otro sintáctico, la capacidad de establecer una RELACIÓN DE MODIFICACIÓN con grupos sintácticos correspondientes a distintas categorías. (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Nueva gramática de la lengua española. Manual”, Buenos Aires, 2010, pág. 575). Es invariable en cuanto a género o número, aunque admite diminutivos o aumentativos.

mayores se den en las palabras cuyos significados cambian los adverbios, quizás en los verbos, a los que ya nos hemos referido <sup>84</sup>, pero en el presente nos ocuparemos de los

En general, los adverbios modifican a los verbos, a los adjetivos y también a otros adverbios. Se llaman locuciones adverbiales las unidades léxicas que están constituidas por varias palabras y ejercen las funciones sintácticas que corresponden a los adverbios (REAL ACADEMIA, op.cit., pág. 575). Son adverbios adjetivales los que tienen la misma forma que los adjetivos o participios correspondientes, pero, al igual que los demás adverbios, carecen de flexión de género y número (REAL ACADEMIA, op. cit., págs. 578/9). Dice además la Corporación aprobada por Felipe V que el adverbio es una palabra invariable cuya función consiste en completar la significación del verbo, de un adjetivo, de otro adverbio y de ciertas secuencias. Hay adverbios de lugar, como aquí, delante, lejos; de tiempo, como hoy, mientras, nunca; de modo, como bien, despacio, fácilmente; de cantidad o grado, como bastante, mucho, muy; de orden, como primeramente; de afirmación, como sí; de negación, como no; de duda o dubitativos, como acaso; de adición, como además, incluso, también; de exclusión, como exclusive, salvo, tampoco. Especifica la Academia que algunos pertenecen a varias clases (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA “Diccionario de la Lengua Española”, 22ª ed.,

[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=adverbio](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adverbio), 27-1-2011).

Cabe recordar Asociación Cultural Antonio de Nebrija, Antonio de Nebrija, Gramática de la lengua castellana, Libro tercero, que es de la etimología y dicción, especialmente Capítulo decimosexto, del adverbio, <http://www.antoniodebrija.org/libro3.html#decimosexto>, 5-2-2011.

Puede v. abundante bibliografía en Adverbio (Recop.) Justo Fernández López, <http://culturitalia.uibk.ac.at/hispanoteca/Bibliograf%C3%ADa/ADVERBIO.htm>, 27-1-2011. Es posible c. además, por ej., SEL, Universidad de Navarra, Una propuesta de representación semántica de los adverbios de punto de vista, Sergi Torner Castells, <http://www.unav.es/linguis/simposiosel/Torner.doc>, 27-1-2011; La Gran Enciclopedia Ilustrada del Proyecto Salón Hogar, Adverbios, [http://www.proyectosalohogar.com/enciclopedia\\_ilustrada/espanol/adverbios.htm](http://www.proyectosalohogar.com/enciclopedia_ilustrada/espanol/adverbios.htm), 27-1-2011, incluso Ejemplo de Oraciones subordinadas adverbiales, [http://www.ejemplode.com/12-clases\\_de\\_espanol/477-ejemplo\\_de\\_oraciones\\_subordinadas\\_adverbiales.html](http://www.ejemplode.com/12-clases_de_espanol/477-ejemplo_de_oraciones_subordinadas_adverbiales.html), 27-1-2011. A veces la existencia de la categoría adverbio es cuestionada, cvc. cervantes. es, Sobre partes de la oración: artículo, pronombre, adverbio, interjección, José Manuel González Calvo, [http://cvc.cervantes.es/literatura/cauce/pdf/cauce14-15/cauce14-15\\_09.pdf](http://cvc.cervantes.es/literatura/cauce/pdf/cauce14-15/cauce14-15_09.pdf), 27-1-2011.

La palabra *adverbio* es parte de un conjunto importante de derivados de la palabra “verbo”: “adverbio” (adverbium, adverbial, adverbializar), proverbio, deverbial, postverbal y quizás converbium (COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. V, 1983, pág. 780). El prefijo “ad” indica dirección, tendencia, proximidad, contacto, encarecimiento (REAL ACADEMIA, “Diccionario...” cit., [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=prefijos](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=prefijos), 27-1-2011). De cierta manera, el adverbio es un complemento “circunstancial”, principalmente del verbo. En cuanto a la etimología de adverbio y sus clases es posible c. asimismo Sector Lenguaje y Comunicación, [http://www.sectorlenguaje.cl/libros/expresion\\_escrita/Unidad10\\_Adverbio.html](http://www.sectorlenguaje.cl/libros/expresion_escrita/Unidad10_Adverbio.html), 5-1-2011; Adverbios, (Universidad de Girona), Grupo de Lingüística Diacrónica y Gramática Comparada, <http://www3.udg.edu/flff/zifar/ADVERBIOS.htm>, 5-2-2011. Se atribuye el origen de los adverbios terminados en *mente* a innovaciones producidas en las lenguas románicas edificadas con la palabra *mente* y se explica que por esta integración los adjetivos incorporados se incluyen en femenino (clara-mente) (v. por ej. Blog de la Lengua Española de Alberto Bustos, <http://blog.lengua-e.com/2007/origen-de-los-adverbios-terminados-en-mente/>, respecto del autor, <http://blog.lengua-e.com/acerca-de/>, 5-2-2011). De alguna manera, el adverbio es al verbo lo que el adjetivo al sustantivo. Sin embargo, adjetivo quiere decir también accidental, secundario, no esencial (REAL ACADEMIA, “Diccionario...” cit., [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=adjetivo](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adjetivo), 5-2-2011). Respecto del uso de algunos adverbios es posible c. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Respuestas a las preguntas más frecuentes.

[http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000018.nsf/\(voAnexos\)/arch8100821B76809110C12571B80038BA4A/\\$File/CuestionesparaelFAQdeconsultas.htm](http://www.rae.es/rae/gestores/gespub000018.nsf/(voAnexos)/arch8100821B76809110C12571B80038BA4A/$File/CuestionesparaelFAQdeconsultas.htm), 5-2-2011.

<sup>84</sup> Se puede ampliar en nuestros artículos “El verbo en el antecedente de la norma jurídica (un aporte a la “Jurilingüística” con especial referencia a la lengua española)”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 32, págs. 17/26, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent324.pdf>, 27-1-2011; “Nuevamente sobre tiempos verbales y derecho. Los tiempos verbales del indicativo y la composición del tiempo jurídico. Nuevos aportes a la Jurilingüística”, en este mismo número de la “Revista de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”.



adverbios para mostrar las variaciones revolucionarias en el espacio, el tiempo y los modos (en relación con los valores). Al tratar las estructuras que los adverbios dan a la nueva era en el Derecho estamos en el campo de la *Jurilingüística*.

Los adverbios espaciales son principalmente *aquí*, *allí* e incluso *allá*<sup>85</sup>. Los adverbios de tiempo son destacadamente *ahora*, *antes*, *después* y *durante*<sup>86</sup>. Los adverbios de modo son principalmente *bien*, *mal*, *regular*, *mejor*, *peor* y numerosos adverbios terminados en “-mente”<sup>87</sup>.

2. Las *respuestas jurídicas* pueden ser consideradas en los *alcances materiales*, *espaciales*, *personales* y *temporales*; en su *dinámica* en procesos de “*plusmodelación*” (avance), “*minusmodelación*” (retroceso) y *sustitución*, en lo conceptual<sup>88</sup> y lo fáctico, y en sus *situaciones* de *aislamiento*, *coexistencia* de respuestas independientes, *dominación*, *integración*, *desintegración*.

Buscando denominaciones para los fenómenos dinámicos, cabe expresar que la plusmodelación fáctica y conceptual constituye la *expansión* de la respuesta; cuando el avance es sólo fáctico hay *sobreactuación* y si es únicamente en sentido conceptual es *inflación*<sup>89</sup>; la minusmodelación fáctica y conceptual puede expresarse como *reducción*; cuando es sólo fáctica es *vaciamiento* y si es sólo conceptual se produce la *deflación* de la respuesta. En cuanto a las situaciones, las respuestas pueden presentarse en condiciones de *aislamiento*, *coexistencia* de unidades relativamente autónomas, *dominación*, *integración* y *desintegración*.

<sup>85</sup> La riqueza adverbial que en materia de lugar ofrece la lengua española puede v. por ej. en REAL ACADEMIA, “Nueva gramática...” cit., págs. 340/1 y 581 y ss. (*aquí*, *ahí*, *allí* y *acá*, *allá*, *acullá*; con un alcance más completo, *aquí*, *allí*, *ahí*, *allá*, *acá*, *arriba*, *abajo*, *cerca*, *lejos*, *delante*, *detrás*, *encima*, *debajo*, *enfrente*, *atrás*, *alrededor*, etc.).

Acerca de la etimología respectiva puede v. COROMINAS – PASCUAL, op. cit., “*aquí*”, t. I, 1980, págs. 306/7; “*ahí*”, t. I, pág. 87; “*allá*”, t. I, págs. 225/6.

<sup>86</sup> Es posible c. las vastas oportunidades de la lengua española en cuanto a adverbios de tiempo por ej. en REAL ACADEMIA, “Nueva gramática...” cit., págs. 462 y ss., 341/2 y 583 y ss. A veces se diferencian adverbios de tiempo *absoluto* - pronto, tarde, temprano, todavía, aún, ya, ayer, hoy, mañana, siempre, nunca, jamás, próximamente, prontamente, anoche, enseguida, ahora, mientras- y *relativo* -antes, después, posteriormente, primero-.

Respecto de la etimología, cabe c. COROMINAS - PASCUAL, op. cit., “*antes*”, t. I. pág. 277; “*ahora*”, t. III; 1980, págs. 387/8; “*después*”, t. IV, 1ª reimp., págs. 683/4; “*durante*”, t. II, 1980, pág. 535.

<sup>87</sup> Las amplias posibilidades de la lengua española respecto a adverbios de modo o manera puede c. v. gr. en REAL ACADEMIA, “Nueva gramática ...”. cit., págs. 589 y ss. y 342.

Acerca de la etimología respectiva cabe c. COROMINAS – PASCUAL, op. cit., *bien*, t. I, pág. 582, *mal*, t. III, págs. 784 y ss., *regular*, t. IV, págs. 900 y ss., *mejor*, t. IV, pág. 19, *peor*, t. IV, pág. 481.

Muchos adverbios de modo funcionan como modificadores adjetivales (REAL ACADEMIA, “Nueva gramática...” cit., pág. 590).

<sup>88</sup> Tal vez, según los despliegues integradores tridimensionalistas de la teoría trialista del mundo jurídico, quepa dividir lo conceptual refiriéndose a la idealidad normativa y la idealidad dikelógica (acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible. c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1986 -1ª ed. Madrid, Aguilar, 1958-; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “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, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social,

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1003/883>, 27-1-2011; “Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos)”, en “La Ley”, 2004-D, págs. 1181 y ss., 200.5.106.174/record/59/files/Perspectivas%20trialistas%20para%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20los%20casos.pdf, 30-1-2011.

<sup>89</sup> Puede decirse, también, idealización en sentido positivo e inflación en sentido negativo.

El reconocimiento de la posición de cada respuesta se aprecia según la capacidad de la misma para *calificar* los alcances problemáticos, el modo de encarar el *fraude*, la posibilidad del *reenvío* y la fuerza para *rechazar* los avances de las otras. Por ejemplo, cuando una respuesta domina a la otra tiene la exclusividad calificadora, de rechazo del fraude, de establecer el reenvío y de rechazar los avances de la otra.

Las respuestas jurídicas y vitales “viven” de manera compleja en todos estos aspectos, dinámicas y posiciones. El estudio de las respuestas y principalmente sus cambios es importante en lo espacial, temporal y material, en gran medida en el *Derecho Comparado*<sup>90</sup>, la *Historia del Derecho*<sup>91</sup> y la *Teoría General del Derecho*<sup>92</sup>.

3. Los cambios adverbiales pueden ser comprendidos según distintas perspectivas jurídicas. En nuestro caso, utilizaremos las del *integrativismo tridimensionalista* de la *teoría trialista del mundo jurídico*. Según la propuesta de construcción trialista, en la versión que consideramos más satisfactoria, el mundo jurídico debe abarcar repartos de potencia e impotencia (es decir de lo que favorece o perjudica a la vida humana<sup>93</sup>; dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión axiológica, específicamente dikelógica)<sup>94</sup>. Desde un enfoque dinámico se trata del *aprovechamiento* de *oportunidades* de repartos de potencia e impotencia, que son captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia.

En nuestro caso, nos interesan de manera especial las *categorías de cambio* en los repartos, las normas y los valores que va desarrollando el trialismo actual<sup>95</sup>. Estas categorías reflejan así, en otros términos, cambios en la vida de las personas.

## II. Los cambios adverbiales en el espacio, el tiempo y el modo (la manera)

### 1) Los adverbios de espacio

4. En la nueva era el *espacio* varía de modo sorprendente a través de los nuevos medios de *comunicación* y de *transporte*; también cambian las referencias de los adverbios de espacio, en nuestro caso, *aquí*, *allí* e incluso *allá*<sup>96</sup>. El cambio en los adverbios de espacio indica una “*transposición*”, de modo que cabe referir que en nuestros días hay

<sup>90</sup> Cabe c. nuestro libro “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

<sup>91</sup> Pueden v. nuestros “Estudios de Historia ...” cit.

<sup>92</sup> Es posible ampliar en nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación...” cit., N° 32, págs. 33/76.

La vida de las respuestas se produce en el desenvolvimiento de la cultura, cabe ampliar en nuestro estudio “Aportes a la Culturología Jurídica. Los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica”, en “Investigación...” cit., N° 38 (2005), págs. 9/49, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/875/706>, 4-2-2011.

<sup>93</sup> La vida humana es difícil de conceptuar, pero es imprescindible referirse a ella porque nos interesa principalmente, dado que vivir es lo que en definitiva hacemos. Dado que ahora se van recogiendo de otros autores ideas del sentido de las potencias e impotencias, pero mucho menos significativas, vale destacar que la teoría trialista del mundo jurídico comenzó a elaborarse en 1958.

<sup>94</sup> Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico puede v. nota 7.

<sup>95</sup> Se puede ampliar en nuestros trabajos “Derecho y política” cit.; “Reflexiones sobre los valores jurídicos en una sociedad en transformación”, en “Zeus”, t. 6, págs. D. 25 y ss.; “El cambio de era histórica desde la teoría de las respuestas jurídicas”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 24, págs. 65/76.

<sup>96</sup> Sobre todo la historia del transporte está hondamente relacionada con la de la energía.

En el horizonte filosófico “mayor”, distinto del de este planteo y con otros alcances, pero iluminador de la importancia adverbial, cabe referir la relevancia que dio el existencialismo al “ser-ahí” y específicamente el ser en el tiempo (por ej. HEIDEGGER, Martin, “El ser y el tiempo”, trad. José Gaos, 5ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974).

una enorme transposición, que varía todo el espacio. Se desarrollan no sólo la mundialización (o planetarización)<sup>97</sup> sino la *globalización/marginación*<sup>98</sup>; incluso se habla de *no lugares*<sup>99</sup> y de un “*ciberespacio*”<sup>100</sup>. La Internet, la World Wide Web, el correo electrónico, el teléfono celular, etc. son despliegues notorios de la crisis del espacio tradicional. La *aproximación* producida en la globalización y de cierto modo el *alejamiento* de la marginación modifican la concreción de las expresiones adverbiales que corresponden a la nueva era. Con la construcción de un “nuevo espacio”, la “adverbialidad” allá pierde la referencia fuerte que tuvo en otros tiempos y el adverbio aquí de otros días puede ser de alguna manera sustituible por el adverbio allá. Es más, con las comunicaciones electrónicas hay un enorme desenvolvimiento de la referencia a *aquí*. Quizás pueda hablarse desde esas posibilidades de un *aquí planetario* y el *allá* esté sólo en el espacio exterior<sup>101</sup>. Tal vez el hombre globalizado no tenga aquí, al menos un aquí intenso, porque se ha destruido incluso la noción de “*casa*”, como lo muestra que duerme en ciertos lugares y pasa la mayoría de su tiempo y come en otros. Muchos han abandonado la “*casa*” de su propia lengua; en el mejor de los casos, si es que la comprenden, ríen y lloran en una lengua que no es la que tienen en su interior.

Parecería que se avanza en la realización del sueño de la divinidad judeocristiana de la *omnipresencia*. Quizás en lo profundo no se trate de una vuelta a las concepciones “fetichistas” ambientales<sup>102</sup> sino de la “dialéctica” superación de ellas, y de las antropocéntricas y geocéntricas, imperantes hasta ahora<sup>103</sup>, en otras *cosmocéntricas*<sup>104</sup>.

<sup>97</sup> Tal vez la mundialización comenzó con el viaje de Magallanes – Elcano, concluido, al servicio de España, en 1522.

<sup>98</sup> Se puede ampliar en ALTERINI, Atilio A. – NICOLAU, Noemí L. (dir.), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005. También en nuestro trabajo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 24, págs.41/56.

<sup>99</sup> Es posible c. Marc Augé, “Non-Lieu, Introduction à une Anthropologie de la surmodernité, 1992”, <http://www.articule.net/v2/wp-content/uploads/2008/10/diapononlieux.pdf>, 28-1-2011; Procopio: café filosófico, Entrevista al antropólogo Mar Augé (publicada en “Lateral”, año 1998), <http://procopio.blogia.com/2005/033101-entrevista-al-antropologo-marc-auge-publicada-en-lateral-ano-1998-.php>, 28-1-2011; Taller Angela Perdomo, Universidad de la República, Montevideo-Uruguay, Mediateca, Mar Augé, Los no lugares/espacios de anonimato, <http://textosenlinea.blogspot.com/2008/05/marc-aug-los-no-lugares-espacios-de.html>, 27-1-2011; LIPOVETSKY, Gilles, “La era del vacío”, trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 8ª ed., Barcelona, Anagrama, 1995.

<sup>100</sup> Cabe c. William Gibson, Official Website, Neuromancer, <http://www.williamgibsonbooks.com/books/neuromancer.asp>, 30-1-2011; también <http://www.williamgibsonbooks.com/books/books.asp>, 30-1-2011.

<sup>101</sup> El aquí y el allá son empleados en estos casos como sustantivos. Es interesante advertir que a veces palabras que funcionan como adverbios y adjetivos tienen asimismo jerarquía de sustantivos (el ayer, el pasado).

<sup>102</sup> En sentido amplio, incluyendo las referencias animistas, mágicas, etc.

<sup>103</sup> Sostenida sobre todo por quienes afirman el Credo Niceno.

<sup>104</sup> Es posible v. por ej. EINSTEIN, Albert, “El sentimiento cósmico religioso” y “Ciencia y religión”, de “Ideas and Opinions”, Nueva Cork, Crown, 1954, en WILBER, Ken (ed.), “Cuestiones cuánticas”, trad. Pedro de Casso, 10ª. ed., Barcelona, Kairós, 2007, págs. 156 y ss., Scribd, Ideas and Opinions by Albert Einstein, [http://www.scribd.com/mobile/documents/23220527/download?commit=Download+Now&secret\\_passw\\_ord=](http://www.scribd.com/mobile/documents/23220527/download?commit=Download+Now&secret_passw_ord=), 1-2-2011

En el horizonte cultural del Derecho son importantes las relaciones con la Antropología y la Sociología de la Religión y la Cosmología.

5. En el *ciberspacio* casi no son posibles las referencias de lugar que se brindaban en las divisiones de la comunidad internacional, y por esto se pretende su “*independencia*”, con bastante éxito y múltiples consecuencias positivas y negativas<sup>105</sup>.

Una de las expresiones del cambio en los adverbios de lugar es la gran modificación que ha tenido el *Derecho Internacional Privado*, donde se incluyen ahora *normas materiales* que emplean el *método directo*, por ej. en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>106</sup>. La falta de espacialidad precisa se muestra en la *lex mercatoria* y en los contratos donde se ejercita la *autonomía universal*<sup>107</sup>. Esto significa que la “extraterritorialidad” del Derecho Internacional Privado clásico es acompañada por nuevas maneras de la territorialidad o incluso por la “no territorialización”<sup>108</sup>. Respondiendo a la ampliación y la dinámica, en el nuevo mundo económico se desarrollan no sólo las sociedades multinacionales sino los *grupos de sociedades* y los grupos de interés que desbordan las estructuras espaciales tradicionales<sup>109</sup>.

Otro despliegue es la constitución de *nuevos marcos de acuerdo internacional* (además de los tradicionales como la Organización de las Naciones Unidas<sup>110</sup>), sea correspondientes a procesos de integración regional (Unión Europea<sup>111</sup>), o a espacios diversificados y dinámicos de especial significación, como el Grupo de los 7 de principales países industrializados; el Grupo de los 8 países más industrializados (Grupo de los 7 más Rusia); el Grupo de los 10 países que han acordado participar en los Acuerdos Generales para la Obtención de Préstamos; el Grupo de los 15, de países de

<sup>105</sup> Puede v. biblioweb.sindominio, John Perry Barlow, Declaración de Independencia del Ciberespacio, [http://biblioweb.sindominio.net/telematica/manif\\_barlow.html](http://biblioweb.sindominio.net/telematica/manif_barlow.html), 30-1-2011.

<sup>106</sup> CNUDMI, Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>, 31-1-2011; CNUDMI, [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales\\_publications/UNCITRAL-s.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales_publications/UNCITRAL-s.pdf), 31-1-2011. Es posible v. nuestro trabajo “El funcionamiento de las normas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, en “Investigación...” cit., Nº 23, págs. 25 y ss.

Esto no excluye que, sobre todo ante los grandes cambios que van teniendo las instituciones privadas y su aplicación a otras áreas, v. gr. personales, temporales y materiales, el método indirecto tenga un creciente porvenir no sólo espacial (cabe ampliar en nuestro estudio “Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado – Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho – Afirmación de una sociedad pluralista)”, en “Investigación ...” cit., Nº 43, págs. 21/35).

<sup>107</sup> Sin desconocer las polémicas al respecto, en relación con el tema se puede c. GIMÉNEZ CORTE, Cristian, “Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva “lex mercatoria” en América Latina. Con especial referencia al Mercosur”, Bs. As., Ábaco, 2010; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional”, AEDIPR, t. IV, 2004, págs. 35/78, <http://www.aedipr.com/doctrina20041.pdf>, 31-1-2011. Es posible recordar nuestro artículo “La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable”, en “Juris”, t. 47, págs. 229 y ss.

<sup>108</sup> Se puede ampliar en nuestro artículo, con colaboración, “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (luego Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

<sup>109</sup> En cuanto a sociedades multinacionales, cabe recordar nuestro trabajo “Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Nº 43, págs. 1 y ss.; es relevante v. MANOVIL, Rafael M., “Grupos de Sociedades en el derecho comparado”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998; “Evolución del Derecho de los grupos de sociedades”, Bs. As., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2005.

<sup>110</sup> Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/>, 31-1-2011.

<sup>111</sup> Europa, [http://europa.eu/index\\_es.htm](http://europa.eu/index_es.htm), 31-1-2011.

América Latina, África y Asia para estimular el crecimiento y la prosperidad<sup>112</sup>; el Grupo de los 20, de países industrializados y emergentes<sup>113</sup>; el Grupo de los 24, para coordinar posiciones de los países en desarrollo<sup>114</sup>, y el Grupo de los 77 para articular y promover los intereses económicos colectivos de sus países miembros y fortalecer su capacidad conjunta de negociación en todos los principales aspectos económicos internacionales del sistema de las Naciones Unidas<sup>115</sup>.

Hay una importante *plusmodelación*, al menos por sobreactuación, de la adverbialidad de aquí en lo mundial, con cierta desintegración de la referencia de espacialidad tradicional. Las situaciones de dominación y de coexistencia de unidades independientes son reemplazadas en gran medida por otras de *dominación* y *relativa integración*. Incluso en materias tradicionalmente tipificadas como el Derecho Penal, donde la calificación del reproche era casi siempre nacional, se abandona a menudo la exigencia de tipificación nacional en aras de la internacionalización.

## 2) Los adverbios de tiempo

6. En cuanto al *tiempo*, los adverbios respectivos, principalmente *ahora*, *antes*, *después* y *durante* cambian siempre de manera permanente porque lo que fue “después” será “ahora” y luego “antes”, en cierta medida a través de un “durante”. También podría decirse, con otros adverbios de tiempo, que el despliegue de *mañana* se va haciendo el de *hoy*, y el de *mañana* y *hoy* el de *ayer*. Sin embargo, en nuestros días, de excepcional *aceleración de la historia*, estos cambios ocurren con muy especial rapidez y la adverbialidad “durante” resulta muy breve. El cambio en los adverbios de tiempo indica una “*transtemporalización*”, de modo que cabe referir que hay una enorme transtemporalización, que desestabiliza todo el tiempo.

A semejanza de la crisis del espacio, en la que todo de alguna manera esta aquí, en la crisis del tiempo casi todo es *ahora*. En la gran medida que es *ahora*, en nuestra era se refuerza la tendencia a considerar que las perspectivas de ayer y mañana son “ajenas”. El pasado y el porvenir<sup>116</sup> son tamizados por la excepcional dominación del presente, que concluye excluyéndolos. Quizás se trate, en la vivencia de muchos, de un “*no tiempo*”; esto sería grave porque creemos que el hombre debe ser “temporal”.

7. Principalmente hay una *crisis* del despliegue de *ayer*, cuyos enfoques diversos pudieron comprender García Márquez en la presencia de Visitación y la *enfermedad del olvido*<sup>117</sup> y, de cierta manera, Borges a través de la figura de Funes, el *memorioso*<sup>118</sup>. En ambos casos hay un despliegue de ayer que se niega a existir, a ser propiamente tal. El pasado ha perdido utilidad, pero también se desea marginarlo en cuanto puede ser útil. Tal vez por temor se cierran también importantes consideraciones de futuro. Muchos

<sup>112</sup> Ahora son más.

<sup>113</sup> G-20, <http://www.g20.org/index.aspx>, 31-1-2011.

<sup>114</sup> Sobre aspectos monetarios y de financiamiento del desarrollo internacional y asegurar que sus intereses estén adecuadamente representados en las negociaciones sobre temas monetarios internacionales.

<sup>115</sup> Ahora son más.

En general puede v. Fondo Monetario Internacional, <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/groupss.htm>, 31-1-2011. También hay otros grupos y clubes.

<sup>116</sup> En la frase, pasado y porvenir son sustantivos.

<sup>117</sup> GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, “Cien años de soledad”, <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/100sole.pdf>, 30-1-2011.

El olvido y la memoria son temas que hay interesado a la filosofía y la literatura desde la Antigüedad.

<sup>118</sup> BORGES, Jorge Luis, “Ficciones”, Madrid, Alianza, 1971, págs. 121 y ss.; BORGES, Jorge Luis, “Funes El Memorioso”, Artificios, 1944, Ficciones, 1944, <http://www.literatura.us/borges/funes.html>, 29-12-2010



marginales y en general muchos hombres de este tiempo “dejan toda esperanza” y, como lo indicó Dante, el no tener esperanza es ingresar en el infierno<sup>119</sup>. Por esto se “compran” pasajes evasivos a la alienación, que van a la drogadicción, el consumismo, etc.

La crisis de las proyecciones de ayer y mañana e incluso de ahora, que deja de cabalmente ser tal, es una crisis del tiempo en general. La permanente adverbialidad de “ahora”, y “hoy”, el permanente “presente” es, por inversión, una forma de la eternidad.

8. La dominación por la adverbialidad de “antes” es *ultraactividad*, la de la de “ahora” es *retroactividad*. El imperio de la adverbialidad de “después” es *proyectividad*. El equilibrio es coexistencia de temporalidades relativamente independientes, quizás con aplicación inmediata de las nuevas respuestas. La adverbialidad de ahora tiende a prevalecer, por ejemplo, en el frecuente acortamiento de los plazos de *prescripción* pero, también, en las *declaraciones retroactivas* de *imprescriptibilidad* de los crímenes contra los derechos humanos. Los proyectos individuales y colectivos suelen ser muy breves.

Hay importantes expresiones de *plusmodelación* conceptual y fáctica, en la medida que ésta puede serlo<sup>120</sup>, de la adverbialidad ahora respecto de las de antes y después que viven, en cambio, en minusmodelación.

### 3) Los adverbios de modo

9. Los cambios *materiales* de la nueva era se expresan en variaciones de los adverbios de *modo*. Lo que está *bien* o *mal* o se realiza de modo *regular*, *mejor* o *peor*<sup>121</sup> varía sorprendentemente. El cambio en los adverbios de materia indica una “*transmaterialización*”, de modo que cabe referir que en nuestros días hay una enorme transmaterialización, que varía toda la materia. Aunque desde nuestra posición agnóstica, estamos cerca de estas soluciones, vale señalar que casi todo, incluso las adverbialidades de modo, se considera “*aparentemente*”, “*verosímilmente*”, “*probablemente*”, “*posiblemente*”. Hay considerables avances, como en la referencia a los *derechos humanos*, pero el juicio profundo respecto del modo llega a ponerse en *suspenso*. Quizás ante la nueva era el espacio, el tiempo y el modo estén en *suspenso*. Tal vez sea lo que se necesita para “flotar”. Si nada está bien o mal, nada es regular, mejor o peor, cumplimos inconscientemente, desde nuestro sentido de pequeñez, con el deseo bíblico del ser “como dioses”, los que requiere una nueva era<sup>122</sup>.

El enorme cambio material se *esconde* detrás de perspectivas de *fin de tiempo*, quizás porque no se puede admitir la problemática de la *realidad* y la *valoración* de lo que vendrá. La materia tradicional se “rompe”, de modos destacables, por los avances de la *abstracción* de la propiedad inmaterial y las finanzas y de la posibilidad genética concreta. Quizás pueda afirmarse que vivimos al fin en días de la apariencia, de la materialización extrema y de la “*no materia*”. No es sin razón que el siglo XX ha sido en gran medida

<sup>119</sup> ALIGHIERI, Dante, “Divina Commedia”, <http://www.mediasoft.it/dante/>, 1-2-2011, Canto 3 v. 9, Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate, <http://www.mediasoft.it/dante/pages/danteinf.htm>, 1-2-2011.

<sup>120</sup> Es imposible cambiar lo que ocurrió, sólo se pueden cambiar sus consecuencias.

<sup>121</sup> En el horizonte adjetivo y sustantivo, de cierta manera lo que está bien es adjetivamente bueno y corresponde al bien y lo que está mal es adjetivamente malo y corresponde al mal.

<sup>122</sup> Catholic.net, La Biblia, Génesis, 3, 5, “...Es que Dios sabe muy bien que el día en que comiereis de él, se os abrirán los ojos y seréis como dioses, conocedores del bien y del mal.”, <http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=200&capitulo=2230>, 1-2-2011. Es posible v. desde otro punto de vista por ej. NIETZSCHE, Friedrich, “Más allá del bien y del mal”, trad. Ma. de los Ángeles Troteaga de las Heras, Madrid, Felmar, 1981; Nietzsche en castellano, De Más allá del bien y del mal, trad. Sánchez Pascual, Alianza Editorial, [http://www.nietzscheana.com.ar/textos/de\\_mas\\_alla\\_del\\_bien\\_y\\_del\\_mal.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/textos/de_mas_alla_del_bien_y_del_mal.htm), 1-2-2011.

signado por las referencias a la lógica, la abstracción, el lenguaje, la comunicación y la argumentación. El aquí enorme del Planeta, el allá inmenso del cosmos y el ahora permanente con semejanzas de eternidad son correspondidos por el suspenso de las valoraciones de los modos.

Como lo anunciaron Marx y Engels, la idea de valor está referida casi indiscriminadamente a la noción de *valor comercial*<sup>123</sup>. Impera el método de los *sofistas*; al fin en ciertas interpretaciones de la democracia y en el mercado sólo vale convencer. Dado que estos cauces son muy elásticos, la crisis de los adverbios de modo es amplia<sup>124</sup>.

Se trata de planteos valorativos débiles, de “civilización” y de fin de época, quizás de *decadencia*, muy diversos de los desarrollos “culturales”, valorativamente fuertes, de comienzo asumido de un período histórico<sup>125</sup>.

10. Sobre todo en el campo “continental” el *Derecho* de la época que ha ido terminando fue dejando de lado los caminos enriquecedores de Gén<sup>126</sup> y de cierto modo de Holmes<sup>127</sup> y siguió definitivamente el de Kelsen, que –pese a constituir cierto quizás adecuado “cheque en blanco” a la historia<sup>128</sup>– al fin ha resultado empobrecedor<sup>129</sup>. Lo valioso, sea justo o útil, quedó fuera de las consideraciones jurídicas. Ahora la atención a la *decisión* y los *móviles* es encubierta por la superficie del discurso “externo” que los envuelve<sup>130</sup>. La argumentación es muy importante, pero es la envoltura de la decisión, cuya conciencia es imprescindible<sup>131</sup>.

<sup>123</sup> V. por ej. Archivo Marx - Engels, K. Marx & F. Engels, Manifiesto del Partido Comunista, <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>, 29-1-2011; Marx, Karl - Engels, Federico, “Manifiesto del Partido Comunista”, en MARX, Karl, “El Manifiesto Comunista y otros ensayos”, trad. Ed. Progreso, Madrid, Sarpe, 1985.

<sup>124</sup> Es posible ampliar en nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4. También hay una gran crisis de los *nombres* y los *pronombres*, expresada sobre todo en la *comunidad virtual* a menudo desenvuelta en el anonimato

<sup>125</sup> Cabe ampliar en nuestro trabajo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 5, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 9 y ss.

<sup>126</sup> GÉNY, F., “Science et Technique en droit privé positif”, París, Sirey.

<sup>127</sup> Al decir de Holmes, la vida del Derecho no es la lógica sino la experiencia (Project Gutenberg’s, “The Common Law”, by Oliver Wendell Holmes Jr. “Lecture I. Early Forms of Liability” (1880), “The life of the law has not been logic: it has been experience.”, <http://www.gutenberg.org/cache/epub/2449/pg2449.txt>, 29-1-2011); Harvard University Library, Holmes, Oliver Wendell. The Common Law. Boston: Little, Brown, and company, 1881.

<http://pds.lib.harvard.edu/pds/view/10253629?n=23&imagesize=1200&jp2Res=.25&printThumbnails=no>, 20-1-2011; GHIRARDI, Olsen A., “El common law de los Estados Unidos de América”, [www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/artcommonlawestadosunidos/at\\_download/file](http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/artcommonlawestadosunidos/at_download/file), 29-1-2011.

<sup>128</sup> Cabe ampliar en nuestro artículo “Teorías Jurídicas e Historia”, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, “Ponencias en Santiago I”, págs. 97/109.

<sup>129</sup> KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960. Kelsen hizo grandes aportes para preservar un objeto para la ciencia jurídica, pero la dejó bloqueada para lo que consideramos despliegue pleno de la realidad del Derecho.

<sup>130</sup> Se sigue pensando como Maquiavelo, porque la atención a la realidad y los intereses es inevitable, pero sólo se desarrollan planteos del discurso que envuelve la decisión. Es posible c. nuestros artículos “El ámbito de la decisión jurídica (La construcción del caso)”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 24, págs. 57/64, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/570/470>, 29-1-2011; “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.

<sup>131</sup> Se habla mucho de la ponderación de principios, muy poco de la ponderación de intereses, pero lo que siempre se hace, como *punto de partida decisivo*, es *ponderar intereses*.

En el aspecto *material*, el Derecho se diferencia en distintas *ramas jurídicas* con características propias socio-normo-axiológicas<sup>132</sup>, y hoy lo que está bien o mal cambia de maneras revolucionarias, v. gr. en la Parte General del Derecho Civil y la especialidad del Derecho de Familia<sup>133</sup> y en el Derecho Penal. Lo que antes se consideraba incluso pecaminoso y quizás demoníaco, seguramente ilegítimo, se abre senderos con la aprobación creciente de la sociedad, en mucho con nuestra propia aprobación.

Pese a expresiones limitativas, como la protección del consumidor, el espíritu de los *contratos* impregna al resto de las áreas jurídicas, también al Derecho de Familia. Casi todo se puede negociar. La “naturaleza” de la persona física, de la pareja y de la filiación se va modificando con alcances que quizás ni siquiera eran imaginados y, con esto, todas las expresiones jurídicas van cambiando de manera sorprendente, puede decirse crecientemente sorprendente.

El Derecho Penal y la responsabilidad civil pierden gran parte de su fundamentación tradicional, pero el resguardo del sujeto, con caracteres relativamente débiles, hace avances importantes. La noción de no discriminación, muy legítima en muchos aspectos, devora casi todos los sentidos de diferenciación, aunque éstos sean muy legítimos, pero los derechos humanos abren caminos a *nuevas ramas transversales* que pueden enriquecer a las tradicionales, como el Derecho de la Salud, el Bioderecho, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, etc.<sup>134</sup>

La *razón* judicial tradicional suele ser reemplazada por la intervención de *medios de comunicación*, la *mediación* y el *arbitraje*<sup>135</sup>.

11. Como se presentan las *actuales circunstancias*, hay una *plusmodelación*, aunque más no sea sobreactuación (fáctica) espacial, temporal y material de la adverbialidad de aquí, ahora, aparentemente, etc. que se muestra, v. gr. en el *dominio* al menos por sobreactuación del contrato. Estimamos que se llegará a una gran expansión (también conceptual) de la respuesta contractual. En correlación con esto hay, v. gr., una *minusmodelación*, al menos por vaciamiento (fáctico) de las adverbialidades de la respuesta matrimonial heterosexual.

### *III) Comprensión trialista de los cambios adverbiales de espacio, tiempo y modo*

#### *a) Dimensión sociológica*

12. La dimensión sociológica del mundo jurídico trialista se refiere básicamente a *adjudicaciones* de *potencia e impotencia*; según nuestro parecer, puede afirmarse de lo que favorece o perjudica a la vida humana. Las adjudicaciones pueden ser *distribuciones* provenientes de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar o centralmente *repartos*, originados por la conducta de seres humanos determinables. De cierto modo, se trata de despliegues de la *fuerza* que se concretan como distribuciones o repartos. El ámbito del lenguaje y sus adjudicaciones, al que pertenecen los adverbios, proviene de *influencias humanas difusas*. Los adverbios se desenvuelven principalmente por el obrar de seres humanos no determinables y son aplicados por seres humanos determinables.

<sup>132</sup> Es posible v. por ej. v. nuestras “Nuevas reflexiones sobre la complejidad de las autonomías jurídicas”, en BENTOLILA, Juan José (coord.), “Introducción al Derecho”, Bs. As., La Ley, 2009, págs. 151 y ss.

<sup>133</sup> En relación con el tema es posible v. nuestro artículo “Filosofía del Derecho de Familia”, en “Investigación ...” cit., N° 34, págs. 15/40.

<sup>134</sup> Se puede ampliar en nuestro artículo “Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo”, en “La Ley”, 4 de febrero de 2011.

<sup>135</sup> Cabe c. nuestro trabajo “La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, 1998-III, págs. 603/616.



Para conocer más cabalmente los *repartos* hay que tener en cuenta sus *repartidores* (conductores), *recipiendarios* (beneficiados o gravados), *objetos* (potencias e impotencias), *formas* (camino previos para llegar a las decisiones) y *razones*. En cuanto a éstas vale atender a los *móviles*<sup>136</sup>, las *razones alegadas*<sup>137</sup> y las *razones sociales*<sup>138</sup>.

El *cambio* de los repartidores o recipiendarios produce “*transmutación*”, activa o pasiva; el de los objetos es “*transustanciación*”; el de las formas “*transformación*” y el de las razones, sobre todo en cuanto a las razones alegadas y las razones sociales, “*transfiguración*”.

Tomando como *ejemplo* para la muestra de los referidos cambios adverbiales el pasaje de lo que establecía el *legislador estatal comercial* a la *lex mercatoria* (de los usos de los comerciantes) cabe decir, en este caso, que tal paso significa transmutación activa, porque cambian los repartidores, y transmutación pasiva, porque se amplía el ámbito de los recipiendarios con proyección extraestatal<sup>139</sup>. También hay transformación, porque se produce un apartamiento de la audiencia encauzada por el Estado, y transfiguración porque los móviles y las razones alegadas del legislador son diversos de los que se desarrollan en los usos de los comerciantes. Quizás haya transustanciación, porque son diversas las potencias y las impotencias que se adjudicaban a los comerciantes y las que se adjudican ellos mismos, y transfiguración, al menos porque quizás los comerciantes consideren que lo que hacen es más razonable.

Los repartos pueden producirse por imposición o por acuerdo; en el primer caso son *autoritarios* y realizan el valor poder y en el segundo son *autónomos* y satisfacen el valor cooperación. El cambio de clase es la “*transmutación*” respectiva. El pasaje de la legislación a la *lex mercatoria* puede ser una transmutación si la autoridad del legislador es reemplazada por autonomía, a menudo discutible<sup>140</sup>, de los comerciantes.

13. Los repartos pueden *ordenarse*<sup>141</sup> mediante el *plan de gobierno*, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, y cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad, y por *ejemplaridad*, donde los repartos son seguidos por otros porque se los considera razonables y se satisface el valor solidaridad. El orden de repartos (régimen) realiza el valor orden. El cambio de un modo constitutivo a otro es “*transmutación*” de la ordenación. El paso del plan de gobierno del legislador comercial a la ejemplaridad de los usos de los comerciantes en la *lex mercatoria* es una transmutación de la ordenación.

<sup>136</sup> Los móviles tienen importantísima significación para conocer la decisión y se relacionan mucho con la psicología de los repartidores.

<sup>137</sup> Las razones alegadas son lo que en los hechos alegan los repartidores, generalmente con un despliegue retórico, para lograr que sus repartos sean considerados valiosos por la comunidad, aunque se trate de despliegues meramente emocionales. Cuando nos refiramos a la argumentación encontraremos más exigencia metódica, puede decirse un espacio más “dialéctico”. Luego encontraremos la fundamentación, que tiene más necesidad de referencia a los valores, especialmente a la justicia.

Los móviles se proyectan al futuro, a la adverbialidad después. Las razones alegadas, la argumentación y la fundamentación tienen referencias a los tres despliegues, al pasado, el presente y el futuro, a las adverbialidades antes, ahora y después (en cuanto a los tiempos a los que se remite el discurso, puede v. por ej. el cambio de las clases de discursos retóricos, deliberativo (futuro), forense (presente) y demostrativo (pasado), en ARISTÓTELES, “Retórica”, Libro I, capítulo 3 y ss., en “Obras”, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, págs. 124 y ss.

<sup>138</sup> Razones en sentido más estricto, que atribuye la sociedad cuando piensa que los repartos son valiosos.

<sup>139</sup> La relación, de coexistencia, dominación, etc., entre ley estatal y *lex mercatoria* es muy discutida. *La metodología que exponemos respecto de los cambios entre ley estatal y lex mercatoria puede ser empleada para todo lo que desarrollamos acerca de los cambios de los adverbios de espacio, tiempo y materia.*

<sup>140</sup> A veces la *lex mercatoria* esconde dominación.

<sup>141</sup> Formando un régimen.

Cuando cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto hay *revolución*<sup>142</sup>; si sólo varían los primeros hay *evolución*<sup>143</sup> y cuando únicamente se modifican los segundos hay “golpe” (o “golpe de Estado”)<sup>144</sup>. El desorden de los repartos se denomina anarquía y realiza el “disvalor” arbitrariedad. Los tres cambios se pueden apreciar según el giro de la variación: hay revoluciones, evoluciones y golpes de giros mayores o menores. En nuestro ejemplo, si se considera desde el punto de vista de la permanencia de la clase dominante como mantenimiento de los supremos repartidores y se piensa que varían en cierto grado los criterios supremos, hay una evolución, de lo contrario, ante el cambio de los dos despliegues hay una revolución.

14. Los repartos suelen encontrar *límites necesarios* surgidos de la “naturaleza de las cosas”. Algunos son *generales* de las dos clases de repartos y los modos constitutivos y son de carácter físico, psíquico, lógico, axiológico, sociopolítico y socioeconómico. Otros son *especiales* de los repartos en cuestiones vitales y significan que en estos casos los repartos son replanteados, aunque al final se los mantenga. Los repartos que no son frenados por los límites son *exitosos*; los otros son *frustrados*. La aparición de límites es una *limitación*, para su superación quizás quepa emplear el término “*translimitación*”<sup>145</sup>. Tal vez pueda entenderse que el avance hacia la lex mercatoria supera límites que encontraría el legislador por su inadecuación a las realidades socioeconómicas. En este caso, habría una translimitación.

15. Las *categorías básicas* de la dimensión sociológica son la *causalidad*, la *finalidad objetiva* que “encontramos” en los acontecimientos, la *finalidad subjetiva*, la *posibilidad* y la *realidad*. Como varias de ellas son *pantónomas* (“pan=todo; nomos=ley que gobierna”) y no podemos abarcarlas, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de *fraccionarlas* donde no podemos conocer o hacer más produciendo *certeza*. Por el contrario, cuando se desfracciona se suscita *incertidumbre*. El cambio desde la legislación a la lex mercatoria es una modificación en los alcances de las categorías básicas, con resultados de alteraciones en la certeza y la incertidumbre.

Todos los *cambios adverbiales* que hemos referido significan, en alguna medida, cambios en la dimensión sociológica, que pueden ser considerados como lo hemos expuesto con el ejemplo del paso de la legislación estatal a la lex mercatoria.

#### b) Dimensión normológica

16. En la propuesta de construcción trialista las normas son captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de un tercero<sup>146</sup>. Esta propuesta de referirse al punto de vista de un tercero, que en un sentido más común puede decirse desde un punto de vista promisorio, se hace para encontrar la *exactitud* de la norma, que se logra cuando ésta se cumple. El cumplimiento es de importancia fundamental para que el Derecho esté siempre *en la vida* de las personas. La variación en los repartos captados por las normas significa cambio en las normas y en estos casos hay “*transnormativización*”. El cambio desde la legislación comercial a la lex mercatoria es, como hemos señalado, variación en los repartos y esto produce transnormativización.

<sup>142</sup> De alguna manera transmutación activa y pasiva y transustanciación.

<sup>143</sup> De cierto modo transmutación pasiva y transustanciación.

<sup>144</sup> De alguna manera transmutación activa.

<sup>145</sup> Es posible que el cambio de límites también sea mencionable como translimitación.

<sup>146</sup> Puede expresarse también que son captaciones hechas desde un punto de vista “neutral”.

Dado el carácter lógico de las captaciones normativas, todos los cambios en éstas son casos de “*translogización*”.

17. Las *fuentes reales* de las normas son *materiales*, los repartos mismos, o *formales*, “autobiografías”, relatos, de los repartos hechas por los propios repartidores: constituciones formales, tratados internacionales, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc. Las fuentes formales se diferencian, por ej., por su *flexibilidad* o *rigidez*, su *elasticidad* o *inelasticidad*, la *participación* que hay en su elaboración, su *jerarquía*, etc. La formalización significa un importante fuerza para quienes formalizan. El paso de una fuente formal a otra es “*transformalización*”. El paso de una ley a un contrato es una transformalización. De cierto modo, el paso de la legislación comercial a los contratos de los que se valen quienes emplean la *lex mercatoria* es una transformalización.

18. Para que los repartos proyectados se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas funcionen. El *funcionamiento* de las normas se produce a niveles real y conjetural y abarca tareas relativamente específicas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis y la tarea “transversal” de argumentación. La argumentación es transversal porque se refiere a las otras tareas. Cuando se estudian diversidades, en este caso cambios, en el funcionamiento de las normas, es viable referirse a la “*transfuncionalidad*”. Es posible que entre las normas legales y su inclusión en la *lex mercatoria* haya importantes sentidos de transfuncionalidad.

19. Al captar los repartos proyectados las normas los describen y los *integran* brindándoles claridad e incorporándoles sentidos y, en este aspecto, al menos por cierto tiempo se vive creyendo que la realidad social es como ellos lo indican. Esta tarea se produce incorporando *conceptos* que pueden ser más *institucionales*, con carga ideológica e indisponibles para las partes, o *negociales*, con menos carga ideológica y más disponibles. El paso de un concepto a otro y, sobre todo de un tipo de concepto a otro, constituye “*transconceptualización*”. Aunque los conceptos legales de referencia son en muchos casos relativamente negociales<sup>147</sup> respecto de los de otras legalidades, esto se incrementa al pasar a su uso en la *lex mercatoria*: se presenta así un caso de transconceptualización<sup>148</sup>.

20. El *ordenamiento normativo*, captación lógica del orden de repartos, se constituye mediante *relaciones verticales* y “*horizontales*”<sup>149</sup> de producción y de contenido. Las vinculaciones verticales de producción satisfacen el valor subordinación, las relaciones verticales de contenido realizan el valor ilación, las vinculaciones horizontales de producción satisfacen el valor infalibilidad y las relaciones horizontales de contenido realizan el valor concordancia. Las variaciones entre estas relaciones son expresiones de “*transnormativización*” en cuanto al ordenamiento, podría decirse una transnormativización relacional. El paso de la legislación, donde son muy relevantes las vinculaciones verticales, a la *lex mercatoria*, donde la lógica imperante es la

<sup>147</sup> Por ej. en los contratos innominados.

<sup>148</sup> La transconceptualización tiene gran significado en el rótulo de los expedientes, por ej. de carácter penal. Un caso de transconceptualización muy relevante es el paso del matrimonio homosexual del concepto frecuente de sociedad al de matrimonio.

En lo sociológico los conceptos tienen equiponderancia o diponderancia, en lo normológico poseen equipolencia o dipolencia y en lo dikelógico son equivalentes divalentes.

<sup>149</sup> Denominamos relaciones horizontales a todas las que no se producen en condiciones de norma superior e inferior.

horizontalidad, es un caso de transnormativización en el ordenamiento. El ordenamiento estatal está más claramente encabezado por la *Constitución* que los usos internacionales. La ley está más nítidamente subordinada a la Constitución que la *lex mercatoria*.

En países como la Argentina el ordenamiento normativo estatal es un *sistema*, en el cual en caso de laguna normativa los jueces tienen siempre la obligación de sentenciar y hay posibilidades de *autointegración* relativamente intensas. Tales posibilidades diferencian a la ley, parte de ese ordenamiento, y la *lex mercatoria*.

Dado el carácter lógico de la dimensión que nos ocupa, cabe referir que las modificaciones en ésta son casos de “*translogización*”.

### c) Dimensión dikelógica

21. El complejo de valores del Derecho, que ha de culminar en la *justicia*, incluye por ejemplo a los valores *utilidad* y *amor*. El paso de la referencia de un valor a otro es “*transvalorización*”. El paso de la legislación a la *lex mercatoria* es un incremento de la utilidad, es decir, una transvalorización desde la justicia a la utilidad.

Los cambios en la dimensión dikelógica constituyen “*translegitimación*”.

22. Siguiendo caminos de Aristóteles, es posible diferenciar caminos para pensar la justicia, es decir *clases de justicia*. Éstos son principalmente la justicia consensual o extraconsensual; con o sin consideración de personas (de roles); simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparación de las potencias e impotencias); monologal o plurilogal (de una o más de una razón de justicia); conmutativa o espontánea (con o sin “contraprestación”); “parcial” o gubernamental (originadas por parte o el todo); sectorial o integral (dirigidas a parte o el todo); de aislamiento o participación; absoluta o relativa y particular o general (dirigidas al bien particular o al bien común). La justicia particular está más próxima al Derecho Privado y la justicia general es más cercana al Derecho Público. También es posible diferenciar la justicia “de partida” y la justicia “de llegada” (la primera proyecta lo existente, la segunda cambia lo existente para llegar a donde se desea)<sup>150</sup>. El cambio de clase de justicia produce “*trans-senderización*” de este valor. El paso de la legislación a la *lex mercatoria* incrementa la consensualidad, monologalidad, conmutatividad, parcialidad y sectorialidad, el aislamiento y la particularidad (con el pertinente aumento de la privacidad). Tal vez también incrementa la referencia a lo que ya está, sin sentido de promoción social. Esto significa una relevante trans-senderización de la justicia.

23. La justicia se refiere a la *totalidad* de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras (es “*pantónoma*”). A su vez se remite a complejos en lo personal, temporal y material. Como esa amplitud nos es inalcanzable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de *fraccionarla* produciendo *seguridad jurídica*. El paso de la legislación a la *lex mercatoria* importa desfraccionamientos en cuanto a los intereses de quienes la producen y fraccionamientos de intereses que tiene en cuenta el legislador, es decir, seguridad para los promotores de la *lex mercatoria* e inseguridad para quienes amparaba el legislador.

24. Si la *forma* (lógica) de la justicia supera con gran éxito las objeciones de falta de rigor de razonamiento que le imputan los sostenedores del positivismo, a nuestro parecer no puede decirse lo mismo del *contenido* de la misma. Sin embargo,

<sup>150</sup> Es posible ampliar en nuestro artículo “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss. Asimismo cabe tener en cuenta a la justicia de equidad.

creemos que el rigor puede desarrollarse entre quienes adopten un punto de partida material compartido. En este caso proponemos adoptar, como construcción básica, el *principio supremo* de justicia que, con carácter objetivo y natural, sostuvo Werner Goldschmidt, fundador del trialismo. Según este principio, la justicia requiere adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en persona.

Aplicando dicho principio es posible considerar los *repartos* y sus *clases*. Hay que atender a cómo *deben ser* los repartos en sus repartidores, beneficiarios, objetos, formas y razones, que en este caso constituyen su fundamentación.

La justicia de los *repartidores* ha de ser principalmente *autónoma*, por acuerdo de los interesados; *paraautónoma* por el acuerdo de los interesados en cuanto a quiénes han de repartir (v. gr. en el arbitraje); *infraautónoma*, por mayoría (por ej. en la democracia); *criptoautónoma*, por el acuerdo que brindarían los interesados si conocieran lo que se hace (v. gr. en la gestión de negocios ajenos sin mandato) o *aristocrática*, por superioridad moral, científica o técnica. La ley suele contar con legitimidad *infraautónoma*; se invoca para la *lex mercatoria* cierta legitimación autónoma e incluso aristocrática por el mejor conocimiento que tienen los comerciantes de su propia actividad<sup>151</sup>.

La legitimidad de los *beneficiarios* proviene de la necesidad o la conducta, en el primer caso se hace referencia a *merecimientos*, en el segundo a los *méritos*. En general, la ley se puede remitir más a ambos títulos, la *lex mercatoria* resulta más referida a los méritos.

La justicia de los *objetos* de los repartos, que los hace “repartideros”, se refiere entre las proyecciones principales a la *vida* (dar y quitar vida, propia y ajena) y a la *propiedad*. La ley puede remitirse más a ambas; la *lex mercatoria* se vincula más con la propiedad.

La *forma* justa de los repartos es la *audiencia*, cuya presencia diferencia a la *negociación* de la mera adhesión y al *proceso* de la mera imposición. La ley se legitima habitualmente por el proceso, cabe atender al grado de legitimación por negociación que puede tener la *lex mercatoria*.

La justicia de las *razones* se produce por *fundamentación*. En ésta hay que atender a la fundamentación de los móviles, las razones alegadas y las razones sociales y la que produce por las relaciones entre los tres (por ej. la valoración de la diferencia que puede presentarse entre los móviles y las razones alegadas). La fundamentación legal y la de la *lex mercatoria* suele ser muy diversa.

En cuanto a las *clases* de reparto, en principio, en caso de haber autonomía real, la *lex mercatoria* tendría preferencia respecto de la ley en el aspecto de la legitimidad de los repartidores.

Al considerar las categorías de cambio, puede apreciarse la existencia de translegitimación por transmutación, transsubstanciación, transformación, etc. Esto puede utilizarse para comprender los supuestos de translegitimación del paso de la legislación a la *lex mercatoria*<sup>152</sup>.

25. Para que el *orden de repartos* sea justo según el principio adoptado, debe tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, es decir, ha de ser *humanista* y no totalitario. El humanismo debe ser preferentemente *abstencionista* y no

<sup>151</sup> Como hemos señalado, a veces la *lex mercatoria* esconde dominación.

<sup>152</sup> Un caso interesante de translegitimación por cambio de fundamentación es el posible paso de la aceptación de la remisión a la ley del lugar de celebración para establecer la validez del matrimonio desde el deseo de obtener matrimonios válidos e hijos matrimoniales a cierta referencia decisiva a la autonomía de los contrayentes.

*intervencionista (paternalista)*<sup>153</sup>. A fin de realizar el humanismo hay que *proteger* al individuo contra todas las amenazas: de los *demás* como *individuos* y como *régimen*, de *sí mismo* y de “*lo demás*” (enfermedad, pobreza, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). El paso de una vía humanista a otra es también “translegitimación” por dicho motivo. En el ejemplo de la legislación estatal y la *lex mercatoria*, hay una translegitimación por paso del humanismo más intervencionista y de protección del individuo contra los demás a uno más abstencionista y de resguardo contra el régimen<sup>154</sup>.

#### IV. Conclusión

26. En un nuevo aporte a la Jurilingüística se advierte que las bases adverbiales del Derecho, en este caso en cuanto a espacio, tiempo y modo, tienen grandes cambios en la nueva era que nos toca vivir. Para comprenderlos mejor es conveniente utilizar la propuesta integrativista tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico.

<sup>153</sup> Es necesario atender a la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres. En nuestros días, de crisis de los adverbios de modo que permitirían diferenciar, impera la referencia a la igualdad, tal vez para superar también las diversidades de espacio y tiempo. A menudo se confunde la diferenciación por jerarquía con discriminación. En cuanto a la dificultad para integrar la aristocracia con la democracia, hoy tan intensa, es posible c. por ej. nuestro artículo “Integración trialista de la aristocracia y la democracia”, en *El Derecho*, t. 147, págs. 897 y ss. Hay, sí, una desmedida jerarquización de la riqueza, a menudo impera la plutocracia que sólo brinda repartidores dikelógicamente “de facto”.

<sup>154</sup> También importa considerar la justicia de las normas y del ordenamiento normativo (cabe ampliar en nuestra “Metodología Jurídica” cit.).

## LA INTERPERSONALIDAD EN LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL\*

Milton C. FEUILLADE (\*\*)

**Resumen:** Si se asume al Derecho Internacional Privado como Interpersonal y a modo Intercultural Privado, la clásica regla procesal, donde los actos se ordenan conforme a la ley del juez requirente y se diligencian acorde a la ley del requerido pasa a tener una relatividad, donde el tomar la interculturalidad nos lleva a concebir que no solamente debemos aplicar el derecho sustancial extranjero tal como lo aplicaría el juez extranjero, sino que debo ver al proceso como una forma de “respuesta jurídica” donde los aspectos espaciales, temporales, personales y materiales del Derecho Procesal Internacional y de la Cooperación Jurisdiccional Internacional como parte de él, deben tener una consonancia en la manera como lo haría el juez extranjero. Puede resumirse diciendo que el “uso jurídico” también debe aplicarse al proceso.

**Abstract:** Assuming Private International Law as Intercultural and Interpersonal Private Law, the classical procedural rule, where actions are ordered according to the law of the requesting court and fulfilled according to the law of the required court, becomes somewhat relative. The multiculturalist concept of law leads us to not only conceive that we must apply the substantive foreign law as the court would apply it abroad but to see the process as a form of “legal response” where the spatial, temporal, personal and material aspects of International Procedural Law and International Jurisdictional Cooperation as a part of the former, must be in line with the manner in which the foreign court would rule. This can be summarized by saying that the theory of “juridical usage”, formulated by Goldschmidt, should also apply to the process.

**Palabras clave:** Cooperación Jurisdiccional Internacional. Derecho Interpersonal. Uso jurídico procesal.

**Key Words:** International Jurisdictional Cooperation. Interpersonal Law. Theory of juridical using proceedings.

### *I.- Introducción*

En este trabajo intentaremos hacer un aporte al Derecho Interpersonal como Proyección del Derecho Internacional Privado, desde la cooperación jurisdiccional internacional concebida como parte nuclear del DIPr<sup>155</sup>.

Hemos tomado como base el trabajo de Ciuro Caldani<sup>156</sup> orientado a brindar los aportes para la comprensión del derecho privado de una nueva era y desde esas ideas

\*Trabajo presentado en las “Jornadas de Derecho Interpersonal”, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 24 y 25 de septiembre de 2010.

\*\* Investigador del CONICET.

<sup>155</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Concepto de Derecho Internacional Privado”, Investigación y Docencia, N° 41, págs. 9 a 25, págs. 10 y ss. SCHLOSSER, Peter, “Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation”, Recueil des Cours, Vol. 284, 2000, págs. 9 a 428.

<sup>156</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para la comprensión del Derecho Privado de la nueva era. (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado – Contribuciones para la Interdisciplinariedad interna del Derecho – Afirmación de una sociedad Pluralista)”, exposición en la clausura de cursos intensivos de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UNR del 5 de marzo de 2010. Documento básico de las Jornadas sobre “Derecho Interpersonal, como proyección



desarrollaremos nuestras contribuciones desde la comprensión de la interpersonalidad en la cooperación jurisdiccional internacional.

La interdisciplinariedad no ha recibido tanta atención en el mundo del derecho, sin embargo y en gran parte, la aplicación que ha tenido es en el derecho procesal, baste con pensar la diaria interacción de la medicina, física, biología y toda ciencia en general aplicada a la prueba, la informática aplicada al proceso, donde hoy hasta se puede hablar de “expedientes virtuales” y el desarrollo de las en nuestros días llamadas “ciudades judiciales”<sup>157</sup>.

Nos animamos a decir que el Derecho Procesal Internacional y la Cooperación Jurisdiccional Internacional como parte de éste, pone en acto “las respuestas jurídicas y vitales”<sup>158</sup> para la realización concreta del Derecho Interpersonal Privado; cuando estamos en el plano judicial encuentra en el Derecho Procesal Interpersonal sus conectores de funcionamiento<sup>159</sup>.

Las transformaciones científicas, técnicas y morales se expresan en el proceso, baste pensar que hace unos años era inimaginable una prueba de ADN o que alrededor de pruebas químicas de alta complejidad se llegase a un planteo ante la Corte Interamericana<sup>160</sup> y que la negativa del sujeto pasivo genera presunciones en contra.

Si se asume al Derecho Internacional Privado como Interpersonal y como Intercultural Privado, la clásica regla procesal, donde los actos se ordenan conforme a la ley del juez requirente y se diligencian acorde a la ley del requerido<sup>161</sup> pasa a tener una zona gris o soft, donde el tomar la interculturalidad nos lleva a concebir que no solamente debemos aplicar el derecho sustancial extranjero tal como lo aplicaría el juez extranjero, sino que debo ver a la Cooperación Jurisdiccional Internacional como un modo de respuesta jurídica donde los aspectos espaciales, temporales, personales y

del Derecho Internacional Privado” organizadas por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR en conmemoración del centésimo aniversario del nacimiento de su ex director honorario profesor Werner Goldschmidt (9-2-1910 / 21-7-1987) y el cuadragésimo aniversario de la primera edición de su “Derecho Internacional Privado”, Bs. As., Depalma, 1970.

<sup>157</sup> Baste citar como ejemplo la Ciutat de la Justícia en Barcelona, en Internet: <http://www.ciutatdelajusticia.com>, 19/05/10.

<sup>158</sup> 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, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, págs. 85 a 140, en Internet: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/959/793>, 3/3/2010.

<sup>159</sup> Partimos de la base de una visión sistémica del derecho, donde lo procesal y lo sustancial no está ajeno a esa sistematicidad. Al hablar de conectores, referimos a que no existe derecho sustancial que en lo litigioso pueda hacerse efectivo sin proceso y procedimientos. A su vez recordamos la incidencia que muchos aspectos procesales pueden tener sobre el derecho sustancial como “Derecho Justicial Material”. Sobre el tema remitimos a GOLDSCHMIDT, James, “Derecho justicial material”, trad. Grossmann Catalina, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1959, Colección Breviarios de Derecho, 263 págs. Y sobre la concepción sistémica del Derecho Internacional Privado v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2ª ed., Buenos Aires, E.J.E.A., 1954, T. I.

<sup>160</sup> Ver por ejemplo: Corte IDH, Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, que su centro trataba de un presunto delito de tráfico de estupefacientes, los agentes estatales no dieron cumplimiento al requisito de corroborar mediante análisis químicos la verdadera naturaleza de la sustancia sospechosa, dando así incumplimiento a la legislación interna y deviniendo la detención en un caso de privación arbitraria por parte del Estado. En Internet: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr); 02/06/10.

<sup>161</sup> Como ejemplo puede citarse: el art. 3 de la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas, o el art. 10 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, o el art. 5 de la Convención Interamericana sobre recepción de Pruebas en el Extranjero, o el art. 6 del Convenio de la Haya del 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial o el art. 9 del Convenio de la Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

materiales deben tener una consonancia en la manera como lo haría el juez extranjero<sup>162</sup>. Puede resumirse diciendo que el uso jurídico también debe aplicarse al proceso<sup>163</sup>.

A partir del marco superador de la concepción normológica de Goldschmidt, fue elaborada una teoría normativa para la Jurisdicción Internacional y para el Derecho Procesal Internacional como parte nuclear del Derecho Internacional Privado por parte de Ciuro Caldani y desde allí surge el concepto de transposición procesal<sup>164</sup>.

Quisiéramos hacer el intento de realizar un avance más y sobre la base de las ideas hasta ahora expresadas, decir que hay situaciones de transposición procesal total en el exequátur, situaciones de transposición procesal parcial en la cooperación de primer grado y situaciones de transposición procesal parcial temporal en la cooperación de segundo grado.

La cooperación por concepto es obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin<sup>165</sup>, es operar con otro y ocurre en toda transposición, pero tal vez es más intensa en el primer y segundo grado, porque en el tercer grado hay dos momentos bien diferenciados, en cambio en las dos primeras existe un transcurrir en conjunto.

En los dos primeros grados hay un hacer vinculado, donde lo global es más profundo porque ocurre en distintos espacios al mismo tiempo, en cambio el exequátur ocurre con un alto grado de compromiso, pero en distintos espacios, en diferentes tiempos.

De allí que creemos que un verdadero sentido del uso jurídico en lo procesal nos lleva a que se debe hacer el acto procesal de la forma más cercana posible a como lo haría el juez extranjero, o al menos, a realizarlo conforme a las reglas del requerido, ello posteriormente transpuesto no debe generar “distorsiones” en la decisión final. A su vez, pensemos que si ha de ocurrir una posterior transposición total, que puede ser incluso en un tercer país, el expediente en sus actos tendrá más armonía o estará más unificado, que al fin y al cabo es lo que buscan las convenciones en Derecho Procesal Internacional en sus uniformizaciones<sup>166</sup>.

Desde las respuestas jurídicas, pensamos que en el plano interpersonal de la Cooperación Jurisdiccional Internacional, lo más conveniente, en relación al beneficio del principio *favor cooperationis* y de evitar la denegación de justicia es una

<sup>162</sup> Esto lo hemos desarrollado en nuestro trabajo: “La prueba en el proceso con elementos extranjeros”, J.A., T. 2008 – IV, págs. 20 a 38.

<sup>163</sup> Esta teoría fue originalmente orientada a la aplicación del derecho extranjero y las soluciones a los problemas de adaptación de la norma de DIPr., elaborada por Werner Goldschmidt y publicada en: “La Consecuencia Jurídica de la Norma del Derecho Internacional Privado”, Barcelona, Bosch, 1935.

<sup>164</sup> Puede verse de CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, “Comprensión Básica de las Tendencias del Derecho Internacional Privado de Nuestro Tiempo y de la Jurisdicción Internacional”, “Investigación y Docencia”, N° 24, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994, págs. 9 a 19, “Notas Jusfilosóficas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Pronunciamientos Jurisdiccionales Extranjeros”, “Investigación y Docencia”, N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 65 a 69, “Perspectivas Sistemáticas del Derecho Procesal Internacional Privado”, “Investigación y Docencia”, N° 10, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 35 a 44. Posteriormente, se ha intentado completar por parte del autor de este artículo la concepción normológica a los ámbitos de la cooperación de primer y segundo grado. Puede verse nuestro trabajo “Concepción Normológica de la Problemática Científica de la Cooperación Jurisdiccional Internacional de Primer y Segundo Grado”, “Investigación y Docencia”, N° 41, Rosario, Fundación para las Investigaciones jurídicas, 2008, págs. 49 a 60.

<sup>165</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española, en Internet: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=cooperar](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cooperar), 20/05/10.

<sup>166</sup> Como ejemplo puede citarse los formularios e instructivos que para diferentes convenciones tanto la Academia de la Haya, como la OEA o el MERCOSUR, han elaborado, así como las tramitaciones y asistencia que se brinda por medio de la figura de la autoridad central.

plusmodelación que abarque lo conceptual y fáctico, de forma que genere una expansión<sup>167</sup>.

En la Cooperación Jurisdiccional Internacional se puede hablar de relaciones de correspondencia, de este modo la cooperación como costumbre del derecho internacional<sup>168</sup> prima por sobre ciertas normas procesales internas que la limitan<sup>169</sup>.

También encontramos relaciones de yuxtaposición, por ejemplo en los Tratados de Derecho Internacional Privado que provienen de diferentes ámbitos productores, que unen a los mismos Estados y que tratan sobre los mismos temas<sup>170</sup>. Generalmente estos Tratados dejan abiertas las puertas a la aplicación del que más favorezca su objeto y fin<sup>171</sup>, pero muchas veces a la hora de la aplicación concreta no es fácil y tampoco se pueden hacer mosaicos normativos<sup>172</sup>. Especial tensión se da por ejemplo en restitución de menores o en cooperación de primer grado y cómo esto en principio se soluciona con la regla que más favorezca la cooperación, cuestión que a veces es difícil de dilucidar.

Toda vez que vemos en un instrumento convencional que trata sobre cooperación el dejar las puertas abiertas a una tramitación especial o la aceptación del cumplimiento de formalidades adicionales<sup>173</sup> lo que esta haciendo es buscar soluciones personales directas. Los aspectos indirectos, son menos frecuentes en la cooperación, pero en definitiva la tramitación según la ley del requerido, se vuelca también a lo personal, al menos en el máximo respeto de las garantías procesales individuales en la propia jurisdicción.

La respuesta jurídica en la Cooperación Jurisdiccional Internacional, del mismo modo que en el Derecho Internacional Privado clásico es de coexistencia de ordenamientos jurídicos o unidades independientes y en el amplio marco convencional existente también es de integración<sup>174</sup>.

<sup>167</sup> Con esto estamos dejando de lado opciones de minusmodelación conceptuales o fácticas que en forma conjunta o separada producen respuestas de reducción, deflación o vaciamiento, así como las de sustitución que en sus despliegues terminan negando la cooperación en el sentido que queremos darle y a su vez creemos que la plusmodelación reducida a lo conceptual, al ser productora de una deflación o sometida solamente a lo fáctico en su consecuencia de vaciamiento, no es la mejor respuesta para la cooperación jurisdiccional internacional tal como la concebimos y planteamos.

<sup>168</sup> TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, "La Cooperación Jurisdiccional Internacional con Especial Referencia al Ámbito del Mercosur y al Derecho Uruguayo", Rev. DeCITA, N° 04 – 2005, Buenos Aires, Zavallía, 2005, págs. 359 a 397; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Notas Jusfilosóficas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Pronunciamientos Jurisdiccionales Extranjeros", "Investigación y Docencia", N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 65 a 69, pág. 66; OPERTTI BADÁN, Didier, "La Asistencia judicial Internacional", en "Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur", dir. Landoni Sosa, Ángel, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1997, págs. 133 a 147.

<sup>169</sup> Ejemplos paradigmáticos a citar son el art. 270 del C.P.C.C.S.F. en su reciprocidad o el art. 132 del C.P.C.C.N. en su indebido requisito de control de la competencia judicial internacional.

<sup>170</sup> Como ejemplo pueden citarse las yuxtaposiciones que tenemos con la República Oriental del Uruguay en temas como restitución de menores, donde nos une al mismo tiempo: La Convención de la Haya de 1980 Sobre Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores, La CIDIP IV Sobre Restitución de Menores y el Convenio Bilateral Sobre Protección Internacional de Menores. Ejemplos similares, enumerando Convenios podemos darlo con la cooperación de primer grado o con el exequátur.

<sup>171</sup> Baste recordar solamente como ejemplo los arts. 14 y 15 de la CIDIP I sobre Exhortos y Cartas Rogatorias o el art. 35 del Protocolo de Las Leñas, dentro del ámbito del MERCOSUR.

<sup>172</sup> Un análisis del tema puede verse en nuestro libro: "La Sentencia Extranjera", Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, págs. 123 y ss.

<sup>173</sup> Ver por ejemplo el art. 12 del Protocolo de las Leñas o el art. 5 inc. b) de la Convención de la Haya de 1965 Relativo a la Comunicación y Notificación en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial.

<sup>174</sup> Véase como ejemplo el art. 35 del Protocolo de Las Leñas.

El “uso jurídico procesal” que proponemos evita las situaciones de dominación y las de aislamiento en la respuesta jurídica, donde nos debemos volcar por una expresión restringida del orden público, concebido como conjunto de principios<sup>175</sup>.

## *II.- Interpersonalidad en la cooperación jurisdiccional internacional*

### *A.- En el mundo procesal en general*

El mundo procesal ingresa dentro del mundo jurídico como parte de él. La Cooperación Jurisdiccional Internacional desde la óptica trialista no queda ajena al orden de repartos de potencia e impotencia, captados por normatividades que de forma muy concreta culmina en la dimensión dialéctica a través de la justicia del caso concreto.

Nos parece importante destacar que la interpersonalidad de la que hablamos debe partir de un concepto de persona que como individualidad consciente y libre, se le otorga y asume la dimensión de los derechos.

Concebimos a la persona desde una visión cristiana y si se desea ver la interpersonalidad desde un “personalismo”, nos ubicamos como contrarios a los sistemas que propugnan el materialismo y el positivismo, “...como también, todas las formas de idealismo y de intelectualismo inmanentista y criticismo que establecen el principio del conocimiento en la pura conciencia o en un logos abstracto e irreal separado del principio concreto y sustancial”<sup>176</sup> y estamos a favor de todo lo que reivindique la dignidad de la persona en el campo ontológico, gnoseológico, moral, social y jurídico. A nuestro criterio es esencial a la interpersonalidad la afirmación de una persona racional y libre, con dimensión espiritual<sup>177</sup>.

A su vez queremos destacar que hace ya tiempo que Ciuero Caldani<sup>178</sup> dice que el derecho debe ser concebido como sistema y no como compartimientos estancos donde, entre otras cosas, lo procesal termina corriendo un derrotero distinto de lo sustancial.

Esto lleva entre otras reflexiones a refutar el argumento de la impracticabilidad de la aplicación de la ley procesal extranjera, fundado en la modificación de la estructura tribunalicia y la organización específica de la justicia como servicio público<sup>179</sup>.

Creemos que se debe distinguir los ámbitos de gravitación de la *lex fori*.

Por un lado tendremos la distribución de competencias dada por aquellas leyes orgánicas del poder judicial. Sin lugar a dudas, esto no puede variarse. Tampoco podrá variarse la vía procesal por la cual la causa tramita, en cuanto juicio ordinario, sumario, sumarísimo, etc., así como también la instancia. Es más, si esto no se conservase, no

<sup>175</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, “El Orden Público Internacional (O.P.I.) en el Derecho Internacional Privado (DIPr.)”, E.D., t. 109, págs. 889 a 894; RUCHELLI, Humberto Fernando - FERRER, Horacio Carlos, “El Orden Público”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Meditaciones Trialistas Sobre el Orden Público”, J.A., t. 1977 – II, págs. 711 a 718, pág. 715.

<sup>176</sup> URDANOZ, Teófilo, “Historia de la Filosofía”, T. VIII, Madrid, B.A.C., 1985, pág. 361.

<sup>177</sup> *Id.*, pág. 362.

<sup>178</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Historia, Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Disertación en la inauguración del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de Rosario, 14 de marzo de 2008, inédito. También del mismo autor puede consultarse, entre otras publicaciones: “Necesidad del sistema jurídico”, “Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho”, Comunicaciones, Vol. I, pág. 87 y ss., Buenos Aires, 1987, “La vida de la división “pentárquica” del Derecho Civil en la cultura argentina actual”, J.A., T. 2006 – I, págs. 3 a 14, “Complejidad del funcionamiento de las normas”, L.L., diario del 22 de febrero de 2008, págs. 1 a 6.

<sup>179</sup> Sostenida entre otros por VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “Derecho Procesal Civil Internacional”, Madrid, Civitas, 2000, pág. 109.

podría cumplirse con el principio de concesión de todos los recursos de las leyes procesales locales en la aplicación del derecho extranjero<sup>180</sup>.

Por otra parte existen otros ámbitos de influencia de la *lex fori* como *lex processualis fori*, que estaría dada en tres aspectos<sup>181</sup>:

1) Por las cuestiones referentes a medidas cautelares, las que se vinculan a la estructura del proceso civil, que incluyen, las instancias actos y plazos procesales, medios de defensa, etc.

Y aquí, hemos de preguntarnos lo que sucede cuando la medida cautelar concreta a tomarse es una institución no regulada o desconocida para nuestro ordenamiento. Sabido es que la medida cautelar internacional la toma el juez del proceso conforme a su *lex fori* y es cumplida posteriormente por las leyes del foro del juez requerido.

La potestad cautelar depende del derecho del foro y una medida por ser no regulada o desconocida, no debe ser dejada de lado si se está convencido que contribuye a una mejor realización de la justicia.

Las medidas cautelares posibles en otros ordenamientos, en algunos casos son análogas a las del nuestro y en otros distintas a las de la República, sin embargo creemos que si no lesionan los principios de orden público, nada obstará su acatamiento, incluso, si el esfuerzo de adaptación implica utilizar ciertas reglas procesales extranjeras<sup>182</sup>.

2) En segundo término tenemos las cuestiones que hacen al auxilio jurisdiccional internacional, comprendiendo tanto las notificaciones como la prueba e información del derecho extranjero. Aquí se utiliza la *lex fori* del requerido, pero con excepciones donde es posible utilizar las leyes rituales del requirente<sup>183</sup>.

3) En tercer término está el ámbito lacunoso dado por el régimen de prueba y lo concerniente a la prescripción, donde se entra en un conflicto de calificaciones para darle solución y cada Estado llega, o no, a la conclusión de la aplicación de la *lex fori*.

Así, el uso jurídico puede requerir excepcionar la aplicación de la ley procesal local.

Diremos entonces, que el imperio de la *lex fori* no es, ni debe ser absoluto, existe en el proceso cierto ámbito donde se aplica la *lex causae*, como en la capacidad para ser parte procesal y la capacidad para otorgar el poder de representación. Por otro lado están las cuestiones conectadas con el fondo del asunto, como la legitimación y el objeto y carga de la prueba. Esto da prueba y peso a nuestro planteo.

### *B.- Dimensión sociológica*

La cooperación adquiere una relevancia en el ámbito de la comunicación en un mundo globalizado, donde la circulación de personas es dinámica. La relación espacio

<sup>180</sup> Esto está consagrado por ejemplo en el art. 4 de la CIDIP II Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, cuando dice: “*Todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualquiera de los otros Estados parte que haya resultado aplicable*”. Así como el art. 3 del Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, cuando dicen: “*Todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan, aplicando las leyes de cualquiera de los otros Estados*”.

<sup>181</sup> VIRGÓS SORIANO – GARCIMARTÍN ALFÉREZ, op.cit., pág. 109.

<sup>182</sup> FEUILLADE, Milton C., “Las medidas cautelares en el Derecho Internacional Privado”, Suplemento de Derecho Internacional Privado, elDial.Express - Año X – N° 2293, 18 págs., en Internet: [www.eldial.com](http://www.eldial.com), 30/05/07.

<sup>183</sup> AGUILAR BENÍTEZ de LUGO, Mariano y otros, “Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional”, Sevilla, Universidad de Sevilla – Manuales Universitarios, 2002, pág. 124.

tiempo no posee una relación directa con la distancia. Seguimos viviendo en soberanías, entre límites y fronteras.

En la relación de globalización - marginación<sup>184</sup> surge el fenómeno del “Derecho Internacional Privado del Pobre”, piénsese que es más difícil cobrar alimentos en Santiago de Chile para una persona que se encuentra en Mendoza, que hacerlo en Ushuaia o lo gravoso que puede resultar para una empresa PyME litigar en el extranjero ante un incumplimiento contractual.

El Derecho Procesal Internacional viene dando por un lado respuesta normativas a estas situaciones: eliminando la caución de arraigo en juicio<sup>185</sup>, otorgando el beneficio de litigar sin gastos<sup>186</sup>, permitiendo a las personas jurídicas estar en juicio sin necesidad de inscribirse<sup>187</sup>.

Y por otra parte se han otorgado respuestas institucionales, como con la creación de figuras como la de la Autoridad Central<sup>188</sup> o la excelente experiencia que ha tenido la provincia de Mendoza con el DE.C.I. (Departamento de Cooperación Internacional del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza)<sup>189</sup>.

Es decir, ante el fenómeno de la globalización, que no es mala en sí, la cooperación jurisdiccional internacional brinda en parte soluciones y respuestas a las marginaciones que se pueden producir y que para el punto que analizamos, evitan el desvalor de la denegación de justicia.

La interdisciplinariedad colabora en la cooperación, por ejemplo en el tratamiento de los documentos extranjeros a través de recursos tecnológicos<sup>190</sup>.

El avance de la autonomía en la materia procesal se da especialmente en el arbitraje y el progreso del derecho procesal de las minorías, posee sus puertas abiertas en el texto constitucional actual, por ejemplo en el respeto de las culturas indígenas, creemos sin lugar a dudas que ello implica también incluir sus normas de justicia, en la medida que no afecten el orden público<sup>191</sup>.

### *C.- Dimensión normológica*

<sup>184</sup> ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (dir.), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social”, N° 24, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, págs.41 a 56, “Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización”, “Investigación y Docencia”, N° 32, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, págs. 9 a 14.

<sup>185</sup> AGUILAR BENÍTEZ de LUGO, Mariano, “La Cautio Iudicatum Solvi en el Derecho Español”, R.E.D.I., Vol. XXIV, N° 3 y 4, Madrid, 1971, pág. 386. Y en cuanto al derecho interno CABALLERO, Gabriela Verónica, “Un fallo sobre la Excepción de Arraigo para no olvidar ni imitar”, R.D.C.O., Vol. 2000 (enero - diciembre), págs. 525 a 532.

<sup>186</sup> de DIOS, José Mª, “La Asistencia Jurídica Gratuita en Derecho Internacional Privado Español”, Madrid, Eurolex, 1999. Sobre el punto en detalle puede verse nuestro trabajo “Beneficio de Litigar Sin Gastos, Asistencia Judicial Gratuita y Caucción de Arraigo Cuando Intervienen Extranjeros en el Proceso”, Diario Judicial Juris - DJJ, 23/12/03, Sector Doctrina, Rosario, Juris, 2003, págs. 2 a 15.

<sup>187</sup> Ver. art. 118 de la ley 19550.

<sup>188</sup> BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, “El Papel de la Autoridad Central: Los Convenios de la Haya y España”, R.E.D.I., Vol. XLV – 1993, N° 1, págs. 63 a 79.

<sup>189</sup> Para ver en detalle, en Internet: <http://www.jus.mendoza.gov.ar/organismos/deci/>, 27/05/10.

<sup>190</sup> OYARZÁBAL, Mario, “Nuevos Desarrollos en el Procedimiento de Legalización de Documentos Extranjeros”, L.L., t. 2003-C, págs. 1426 y 1427.

<sup>191</sup> Ver. art. 75 inc. 17) de la C.N.



La producción normativa en materia de Cooperación Jurisdiccional Internacional en el ámbito Convencional en general y en particular, del que forma parte nuestra República es ciertamente muy amplio<sup>192</sup>.

En la cooperación jurisdiccional internacional el retroceso de la espacialidad estatal y el avance de la interpersonalidad se muestran en el arbitraje concebido como instancia jurisdiccional y la posibilidad de elegir las reglas del proceso, así como el facilitamiento de la ejecución de los laudos.

En el plano jurisdiccional no arbitral, puede vislumbrarse una flexibilización normativa y jurisprudencial orientada hacia todo lo que venimos describiendo<sup>193</sup>.

#### *D.- Dimensión dikelógica*

Toda Cooperación Jurisdiccional Internacional se asienta sobre el valor justicia, pero a su vez, creemos que en el análisis que hemos hecho y la propuesta de un “uso jurídico procesal”, sin contradecirse, puede también hablarse de un valor confianza<sup>194</sup>, que se integra con la justicia<sup>195</sup>.

Luego si intentamos ver las clases de justicia a las que se orienta la Cooperación Jurisdiccional Internacional Interpersonal, diremos que apunta a lo a lo consensual, dialogal y particular<sup>196</sup>.

El desarrollo del arbitraje marca una tendencia hacia la privatización del proceso, pero centrado en lo comercial<sup>197</sup>. Los aspectos que hacen a derechos civiles personales no patrimoniales siguen siendo “sensibles” para el Estado, sin embargo, la admisión en el proceso internacional de normas extranjeras o de adaptaciones a las circunstancias del caso, marca una tendencia hacia la “personalización” del proceso.

Dentro de los aspectos procesales de la justicia las garantías básicas cumplen un rol fundamental. Si observamos la normativa convencional, la interna y la comparada, se observará que es una materia donde existe uno de los más amplios consensos y definición de estándares mínimos dentro del marco de un Estado Democrático de Derecho<sup>198</sup>.

Esta estandarización, trasciende al mundo del derecho occidental, así Estados como Israel o los países musulmanes con sistemas laicos como Siria, Jordania, Líbano o

<sup>192</sup> Puede consultarse el ámbito convencional completo y de forma oficial en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, en Internet: [www.mrecicgov.ar](http://www.mrecicgov.ar), 26/05/10.

<sup>193</sup> Puede verse nuestro trabajo “Cooperación Jurisdiccional Internacional – Primer y Segundo Grado de Cooperación en la República Argentina”, Ábaco de Rodolfo Depalma, en prensa.

<sup>194</sup> La confianza, que implica un confiar, no es otra cosa que poner en manos de otro una tarea, teniendo la esperanza de que lo hará bien.

<sup>195</sup> Sobre la conexión e integración de una virtud con otra, que en lo objetivo nosotros aquí lo tratamos como valor ver: de AQUINO, Tomás St., Suma de Teología, Parte I-II, Tratado de las Virtudes, C.65.a.1, Madrid, B.A.C., 1989, t. II, págs. 485 y ss. También: PIEPER, Josef, “Las virtudes fundamentales”, 8ª ed., Madrid, RIALP, 2003. Y desde la teoría trialista: GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia: dikelógica”, Madrid, Aguilar, 1958.

<sup>196</sup> En su fundamentación nos remitimos a todo lo expreso arriba.

<sup>197</sup> Ver por ej. Acuerdo Sobre Arbitraje Comercial del MERCOSUR o la Convención de Nueva York de 1958 Sobre Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.

<sup>198</sup> Un análisis en el ámbito interamericano de lo que decimos puede verse en CLAUDE, Richard P, “Comparative human rights”, Baltimore, Johns Hopkins Univ., 1976; O’DONELL, Daniel, “Derecho internacional de los Derechos Humanos – Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas Universal e Interamericano”, Bogotá, Alejandro Valencia Villa, 2004; ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS – Oficina de Colombia. Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos, Bogotá, 2002. También Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos al estado colombiano, en especial, el capítulo destinado al recurso judicial efectivo.

en general los países del norte de África, poseen sistemas procesales que se ajustan a los parámetros de garantías hoy universales<sup>199</sup> y por lo tanto a la personalización.

### *III.- Conclusiones*

El Derecho Procesal Internacional y en este caso la cooperación jurisdiccional pone en acto “las respuestas jurídicas y vitales” la realización concreta del Derecho Interpersonal Privado; cuando estamos en el plano judicial encuentra en el Derecho Procesal Interpersonal sus conectores de funcionamiento.

Si se asume al Derecho Internacional Privado como Interpersonal y a modo Intercultural Privado, la clásica regla procesal, donde los actos se ordenan conforme a la ley del juez requirente y se diligencian acorde a la ley del requerido pasa a tener una relatividad, donde el tomar la interculturalidad nos lleva a concebir que no solamente debemos aplicar el derecho sustancial extranjero tal como lo aplicaría el juez extranjero, sino que debo ver al proceso como un modo de respuesta jurídica donde los aspectos espaciales, temporales, personales y materiales del Derecho Procesal Internacional y de la Cooperación Jurisdiccional Internacional como parte de él, deben tener una consonancia en la manera como lo haría el juez extranjero. Puede resumirse diciendo que el uso jurídico también debe aplicarse al proceso.

Toda Cooperación Jurisdiccional Internacional se asienta sobre el valor justicia, pero a su vez, en la propuesta de un “uso jurídico procesal”, puede también hablarse de un valor “confianza” que, sin contradecirse, se integra con la “justicia”.

En definitiva, admitir las leyes procesales extranjeras es un nuevo paso hacia el pleno Derecho de la Tolerancia.

<sup>199</sup> Un análisis normativo comparado actual puede consultarse en: ZAHER, Khalid, “Conflit de civilisations et droit international privé”, París, Logiques Juridiques, 2009.

## COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL DE SEGUNDO GRADO.

Javier REINICK (\*)

**Resumen:** En la actualidad, la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado constituye una herramienta indispensable y de uso cada vez más frecuente en la administración de justicia, garantizando la eficacia y la validez de las decisiones nacionales y extranjeras. Por otro lado, constituye también un elemento trascendental dentro de los procesos de integración regional. Sin embargo, este fenómeno se caracteriza legislativamente en nuestro país por: a) la existencia de una gran dispersión normativa a nivel convencional y b) la carencia absoluta de normas específicas que lo regulen en la fuente interna. Ante esta situación, consideramos que resulta de suma utilidad determinar, en primer lugar, la naturaleza federal o local de las normas de cooperación en materia cautelar y en segundo lugar, delimitar adecuadamente las potestades legislativas de la Nación y de las provincias sobre la materia. Dicho esfuerzo resulta de vital importancia para la República debido a su forma federal de gobierno y a los fines de optimizar la administración de justicia internacional, evitando demoras e inconveniente en la tramitación de las medidas cautelares internacionales.

**Palabras claves:** Medidas Cautelares – Internacional – Competencias legislativas.

**Abstract:** At present, the international jurisdictional cooperation of second degree is an essential tool that is being used more frequently in the administration of justice, ensuring the effectiveness and validity of domestic and foreign decisions. Besides, it is also an essential element in the regional integration processes. However, the legislation of this phenomenon is characterized in our country by: a) the existence of a large amount of international conventions and b) the complete lack of specific domestic rules that regulates it. As a result of that, we consider that it is extremely useful to determine, first, the federal or local nature of the international cooperation rules and second, to delimit the legislative powers that the Nation and the provinces have on this matter. This task is vital for the Argentina Republic because of its federal government and in order to optimize the international justice administration, avoiding delays and inconvenience in the execution of the international injunctions.

**Key words:** Injunctions - International – Legislative Powers.

### *I.- Introducción*

El presente trabajo pretende delimitar las competencias legislativas que corresponden al gobierno nacional y a las provincias en materia de cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado. El correcto delineamiento de las facultades procesales entre la Nación y las provincias tiene una gran importancia en países como el nuestro que han adoptado la estructura federal de gobierno.

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

De por sí, la cuestión procesal dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado ha generado grandes debates doctrinarios y ha sido el foco de atención de numerosos artículos. Ello, sumado a la cada vez mayor cantidad de medidas cautelares provenientes del extranjero y requeridas por nuestros propios jueces, demanda imperiosamente la necesidad de profundizar los estudios sobre dicha temática.

Sin embargo y según analizaremos más adelante, nuestro país posee actualmente una gran laguna normativa interna respecto de este grado de cooperación jurisdiccional internacional, lo cual no solo genera grandes problemas en la administración de justicia, sino que además provoca, no pocas veces, una absoluta ineficacia de la medida internacional. En virtud de ello, consideramos que resulta necesario el dictado de normas internas que colmen las lagunas existente en la materia y permitan organizar, agilizar y efectivizar la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado en nuestro país. Por ello, fervientemente creemos que el presente trabajo al establecer la correcta delimitación de las competencias entre el Estado nacional y los Estados provinciales constituirá el primer paso para solucionar los inconvenientes que presenta nuestro actual sistema.

En virtud de todo lo expuesto, parece adecuado y justificado, realizar un esfuerzo tendiente a lograr esclarecer los puntos grises sobre la materia.

Por último y si bien el presente trabajo está orientado y basado en la legislación Argentina, no debemos olvidar que el mismo tiene vocación universal y resultará también de interés para todos aquellos países que han adoptado un régimen federal de gobierno similar al de la República Argentina.

## II.- Desarrollo

Una visión moderna e integral del Derecho Internacional Privado sostiene la íntima vinculación de éste con el Derecho Procesal; de modo tal que “fondo” y “forma” concurren con el objeto de arribar a la solución justa de un caso jusprivatista internacional. En este sentido, afirma Ciuro Caldani que “...pretender apartar el Derecho de fondo de la forma en que se realiza es una aspiración irrealizable y esterilizante, sólo posible en virtud de una desviación racionalista; la forma es el continente en que se realiza el espíritu del Derecho de fondo, y como ocurre en toda obra humana el límite formal y el contenido son inseparables”<sup>200</sup>.

En la actualidad, por lo tanto, el Derecho Internacional Privado se presenta como una estructura compleja, integrada tanto por “el fondo” como por “la forma”. Es que solamente a través de los senderos trazados por “la forma” el derecho de “fondo” alcanzará su cometido. En este sentido y conforme a esta moderna concepción, “...fondo y forma son momentos de la vida integral del Derecho que solo las perspectivas científicas Derecho *de fondo* y Derecho Procesal muestran a veces como sectores aislados”<sup>201</sup>. En definitiva, la necesidad de fraccionar el derecho surge como

<sup>200</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción internacional)”, en “La Ley”, t. 1975 - A, Buenos Aires, 1974, pág. 1048.

<sup>201</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Un caso de Derecho Procesal Internacional Privado”, en “El Derecho”, t. 112, Buenos Aires, 1985, pág. 417. Continúa el autor diciendo: “El reconocimiento de la relación entre *fondo* y proceso es imprescindible para asegurar el verdadero sentido humanista del Derecho, o sea para tomar realmente al hombre como fin y no como medio, según lo exige el valor justicia” (pág. 419). Y agrega que: “En suma puede decirse que la indebida distinción radical entre *fondo* y proceso puede llevar a la burla de todos los despliegues de valor de las ramas jurídicas de *fondo* y del Derecho en su conjunto. En el área del Derecho Internacional Privado, puede conducir a olvidar los propósitos de cooperación, solidaridad, orden y coherencia internacionales, justicia *particular*, unicidad y

resultado de las propias limitaciones humanas con el objeto de facilitar un mejor entendimiento y estudio del mismo. Sin embargo, ello no debe llevarnos a la confusión respecto de la verdadera naturaleza del derecho, cuyas ramas forman parte de un todo integral, uniforme e indivisible.

En concordancia con esta línea de pensamiento, podemos destacar ya como elemento sustancial del Derecho Internacional Privado en general y del proceso internacional en particular, el denominado fenómeno de *Cooperación Jurisdiccional Internacional o Transposición Procesal*. Es éste, sin lugar a dudas, un claro ejemplo de cómo “fondo” y “forma” confluyen para alcanzar la solución justa y efectiva del caso jusprivatista internacional.

La cooperación jurisdiccional internacional puede ser entendida como “el mecanismo por el cual las autoridades competentes de los Estados se prestan auxilio recíproco para ejecutar en su país actos procesales que pertenecen y por lo tanto están destinados a integrarse, a procesos que se llevan a cabo en el extranjero”<sup>202</sup>. Otra definición reza que consiste en “la realización de un acto procesal singular, en el curso de un proceso pendiente, por un órgano jurisdiccional distinto de aquél que conoce el proceso y ha de fallarlo a requerimiento de éste”<sup>203</sup>.

A su vez, resulta importante recordar que la solicitud de auxilio judicial y/o jurisdiccional (por medio de autoridades no judiciales) efectuada por un Estado soberano a otro no es un fenómeno reciente, sino que por el contrario constituye una práctica internacional de antigua data<sup>204</sup>. Sin embargo, no escapa a nadie el hecho de que en la actualidad es una herramienta indispensable y de uso cada vez más frecuente en la administración de justicia, garantizando la eficacia y la validez de las decisiones extranjeras.

Es tal vez por ello que la cooperación jurisdiccional internacional ha despertado en el último tiempo la atención de los estudiosos de la materia, quienes han utilizado diversos criterios para clasificarlos<sup>205</sup>. Sin perjuicio de ello, una clasificación ampliamente aceptada y seguida por el presente trabajo, es aquella que distingue en tres los grados de cooperación atendiendo a la diversa intensidad de compromiso y acción que implica la medida para el órgano jurisdiccional requerido<sup>206</sup>. En otras palabras, se pone el acento en el órgano internacional requerido y no en el requirente.

Según la mencionada clasificación, podemos destacar *un primer grado de cooperación*, compuesto por aquellos actos que conllevan un mínimo esfuerzo y compromiso por parte del órgano requerido. En este primer grupo se encuentran: a) los meros actos de notificación, b) los requerimientos efectuados a un Estado extranjero para que informe sobre la situación actual de su derecho y c) los actos dirigidos a la

tolerancia del Derecho de *fondo*, permitiendo que crezcan indebidamente el poder, la planificación, el orden y la coherencia nacionales, la justicia *general* y la autoridad”.

<sup>202</sup> VESCOVI, Eduardo, “Derecho Procesal Internacional”, Montevideo, Idea, 2000, pág. 90.

<sup>203</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Práctica Procesal Civil Internacional”, Granada, Comares, 2001, pág. 249.

<sup>204</sup> UZAL, María Elsa, “Algunas reflexiones sobre temas de derecho procesal internacional”, en “La Ley”, t. E, Buenos Aires, 1988, pág. 1075.

<sup>205</sup> Se puede ver. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “La Cooperación Jurisdiccional Internacional con especial referencia al ámbito del Mercosur y al Derecho Uruguayo”, en “DeCITA”, N° 04 - 2005, Buenos Aires, Zavalía, 2005, pág. 363; DE HEGEDUS, Margarita, “Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar”, en LANDONI SOSA, Ángel (dir.), “Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur”, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1997, pág. 166; POCAR, Fausto, “L’Assistenza Giudiziaria Internazionale in Materia Civile”, Padova, CEDAM, 1967, pág. 9.

<sup>206</sup> FEUILLADE, Milton, “Concepción normológica de la problemática científica de la cooperación jurisdiccional internacional de primer y segundo grado”, en “Investigación y Docencia”, N° 41, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2008, pág. 52.

obtención y aseguramiento de pruebas en el extranjero. Luego y ya en *un segundo grado de cooperación*, encontramos aquellos actos que no son ya de mero trámite, sino por el contrario, implican un mayor compromiso por parte del órgano requerido, exigiendo incluso una evaluación “a priori” del derecho invocado. En este segundo grupo situamos las medidas cautelares realizadas en el extranjero. Por último y dentro de esta clasificación, *el tercer grado de cooperación jurisdiccional internacional* está compuesto por aquellos actos dirigidos al reconocimiento y ejecución de decisiones y sentencias extranjeras (exequátur), lo que representa el máximo grado de compromiso posible por parte del órgano extranjero requerido.

Según se vislumbra de la clasificación antes mencionada, “la cooperación jurisdiccional internacional va variando en sus tres grados de intensidad, actuando el juez requerido en el primer grado como un mero auxiliar del proceso principal”<sup>207</sup>. En cambio, el órgano requerido adquiere una mayor participación en el segundo grado de cooperación al tratar ya con medidas cautelares, hasta convertirse finalmente en un juez principal en el tercer grado de cooperación al momento de tener que tramitar mediante el proceso de exequátur el reconocimiento de una decisión foránea. Juez principal que posee, sin embargo, la limitante de no poder revisar el fondo<sup>208</sup>.

En el presente trabajo nos centraremos fundamentalmente en el fenómeno transposición procesal en su segundo grado de intensidad.

Según es posible observar, la materia cautelar internacional presenta, como segundo grado de cooperación, un altísimo nivel de intensidad y compromiso para el juez u órgano requerido, ya que “...implica tomar medidas de coerción en una jurisdicción sobre la base de una decisión tomada en otra”<sup>209</sup>. Esto ha llevado incluso a que parte de la doctrina sostenga, no sin motivaciones válidas, que las medidas cautelares solicitadas por un juez extranjero, basadas muchas veces en un derecho que se presenta como verosímil pero en procesos no concluidos, implican, para el órgano requerido, un compromiso incluso mayor que el del propio exequátur<sup>210</sup>.

Es tal vez por este motivo que no se podido llegar aún, en el marco de la Conferencia de la Haya, a un consenso internacional de amplia recepción para establecer un marco convencional mundial sobre la materia<sup>211</sup>, más allá de algunas consideraciones que se han hecho respecto de la aplicación de la Convención de la Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil a la materia<sup>212</sup>.

Por lo tanto, en cuanto a su estado normativo, la cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado presenta las siguientes características: a) la existencia de

<sup>207</sup> FEUILLADE, Milton, “Derecho procesal internacional y cooperación jurisdiccional internacional”, en “Zeus”, t. 105, N° 8279, Rosario, 26 de Sep. de 2007, pág. D - 48.

<sup>208</sup> Íd., pág. D - 48.

<sup>209</sup> FEUILLADE, Milton y REINICK, Javier, “Las medidas cautelares en el Derecho Internacional Privado del Trabajo”, en “Revista Derecho del Trabajo”, Año LXXI, N° 1, Buenos Aires, La Ley, Enero de 2011, pág. 35.

<sup>210</sup> FUENTES CAMACHO, Víctor, “Las Medidas Provisionales y Cautelares en el Espacio Judicial Europeo”, Madrid, Eurolex, 1996, pág. 16; FEUILLADE, “Concepción...”; cit.; págs. 49 a 60.

<sup>211</sup> FORNER DELAYGUA, Joaquim Joan, “Hacia un convenio Mundial de Exequátur”, Madrid, Bosch, 1999; págs. 472 y GONZÁLEZ PEREIRA, Oscar; “Cooperación Cautelar en el Derecho Internacional Privado”, J. A., t. 2000, Vol. III, pág. 1243.

<sup>212</sup> Tal es la postura por ejemplo de BOGGIANO, Antonio, “Curso de Derecho Internacional Privado: derecho de las relaciones privadas internacionales”, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2000, pág. 194, quien entiende que la Convención de la Haya sobre Procedimiento Civil de 1954, aprobada por la Argentina por ley 23.502, podría resultar aplicable a las medidas cautelares en virtud de la amplitud de su artículo 8, a pesar de que reconoce la falta de tratamiento específico del tema en ella.



una gran dispersión normativa a nivel convencional<sup>213</sup> y b) la carencia absoluta de normas específicas que lo regulen en la fuente interna; situación que se ve dramáticamente agravada por la coexistencia un multiplicidad de códigos procesales provinciales.

Ante la mencionada situación normativa y la imperiosa necesidad de normas que regulen este fenómeno, consideramos de vital importancia determinar, en primer lugar, la naturaleza federal o local de este tipo de normas y en segundo lugar, delimitar las potestades legislativas de la Nación y de las provincias sobre la materia.

Con el objeto de dilucidar las cuestiones planteadas, debemos recurrir indudablemente a nuestra carta magna. Allí se observa, y no resulta ser un hecho menor, que la misma no establece norma específica alguna sobre la materia. Sin perjuicio de ello, consideramos que esta problemática puede y deber ser resuelta a través de la distribución de competencias establecidas por el legislador constituyente.

A su vez, debemos recordar que la Constitución Nacional resulta clara al expresar en su artículo 1 que "...adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal". No escapa a nadie, el hecho de que nuestro país está organizado políticamente bajo una estructura federal "...en la cual las provincias concurrieron a la sanción de la Constitución en su carácter de estados autónomos y ésta les reservó todas aquellas atribuciones cuyo ejercicio no era necesario para el funcionamiento del poder central constituido"<sup>214</sup>. En otras palabras, la organización interna del Estado Nacional está compuesta por la coexistencia de distintos poderes y competencias distribuidas entre el Estado Nacional y los Estados Provinciales<sup>215</sup>. Esta organización política se ve ratificada y complementada por el artículo 121 CN cuando expresa que las "...provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". Como consecuencia de ello, se sienta aquel principio general, ampliamente conocido en nuestro país, en virtud del cual todas las facultades transferidas por los gobiernos locales al Estado Nacional se encuentran taxativamente enumeradas en la Constitución Nacional, ya sea en forma expresa y determinada, o de manera implícita "...cuando su ejercicio es el medio indispensable para llevar a cabo un poder expresamente conferido, o cuando hay incompatibilidad entre el ejercicio simultáneo del mismo por parte de la Nación y de las provincias"<sup>216</sup>. En resumen y más concretamente, los poderes delegados al Gobierno Central son limitados y definidos, permaneciendo en cabeza de las provincias el denominado poder residual, es decir todo aquello que no fuera expresa o implícitamente trasladado por la Constitución Nacional al gobierno central.

Por último y estrechamente relacionado con la problemática del presente trabajo, debemos destacar que en materia de justicia y según reza la Constitución

<sup>213</sup> Entre las fuentes convencionales internacionales que regulan el fenómeno de cooperación jurisdiccional de segundo grado en nuestro país se destacan: los tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, la CIDIP II sobre Ejecución de Medidas Preventivas y el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares entre los Estados Parte del MERCOSUR.

<sup>214</sup> UZAL, op. cit., pág. 1076.

<sup>215</sup> En palabras de Bidart Campos, la adopción por parte de un Estado de la forma federal "importa una relación entre el *poder* y el *territorio*, en cuanto el poder se *descentraliza políticamente con base física, geográfica o territorial*... El Federalismo significa una combinación de dos fuerzas: la *centrípeta* y la *centrífuga*, en cuanto compensa en la *unidad* de un solo estado la *pluralidad* y la *autonomía* de varios. El estado federal se compone de muchos estados miembros (que en nuestro caso se llaman "provincias"), organizando una dualidad de *poderes*: el del estado federal, y tantos locales cuantas unidades políticas lo forman" (BIDART CAMPOS, German J., "Manual de la Constitución Reformada" t. I, 4ª Edición, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2003, págs. 437 y 438).

<sup>216</sup> UZAL, op. cit., pág. 1076.

Nacional, las provincias se han reservado la facultad de establecer su propia organización judicial y dictar sus propios códigos procesales<sup>217</sup>.

Del análisis sistemático de las disposiciones antes mencionadas y conforme a la composición federal de la República, debemos concluir que *las normas de fuente internas de cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado* son de naturaleza local y permanece dentro de la esfera de facultades no delegadas por las provincias a la Nación<sup>218</sup>. Resulta forzoso arribar a dicha conclusión, toda vez que no existe norma alguna que determine, expresa o implícitamente, que esta materia ha sido encomendada al gobierno nacional.

Conforme al esquema trazado y atento a la carencia normativa antes referida, podemos concluir que es responsabilidad de las provincias legislar en el ámbito interno sobre la materia de medidas cautelares internacionales. Sin embargo, dichas regulaciones deberán siempre atender a las particularidades propias de la materia - *ceñida por su carácter internacional y respeto al elemento extranjero*- y contribuir, en definitiva, a la realización “justa” del derecho de fondo. No debemos olvidar que “...la comunidad jusprivatista internacional presenta conflictos y amenazas propios, diferentes de los conflictos y amenazas de las comunidades jusprivatistas internas”<sup>219</sup>. Será ésta materia del Derecho Procesal Internacional Privado<sup>220</sup>.

Por otra parte, consideramos que si bien resultan loables todos aquellos intentos que propugnan la uniformidad legislativa en materia de Derecho Procesal Internacional Privado con el fin de alcanzar una mejor administración de justicia, ello no puede justificar de modo alguno violentar la distribución de competencias efectuadas por nuestra constitución. El fin no justifica los medios. Además, nada obsta a que las provincias trabajen en forma mancomunada con el objeto de unificar las normas

<sup>217</sup> Artículo 5 CN: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

<sup>218</sup> En principio consideramos que esta afirmación puede ser realizada en forma extensiva a las normas de los tres grados de cooperación jurisdiccional internacional, lo cual se observa con mayor claridad en el tercer grado de cooperación, debido a que todos los Códigos Procesales provinciales poseen disposiciones relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias y decisiones extranjeras. Cuestión distinta y ampliamente debatida en la doctrina es la relativa a la naturaleza federal o local de la norma de jurisdicción internacional. Sobre esto último puede ver UZAL, op. cit., págs. 1075/1080; BOGGIANO, op. cit., t. I, pág. 100 y ss.; FEUILLADE, Milton, “Competencia Internacional Civil y Comercial – Elementos Judiciales en el Proceso Internacional”, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, págs. 49/53.

<sup>219</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado”, en “Investigación y Docencia”, N° 14, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1989, pág. 29.

<sup>220</sup> “El Derecho Procesal Internacional Privado organiza y orienta la propia administración (“fori”) de justicia para que aun en el marco “formal”, con predominio de soluciones territoriales y normas directas, se respete al elemento extranjero mediante un proceso con caracteres específicos... La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado se evidencia cuando las normas del Derecho Procesal aparentemente Civil, Comercial o Laboral (o sea del Derecho Procesal Interno) son sometidas a una interpretación sistemática para los casos jusprivatistas internacionales, pues el subordinamiento normativo procesal es dependiente desde cierta perspectiva del subordinamiento “de fondo”...” (CIURO CALDANI, “La existencia...”, cit., págs. 28 y 30). “El «Derecho Procesal Internacional»... se trata de un conjunto de normas procesales internas que han sido promulgadas por el legislador en función de la existencia de otros Estados soberanos (Morelli) y que, por tanto, regulan instituciones procesales en cuanto tengan relación con esos Estados” (CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín, “Derecho Procesal Civil Internacional (ordenamiento español)”, Madrid, Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas”, 1981, pág. XVII.

procesales internacionales, estableciendo criterios comunes y uniformes que garanticen un mejor y más eficaz funcionamiento de la justicia<sup>221</sup>.

A su vez y si bien hemos manifestado que nuestra visión del Derecho Internacional Privado implica reconocer la existencia de una estrecha relación entre el fondo y la forma, ello tampoco resulta argumento suficiente a los efectos de atribuir la mencionada competencia legislativa al Estado Nacional en desmedro de las provincias. Sostenemos que la sola presencia del elemento extranjero entorno a las medidas cautelares no justifica tal acto. Sin desconocer la existencia de numerosas disposiciones procesales existente en la legislación de fondo<sup>222</sup> y escapando a los fines del presente trabajo el análisis constitucional de ellas, consideramos que en materia de medidas cautelares internacionales, el derecho de fondo debe cumplir su fin dikelógico sin menoscabar las competencias legislativas de las provincias. No es cierto que en este ámbito las normas locales obstaculicen, e incluso desnaturalicen, la estructura sistemática e integral de las disposiciones de fondo, ni que la falta de uniformidad legislativa ponga en riesgo el derecho sustancial y el respeto al elemento extranjero. Será, en última instancia, tarea de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejercer el debido control constitucional de las normas procesales internacionales provinciales<sup>223</sup>. También rechazamos cualquier intento de colocar en cabeza de la Nación esta competencia legislativa bajo el pretexto de asegurar con mayor eficacia el cumplimiento del derecho de fondo.

Hasta aquí hemos estudiado la naturaleza de la norma *interna* de cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado con su correspondiente competencia legislativa. Sin embargo, consideramos que un análisis diferente debe ser realizado respecto de las normas de fuente *convencional* internacional. Según la organización política de la República, las mismas no pueden permanecer en la esfera de competencias exclusivas de las provincias, sino por el contrario sostenemos que se trata de una competencia concurrente entre la Nación y los gobiernos locales. A nuestro entender, resulta evidente que el Estado central posee la facultad de celebrar tratados internacionales sobre esta materia. Esto es así, toda vez que el gobierno nacional es el encargado de la conducción de las relaciones exteriores con los demás Estados y organismos internacionales<sup>224</sup>.

A su vez y ratificando lo antes dicho, el artículo 75 inc. 24 CN dispone expresamente que corresponde al Poder Legislativo de la Nación "...aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los

<sup>221</sup> Consideramos que un claro ejemplo en el ámbito interno de ello se dio con la ley 22.172 sobre comunicaciones entre tribunales de distintas provincias.

<sup>222</sup> Entre otras en: el Código Civil -en materia de alimentos (arts. 375 y 376), acciones posesorias (art. 2469 y ss.), insania (arts. 140 a 150), separación personal y divorcio (arts. 170, 185, 215, 216, 227 a 239), etc.-, ley 1.919 - Código de Minería, ley 14.394 sobre Bien de Familia, Edad de Matrimonio y Ausencia con Presunción de Fallecimiento, ley 24.522 sobre Concursos y Quiebras, ley 12.962 sobre Prenda con Registro, etc.

<sup>223</sup> Artículo 116 CN: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero".

<sup>224</sup> Artículo 99 CN: "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:... 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules...".

derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes...”. La presente norma se ve a su vez complementada por los denominados “poderes implícitos” reconocidos en el inc. 32 del mismo artículo<sup>225</sup>.

Según se observa, la Constitución ha puesto en cabeza del gobierno nacional la responsabilidad de construir no sólo espacios comunes de integración económicos, sino también de justicia, de circulación (de personas, capitales, bienes, servicios, etc.), de seguridad, etc.

Es por ello, que el parlamento nacional puede ratificar, dentro de las limitaciones indicadas por la Constitución Nacional, tratados de integración en los que se deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales. En otras palabras, posee la facultad de restringir, por vía convencional, la soberanía del Estado Nacional, aceptando la autoridad de otros poderes supranacionales. Atento a ello y en virtud de aquel principio ampliamente conocido de que “quien puede lo más, puede lo menos”, afirmamos que el gobierno nacional también se encuentra capacitado para concretar tratados de cooperación jurisdiccional con otros Estados extranjeros.

En la actualidad, resulta imposible argumentar que la administración internacional de justicia es una materia exclusiva y no delegada por las provincias. Esto es así, toda vez que la misma se encuentra estrechamente vinculada con los procesos de integración. Por ello y conjuntamente con Villagrán Kramer, consideramos que el enfoque tradicional de la administración de justicia debe ceder espacio ante la creciente internacionalización de estos procesos, evitando la obstaculización de los mismos<sup>226</sup>.

Sin lugar a dudas, estamos en presencia de un claro ejemplo de poder implícito del gobierno nacional, ya que resultaría prácticamente imposible ejercer las facultades delegadas por el artículo 75 inc. 24 CN sin garantizar, previamente, la correcta y efectiva administración de justicia entre los diferentes estados.

Los procesos de integración requieren ya no sólo de las clásicas libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, sino que también reclaman una armonización legislativa de los Estados Partes, una especial dinámica en *la libertad de “transposición”* de los fenómenos jurídicos y una efectiva cooperación judicial internacional<sup>227</sup>. Claro ejemplo de ello lo constituyen el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>228</sup> y el “Tratado de Asunción” de 1991<sup>229</sup>.

<sup>225</sup> Artículo 75 inc. 32 CN: “Corresponde al Congreso:... Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

<sup>226</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco, “Los procesos de integración económica y la justicia”, en “Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe”, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, pág. 241 citado en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Los Protocolos de Cooperación Jurisdiccional y de Medidas Cautelares del Mercosur”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Vol. 1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, págs. 582 y 583.

<sup>227</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pág. 74. Continúa el mencionado autor afirmando que el primer gran pilar que sentó la Unión Europea en materia de Derecho Internacional Privado fue el Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y que resulta “altamente significativo que la vocación de integración económica se apoyara no sin dificultades, pero con relativa rapidez, en la formación de un espacio procesal relativamente común”.

<sup>228</sup> Dicho tratado reza en su art. 3 que para alcanzar los fines de integración, la Comunidad deberá trabajar en “...la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común...”.

<sup>229</sup> Este tratado suscrito por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, establece expresamente en el art. 1 que los Estados partes asumen el compromiso de “...armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

En el mundo actual, el fenómeno de transposición procesal constituye un elemento vital dentro de los procesos de integración. Cooperación y armonización legislativa constituyen pilares fundamentales de cualquier intento de integración superior. Solamente mediante un adecuado y equilibrado reparto de competencias y delegaciones institucionales podemos anhelar avanzar a una mayor integración regional. Una interpretación diferente llevaría a obstaculizar, e incluso impedir, estos procesos cada vez más frecuentes del mundo globalizado.

En definitiva, consideramos que es una facultad concurrente entre la Nación y las Provincias la celebración de tratados internacionales en materia de cooperación internacional de segundo grado. Sin perjuicio de ello, no debemos olvidar que los tratados siempre deberán respetar los límites ya indicados respecto de las normas de fuente interna y deberán estar en concordancia con las normas jerárquicamente superiores.

Por su parte y habiendo alcanzado la cooperación el rango de costumbre del derecho internacional<sup>230</sup>, consideramos que siempre deberá primar el espíritu que promueva el auxilio jurisdiccional internacional, siendo por lo tanto facultad de las provincias dictar normas o celebrar tratado que favorezcan la cooperación con otros Estados<sup>231</sup>, respetando siempre el límite establecido por el orden público internacional<sup>232</sup>.

### *III- Conclusiones*

A modo de conclusión, podemos decir que: 1) La precisa delimitación de las facultades procesales internacionales entre la Nación y las provincias presenta una gran importancia para nuestro país debido a su forma federal de gobierno. 2) La materia de cooperación jurisdiccional internacional de segundo grado se caracteriza por: a) la

<sup>230</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Notas Jusfilosóficas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Pronunciamientos Jurisdiccionales Extranjeros” en “Investigación y Docencia”, N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, pág. 66.

<sup>231</sup> Un claro ejemplo de esto son los grandes esfuerzos que ha realizado el Departamento de Cooperación Internacional de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (De. C. I.) tendientes a reducir las demoras que implicaba la tramitación por vía normal de los exhortos internacionales con el país vecino de la República de Chile. Sobre esto puede v. STOCCO, Roberto, “Derecho procesal internacional: departamento de cooperación Internacional de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (República Argentina) como factor movilizador de la asistencia judicial internacional. Actualización”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Vol. 2003, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 30 de Agos. de 2004, págs. 247 a 254.

<sup>232</sup> Entendemos que en materia de cooperación jurisdiccional internacional el orden público internacional debe ser restringido a la mínima expresión posible y solo en aquellos casos excepcionales donde una medida requerida se muestra “manifiestamente” contraria a él, la misma podrá ser modificada, limitada o rechazada. El orden público internacional deberá ser concebido como un conjunto de principios y no de normas. Recordamos que tanto el art. 12 de la CIDIP II, como el art. 17 de Ouro Preto, utilizan no sin intencionalidad la palabra “manifiestamente”. Esto se condice con el art. 5 de la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado que dispone: “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público”. A su vez, Margarita Argúas, explica que el término “manifiestamente” importa una incompatibilidad que debe saltar a los ojos del juez (ARGÚAS, Margarita, “Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales”, publicación de la Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 13/ 10/1977, págs. 23-24). En el ámbito comparado, el orden público así expresado lo encontramos en ordenamientos legislativos como la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, al decir en el art. 27: “manifiestamente incompatible con el orden público suizo”, de allí que autores como BUCHER, Andreas, “Droit International Privé Suisse”, Tome I/1, Ed. Helbing & Lichtenhahn S. A., Alemania, 1998, pág. 212, lo denominen como “orden público atenuado”.

existencia de una gran dispersión normativa a nivel convencional y b) la existencia de lagunas en el ámbito interno. 3) Atento a ello, resulta imperioso el dictado de normas que permitan organizar, agilizar y efectivizar dicha cooperación en la República. 4) Las normas de fuente internas de cooperación jurisdiccional internacional en materia cautelar son de naturaleza local y permanece dentro de la esfera de facultades no delegadas por las provincias a la Nación. 5) Situación diferente se presenta respecto de la elaboración de normas de fuente convencional internacional, ya que es una facultad concurrente entre la Nación y las provincias la celebración de tratados internacionales en materia de cooperación internacional de segundo grado. 6) Las normas elaboradas deben considerar las particularidades propias de la materia -ceñida por su carácter internacional y respeto al elemento extranjero- y contribuir, en definitiva, a la realización “justa” del derecho de fondo. 7) La administración internacional de justicia se encuentra estrechamente relacionada con los procesos de integración, que demandan una especial y efectiva cooperación judicial internacional entre los Estados partes. 8) La cooperación internacional posee el rango de costumbre del derecho internacional, motivo por el cual deberá siempre primar el principio de auxilio jurisdiccional internacional y sólo en casos excepcionales se podrá restringir, modificar, adaptar o rechazar una medida por ser “manifiestamente” contraria al orden público internacional.

## **SITUACION DE LOS CREADORES VISUALES DE IMAGEN FIJA. EL DROIT DE SUITE. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA A LA LEY 11.723 ”.**

Andrea IMBROGNO (\*)

**Resumen:** La implementación, regulación y la gestión colectiva del derecho de remuneración -o droit de suite- a favor de los artistas plásticos de imagen fija, es una deuda pendiente con este tipo de creadores que se ven en una situación de mayor fragilidad en relación con los autores de otras ramas del arte. Si bien la creación plástica está ubicada dentro de las primeras creaciones artísticas del hombre, su remuneración por los aumentos de valor en sus sucesivas ventas y uso comercial de las obras, es de las más resistidas. El Convenio de Berna recién la contempla, con carácter optativo y bajo condición de reciprocidad en el año 1948 y las Directivas de la Comunidad Europea la recepta en el año 2001: Sin embargo se hace difícil su efectivización sin organismos de gestión colectiva que se ocupen del seguimiento de las obras. En Argentina existe un proyecto de ley que promueve su recepción que no llegó a su tratamiento definitivo. Esta reforma, de sancionarse, deberá estar acompañada de entes de gestión que agrupen a los artistas plásticos en defensa de sus derechos.

**Abstract:** The implementation, regulation and collective management of the right to remuneration -or droit de suite- in favour of plastic artists of fixed image, is a pending debt to this kind of creators whose situation is more fragile than the situation of those authors involved in other art branches. Though plastic creation is among the first artistic creations of man, remuneration has been strongly resisted when artworks have increased their value because of their successive resales and commercial use. The Berne Convention only just provides for it, with optional character and under reciprocity condition, in the year 1948 and the European Union Directives receive it in the year 2001. However, it is difficult to make it effective without any collective management entities which can follow up the artworks. In Argentina there is a bill promoting its reception that has not been definitively treated. This reform, if it is approved, will have to be accompanied by management entities where plastic artists can gather to defend their rights.

**Palabras clave:** derecho de autor, artistas plásticos, gestión colectiva, participación, Convenio de Berna.

**Key words:** copyright, plastic artists, collective management, participation, Berne Convention.

“La inmensa riqueza de la creación de las mentes más lúcidas, desinteresadas y generosas de la humanidad, eran mar abierto a la piratería organizada de quienes sin escrúpulos se benefician con los frutos de una labor cumplida muchas veces bajo el signo del dolor: dolor íntimo y fecundo de crear, que a menudo agota reservas vitales y mina los organismos físicos”. Roberto Noble.

\*) Docente de la Cátedra Derechos Reales e Intelectuales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.



## *I.- Introducción*

Los derechos de autor, pese a contar con un antiguo reconocimiento normativo,<sup>233</sup> continúan recibiendo fuertes embates de parte de distintos sectores sociales y económicos que atacan fundamentalmente, su faz patrimonial. Algunas de estas reacciones provienen de diversas corrientes de pensamiento que enfrentan al derecho de autor con el derecho de libre acceso a la cultura, las cuales incrementadas por el uso multitudinario de Internet, han despertado nuevas voces<sup>234</sup> que objetan el derecho de remuneración que le corresponden a los creadores por el aprovechamiento de su obra.

Estos cuestionamientos, en gran medida obedecen al considerable lugar que el derecho de autor ocupa en el comercio internacional de intangibles, así como a los fuertes intereses económicos que intervienen en su comercialización. Sin embargo, y paradójicamente, estas corrientes que invaden la red propiciando una mayor producción y masiva difusión de la cultura, terminan enfrentando los derechos del artista -persona física que vive de su producción intelectual- con el derecho de los consumidores de productos culturales, generando una antinomia entre los dos eslabones más débiles de esta cadena. Este enfrenamiento inexorablemente conduce a una merma de la producción; si los artistas no pueden “vivir de sus obras” dejarán de producirlas para lograr su sustento de otro modo.

Al detenernos a pensar, un instante, en el núcleo de este conflicto, advertimos que en realidad existe una confusión en torno de los mecanismos de comercialización de obras de arte, generada por no percibir la vulnerabilidad de la figura del autor que de ninguna manera se corresponde con los intereses económicos que mueven este mercado.

A fin de poner un poco de luz sobre esta disputa, observamos que el derecho de autor se encuentra reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en pie de igualdad con el derecho a la cultura; que la creación del artista es fundamental para el crecimiento de la persona y de la sociedad, lo cual, indefectiblemente conduce a afirmar que es necesaria la estimulación del trabajo intelectual, siendo para ello fundamental, el reconocimiento de los derechos morales y patrimoniales de los autores. En consecuencia, más que derramar ríos de tinta sobre la primacía del derecho de autor frente al derecho de acceso a la cultura o viceversa, y tomando palabras de especialistas en el tema, el verdadero desafío se encuentra en lograr una armonía entre ambos derechos<sup>235</sup>.

Sin olvidar el equilibrio deseado entre los derechos de autor y el derecho de acceso a la cultura, en el presente trabajo nos abocamos a la especial situación de los artistas de creaciones visuales fijas, en tanto que son los que presentan la particularidad de ser -dentro de toda la gama de los creadores intelectuales protegidos- quienes se encuentran en un estado de mayor desamparo.

En la búsqueda de ese equilibrio, el objetivo propuesto es analizar cuál sería el grado de protección deseado para el artista visual, especialmente en Argentina, haciendo hincapié en las modificaciones que, tanto en el campo legislativo como en el de

<sup>233</sup> La primera regulación legal la ubicamos en 1710 en Inglaterra, conocida como el Estatuto de la Reina Ana.

<sup>234</sup> Así se ha sostenido “que la extrema vigencia temporal de los denominados derechos de autor tal como están establecidos en la actualidad representan una barrera a la incorporación de la cultura al dominio público, bien común, en una época histórica semejante a la que acompaña la revolución de la imprenta”.. manifiesto por una cultura libre [www.culturalibre.org](http://www.culturalibre.org).

<sup>235</sup> Para un mayor desarrollo se recomienda el trabajo de: Del CORRAL, Milagros “Información, educación, cultura y derecho de autor”. En Internet: [www.unesco.org/cultura](http://www.unesco.org/cultura) , 21/05/2011.

gestión, son necesarias para ello. Este trabajo no sólo persigue una armonización entre los derechos de los artistas y de la sociedad que disfruta del arte, sino también y fundamentalmente, una equiparación de éstos con respecto a otros creadores de productos intelectuales; promoviendo la toma de conciencia acerca de la conveniencia de estimular la formación de una entidad civil encargada de la gestión y administración de sus derechos.

A fin de una mayor claridad expositiva, comenzaremos definiendo la expresión artista visual, para luego efectuar una mirada de la situación de estos creadores a la luz de la ley de Propiedad Intelectual N° 11.723, contrastándola con las disposiciones de la Convención de Berna, y especialmente, con las Directivas de la Unión Europea, en virtud del avance que significó la recepción y reglamentación del *droit de suite* y su repercusión territorial como norma comunitaria.

## II.- El artista de creaciones visuales

Se utiliza la expresión “artista de creaciones visuales” para comprender bajo la misma denominación, a los autores de un vasto grupo de obras, todas ellas caracterizadas por usar en forma exclusiva la percepción visual.

Dentro de la amplia categoría de obras que utilizan la percepción visual para expresar su arte, nos centramos en la protección del derecho patrimonial de aquellos autores que utilizan la imagen fija como forma de expresión. A mayor abundamiento y con la finalidad de dar mayor claridad sobre que se considera “*obras que utilizan de forma exclusiva la percepción visual de imagen fija*”, hacemos una enumeración meramente ejemplificativa de las obras cuya protección económica se pondera, a saber: esculturas y obras de pintura, dibujo, grabado, litografía, historietas gráficas, cómics, cerámica, tapicería, así como sus ensayos o bocetos, la fotografía, y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. Esta enumeración, de ninguna manera agota las obras a cuyos autores se protege, atento a que continuamente somos testigos del nacimiento de nuevas expresiones provenientes de avances tecnológicos que influyen en la aparición de innovadoras formas de expresión<sup>236</sup> que se valen de la percepción visual y por ello pueden ser incluidas dentro de la protección deseada.

Respecto de estas obras, que en el caso de la pintura o el dibujo nacieron prácticamente con el mundo,<sup>237</sup> se observa que el reconocimiento del derecho a una recompensa por la distribución de la obra, es de los más recientes y su recepción en los ordenamientos legislativos no es unánime.

La falta de protección se mantiene -si bien en diferentes grados- en la actualidad y aún pese a los intentos que se realizaron desde el año 1920, cuando la ley francesa reguló el derecho de recompensa o *droit de suite*. Posteriormente se dio otro paso al ser incluido este “*droit de suite*” por la Convención de Berna, en la revisión de Bruselas del año 1948, que lo recepcionó como un derecho optativo de incorporación para los estados miembros y a condición de reciprocidad<sup>238</sup>. Recién en el año 2001, con la Directiva de la Comunidad Europea 2001/84, se plasma realmente la voluntad de reconocimiento de este derecho, al considerar al *droit de suite* –o derecho de participación- como un derecho patrimonial, intrasmisible e inalienable y de carácter obligatorio para todos los países de la Unión<sup>239</sup>.

<sup>236</sup>El videoarte, arte electrónico, arte en la red, second life o pintura digital, entre otras.

<sup>237</sup>Las primeras expresiones de arte rupestre datan de la era paleolítica.

<sup>238</sup>De la misma redacción surge las dudas de los legisladores y las diferencias con los derechos de los otros autores atento al carácter optativo y la condicionalidad a los que lo somete.

<sup>239</sup>En Internet: [www.eur-lex.europea.eu](http://www.eur-lex.europea.eu), 21/05/2011.

Más allá de la importancia de estos avances, fácil es percatarse de que estos reconocimientos normativos, por sí solos, no alcanzan para otorgar la efectiva protección integral del autor plástico a causa de la peculiar vulnerabilidad de estos artistas respecto del resto de los creadores. Esta fragilidad está provocada en el hecho de que la creación se plasma en un único ejemplar (o en algunos casos, ejemplares limitados en su número), estableciéndose una íntima relación entre la obra y el soporte material donde está fijada; a lo que le sumamos la particularidad del lenguaje utilizado -la imagen- que es de carácter universal, por lo cual no se imponen ni aún barreras lingüísticas entre la ella y el espectador.

La primera consecuencia lógica de la identidad de la obra con el soporte material, es que el autor con la primera venta que realiza, se separa definitivamente de su creación impidiendo su seguimiento y participación en los aumentos de valor en las distintas operaciones de venta o en su reproducción. Esto marca la enorme brecha y desigualdad del artista plástico respecto al resto de autores de obras intelectuales que conservan la matriz u original de sus creaciones,<sup>240</sup> y tienen reconocido y organizado el cobro de sus derechos.

La indisoluble unión entre la obra y el soporte material también acarrea otras consecuencias más mediatas que generan ganancias a quienes las utilizan, usufructuando el nombre y prestigio del autor y de la obra sin otorgar ningún reconocimiento patrimonial para el creador. Es muy común observar que a medida que un artista aumenta su fama, y su creación se divulga, ésta aparece reproducida en marcas, merchandising, o es transformada mediante la tecnología (como puede ser la animación digital de un dibujo o una pintura) entre otras formas de explotación, las que en todos los casos y siendo coherentes con la idea que domina la protección de los derechos intelectuales deberían, necesariamente, contar con la autorización del autor y por supuesto remunerarse, como ocurre con el resto de los autores intelectuales.

Estas particularidades, unidas a la internacionalidad del comercio de las obras de arte, provocan que el artista visual se vea imposibilitado de ejercer un control individual del destino de su obra sin una entidad que lo represente y gestione sus derechos.

#### *A.- La protección de los creadores visuales de imagen fija en el Convenio de Berna y la ley de propiedad intelectual argentina*

Remontándonos en la historia, ya desde el siglo XVIII las obras plásticas estuvieron comprendidas dentro del concepto de derecho de autor, en principio este reconocimiento fue para los creadores de obras de pintura, dibujo y escultura, luego se fueron incorporando la fotografía, no como técnica sino en la forma en que el fotógrafo expresa el objeto fotografiado; abriéndose la protección a otras creaciones intelectuales, que si bien derivadas de la técnica permiten la “expresión artística”<sup>241</sup>.

La incorporación en la Convención de Berna de las obras de imagen fija como objeto de protección es fundamental, en virtud de que a partir de este reconocimiento y sin hesitación alguna, se puede afirmar que sus autores gozan de todos los derechos morales y patrimoniales contemplados por dicha Convención.

Sin embargo, este hito resulta opacado y debilitado al omitirse una regulación específica del derecho de participación o recompensa para el artista plástico que desdibuja el alcance de ese reconocimiento.

<sup>240</sup> Basta tomar como ejemplo el original de un libro o de una producción musical, o hasta una película cinematográfica.

<sup>241</sup> Art. 2 ap. 1 de la Convención de Berna; donde se incluye también las llamadas obras de arte aplicadas.

La diferencia de rango en la protección de los creadores visuales respecto del los autores del resto de las obras protegidas, aparece más acentuada con la revisión de Bruselas, en donde ya se percibe claramente que no fue una omisión involuntaria la regulación del derecho de participación para el artista plástico. Esta aseveración surge del mismo texto de Bruselas que si bien recepciona el *droit de suite*, otorgando una serie de garantías mínimas para los derechos de los autores de los países suscribientes<sup>242</sup>; expresamente señala, en su artículo 14 ter que el derecho de participación de los creadores visuales (extendida a los manuscritos originales de escritores y compositores) es facultativo de cada legislación nacional y condicionado a la existencia de reciprocidad entre las legislaciones nacional del autor y aquella donde se reclama el derecho<sup>243</sup>.

La diferente intensidad de la norma del art. 14 ter de Berna -reconocimiento facultativo y condicionado- coloca a los creadores visuales en un escalón inferior de protección respecto de los demás artistas. Hecho que se corrobora con la abierta oposición al reconocimiento del *droit de suite* por parte de las galerías de arte o marchands, el segmento más beneficiado económicamente por el aumento de valor de las obras artísticas, aumento que se produce únicamente, merced al esfuerzo y fama del autor, quien paradójicamente se ve privado de obtener una justa compensación por la mayor cotización de su obra.

Este desequilibrio en la protección entre los artistas, se produce no obstante haber sido el derecho de participación recogido por varios países,<sup>244</sup> en virtud a que no en todas las legislaciones es efectiva su aplicación a causa de las dificultades en la reglamentación y la carencia de órganos de control.

La legislación argentina -a pesar de su adhesión a Berna- no lo contempla, por lo cual, de acuerdo la redacción facultativa de la Convención, el *droit de suite*, no está incorporado en nuestro ordenamiento legal<sup>245</sup>.

No obstante la carencia de normativa, existe un impulso para modificar esta situación e igualar la protección de los artistas de creación visual de imagen fija con el de los demás creadores de otras ramas del arte mediante el Proyecto de ley elevado a la Cámara de Diputados en Marzo de 2007, donde se propone la recepción del derecho de participación o *droit de suite* con la incorporación del artículo 54 bis a la ley de Propiedad Intelectual N° 11.723<sup>246</sup>.

Desde ya adelantamos nuestra opinión en sentido propiciatorio a su pronta sanción, en tanto significaría dar un importante paso para ubicar a nuestra legislación en consonancia con la Directiva de Comunidad Europea, haciendo justicia con el artista plástico y erigiendo al *droit de suite* como derecho inalienable e irrenunciable constituido en cabeza del autor plástico o gráfico y sus derechohabientes tal como ocurre con el resto de los autores.

<sup>242</sup>Se desprende de lo preceptuado por el art 7 ap. 6 y específicamente de la norma del art 19 de la Convención citada.

<sup>243</sup>No obstante este carácter facultativo para su adopción por parte de los países de la Unión, la norma califica a este derecho como inalienable; como se desprende del mismo texto del art. 14 ter Convención transcripto en la nota 8ª.

<sup>244</sup>Alemania, Argelia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Congo, Costa Rica, Costa de Marfil, Chile, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovenia, España, Estonia, Federación Rusa, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guinea, Hungría, India, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Marruecos, Mónaco, Noruega, Perú, Polonia; Portugal; República Checa, Rumania, Senegal, Suecia, Togo, Túnez, Turquía, Uruguay, Venezuela y Zaire; también en el Estado de California USA. A partir 2001 la Comunidad Europea

<sup>245</sup>Conf. art.14 ter 2ª pfo de la Convención de Berna.

<sup>246</sup>Proyecto enviado a la Cámara de Diputados de la Nación en marzo de 2007, actualmente en Cámara de Diputados. En Internet: [www.hcdn.gov.ar/dependencias/cultura/proyectos/dip\\_proy\\_fund/882\\_d\\_07.html](http://www.hcdn.gov.ar/dependencias/cultura/proyectos/dip_proy_fund/882_d_07.html), 20/10/2011.

### B.- Remuneración del artista plástico: “droit de suite”

El droit de suite o derecho de participación, es el derecho de autor de carácter patrimonial, incluido como un derecho de remuneración por el cual el artista visual de imagen fija, recibe un porcentaje del precio en las sucesivas ventas que se realice de su obra, excluyéndose por supuesto la venta en la que él intervino.

Tomando las palabras de Antonio Delgado en su *Panorámica de la protección civil y penal en materia de Propiedad Intelectual*, el droit de suite tiene como función la de “asegurar al autor la percepción de una retribución equitativa (normalmente proporcional), en los rendimientos que se derivan de la utilización de su obra, ejercida tal utilización fuera del alcance de su derecho exclusivo o de monopolio”.

Por ello, el droit de suite presenta un carácter igualador para el creador visual, en tanto “tiene la finalidad de garantizar a los autores de obras de arte gráficas y plásticas una participación económica en el éxito de sus obras y reestablecer un equilibrio entre la situación económica de éstos con relación a los creadores de otras ramas del arte que se benefician con la explotación sucesiva de sus obras”.<sup>247</sup>

En igual sentido Vicen<sup>248</sup> señala, que “el fundamento etiológico de este Derecho, radica en la compensación que el legislador hace a los autores de las obras de las artes plásticas por su limitación, en relación con los restantes autores, en el disfrute del Derecho de Distribución”.

Sin ahondar demasiado en sus antecedentes históricos, se observa que el droit de suite nació como una reacción ética, cuya finalidad era compensar la injusticia que se generaba cuando el pintor vendía sus obras a precios miserables para poder subsistir, y luego esas obras incrementaban desproporcionadamente su valor en las sucesivas ventas. Por esa razón y luego de la Primera Guerra Mundial, al ver a los parientes de famosos pintores en la miseria, mientras sus obras reportaban increíbles beneficios a los revendedores, en Francia se reguló este derecho por el cual se le permitía al artista plástico, su esposa y descendientes, participar en un porcentaje del precio de ventas de sus obras cuando éstas se revendían a través del sistema de “ventas públicas”.

A posteriori de la legislación francesa, el derecho de participación se aprobó en Bélgica, Checoslovaquia, Polonia, Uruguay, e Italia, entre otros países.

Este reconocimiento para ser efectivo debe ir acompañado de una adecuada reglamentación, lo que también significó un desafío atento a que no hubo un criterio unánime, generándose complicaciones que lo colocaron al límite de tornarlo un derecho de aplicación imposible en aquellos países en los cuales se carecía de reglamentación o la misma era deficiente.

Para salvar estas dificultades las legislaciones generaron diversas formas de reglamentación, pudiéndose agrupar a las más usuales en dos sistemas:

- a) Aquellos en donde el beneficio del artista se determina sobre la base de un porcentaje del precio de cada venta sucesiva con un piso del valor de la obra (sistema seguido por la Directiva de la Comunidad Europea, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela, Costa Rica).
- b) Aquellos en donde la participación del artista es en la plusvalía -o mayor valor que podría resultar en beneficio del vendedor, como consecuencia de una nueva enajenación y debe ser probada por el autor, quedando a su cargo la acreditación del monto del

<sup>247</sup> Conf. expresado en la Fundamentación de la Directiva de la Unión Europea, Punto N° 3.

<sup>248</sup> GUTIERREZ VICEN, Javier, “Los derechos patrimoniales. Antes y después del acuerdo sobre los adpic. El “droit de suite”. [www.wipoorgadgdc/shared/mvo/letters/wuguay/curs097/document/doc1Og.doc](http://www.wipoorgadgdc/shared/mvo/letters/wuguay/curs097/document/doc1Og.doc), 21/05/2011

precio original de la obra y los pagados por ella con posterioridad. (Seguidos por Brasil, Uruguay, Chile etc).

Entre ambos sistemas, el más sencillo y práctico es el primero ya que luego de fijar un piso del valor de la obra original, se va calculando un porcentaje sobre cada valor de venta<sup>249</sup>.

Salvado el problema de la reglamentación, otro escollo a sobrellevar es la complejidad que presenta el seguimiento de una obra de arte, para ello se ha propiciado -como una solución pragmática- hacer recaer el droit de suite sobre las operaciones que se realicen en subastas públicas, galerías de arte o mediante la intervención de algún marchand; excluyéndose a las ventas privadas sólo porque es imposible su seguimiento y fiscalización.

En cuanto a la determinación sobre quién es el responsable del pago del porcentaje del derecho de participación, entendemos que la solución más sencilla es la que pone esa obligación en cabeza del vendedor, ello en virtud a ser quien obtuvo las ventajas del mayor valor adquirido. En igual posición y por las mismas razones se encuentran las galerías e intermediarios, los cuales también deberían ser responsables de la retención del droit de suite.

A pesar de que éste sería el sistema ideal, no podemos ser inocentes e ignorar que en aquellos países donde se ejerce este derecho, el porcentaje de la participación se carga al precio y en definitiva es abonado por el comprador, el otro eslabón más débil, junto con el autor, dentro del mercado de comercialización de obras de arte, situación que debería revertirse.

### *III.- La gestión colectiva de los creadores visuales. Su importancia frente a las nuevas tecnologías*

En nuestra labor de analizar cuáles son los instrumentos necesarios para lograr una efectiva la protección de los derechos económicos de los artistas plásticos, no podemos olvidar que además del reconocimiento legal y una adecuada reglamentación del derecho de participación, éste debe ser acompañado necesariamente, de la creación de una entidad de gestión colectiva que controle y administre la justa remuneración del autor.

Esta aseveración se cimienta en los objetivos propios de las organizaciones de gestión de derechos colectivos, en tanto éstas además de vigilar las explotaciones de los derechos de autor, se encargan de negociar con los usuarios eventuales y en general ocuparse de todo lo atinente a la administración de los derechos de los creadores, sin necesidad de que éstos pierdan su titularidad.

Por ello, entendemos que es válido reconocer la utilidad y conveniencia de creación de sociedades de gestión colectiva para el ejercicio efectivo y eficaz de los derechos autorales, ya que no sólo reúnen a los artistas de cada país, sino que también se relacionan entre sí mediante convenios, para que la protección de una obra intelectual, por naturaleza de amplia y fácil difusión, se haga efectiva fuera de los límites de los países de origen.

La creación de sociedades colectivas de creadores visuales son de reciente aparición,<sup>250</sup> obedeciendo esa incipiente creación a la concientización de los artistas

<sup>249</sup>La Directiva Europea fija este sistema y realiza una escala de porcentajes de acuerdo a los precios de venta.

<sup>250</sup>Sin embargo debemos reconocer que ya existen varias sociedades organizadas, sin agotar la enumeración podemos citar: ADAGP en Francia, VBK en Austria, COPY-DAN BILLEKUST, Dinamarca, HUNGART, en Hungría, DDG BEELDRECHT, en los Países Bajos, BILD KUNST, de Alemania, Société de l'Image, en Francia, VEGAP, en España, DACS en Reino Unido, VAGA en



plásticos y/o visuales, que tomando la experiencia acerca de la utilidad de estas sociedades en otras ramas del arte, y ante, la cada vez mayor, utilización derivada de sus creaciones mediante las nuevas formas de la tecnología, fueron aceptando la necesidad de un ente organizador para una más eficaz protección de sus derechos.

Planteada la importancia de la percepción del derecho de participación o *droit de suite* y admitiendo que para su efectiva percepción son indispensables las sociedades de gestión colectiva; la experiencia<sup>251</sup> nos indica que para hacer efectivo el ejercicio del derecho de “suite” debe garantizarse el derecho de información, en otras palabras el almacenamiento de diversos datos es imprescindible al momento de la gestión conjunta del este derecho. Es claro que sin información acerca de las reventas de obras de arte es imposible hacer valer los derechos autorales, y en este punto es acertada la posición que pone en cabeza de las sociedades de gestión la centralización de esa información.

Partiendo de esta premisa es lógico colegir que debe establecerse legalmente la obligatoriedad del deber de informar un mínimo de datos por parte de las galerías de arte y/o profesionales en la comercialización,<sup>252</sup> como el nombre del autor, los títulos de las obras y el precio de reventa. En la práctica, lo más efectivo es propiciar acuerdos entre las asociaciones de galerías con las sociedades de gestión para evitar la contienda judicial así como una serie de sucesivas reglamentaciones de este derecho. Un saludable ejemplo de estos acuerdos es el convenio celebrado entre BILD – KUNST<sup>253</sup> y los negociantes de las obras de arte, donde éstos se comprometieron a abonar, en concepto del derecho de participación, el 1% de todo su volumen de ventas de obras del siglo XX. Se arribó a esta estimación tomando en cuenta que ese 1% era equivalente a las contribuciones para la seguridad social de los artistas plásticos, acordando nuevas negociaciones ante cualquier defasaje.

Este acierto logrado en Alemania en la gestión y administración de los derechos de autor se vuelve ejemplo en el contexto internacional, donde es impostergable la defensa de los autores plásticos y/o visuales. Basta pensar en la cantidad de ventas de obras por Internet, su uso en merchandising, publicaciones editoriales, marcas, etc, en donde la gestión individual fracasa y son las sociedades colectivas las únicas que pueden contar con la capacidad de control y la infraestructura técnica y jurídica para hacer valer los derechos de los titulares.

Otro punto vulnerable al que se enfrenta el artista visual, aparece con el desarrollo de nuevas tecnologías que incrementa la demanda de sus obras en el ámbito digital, Vicén<sup>254</sup>, pone de manifiesto la desmaterialización a las que son sometidas las obras en este ámbito, generando la posibilidad de que se establezca una relación interactiva de la obra con el espectador, de manera de que se pueda concretar un ataque a la integridad de la misma o una reproducción no autorizada, lo que incluso afectaría la faz de los derechos morales del autor. Sin pretender ahondar en el aspecto moral de los derechos de autor es importante destacar la mayor jerarquía que adquieren las funciones de la sociedad de gestión en virtud a que no sólo es útil para la administración de los

Estados Unidos. Y también las hay de repertorio general que se ocupan de los artistas visuales. En Europa esta la EVA (European Visual Artist) que agrupa las de la Comunidad Europea y todas asimismo se encuentran comprendidas por la CISAC.

<sup>251</sup>En Alemania se pudo completar la reglamentación del derecho al imponerse mediante la Ley de 10/11/1972 que impuso la obligación general de suministrar información.

<sup>252</sup>FICSOR, Mihály, “Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos” OMPI. Ginebra. 2002.

<sup>253</sup>Sociedad de gestión alemana.

<sup>254</sup>VICÉN GUTIERREZ, Javier; “La gestión del derecho de autor relativos a la obra de las artes plásticas y fotográficas”, en Internet: [www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI.../OMPI\\_CCM\\_HAV\\_02\\_7\\_S.pdf](http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI.../OMPI_CCM_HAV_02_7_S.pdf) , 21/05/2011.



derechos patrimoniales que se analizaron, sino también para la gestión y protección de los derechos de contenido moral de los autores.

#### *IV.- Conclusiones*

Más allá de las diferentes posiciones acerca de la protección de los derechos patrimoniales de los creadores, las voces contrarias a los derechos de autor que incluso se extienden a la actividad de las sociedades de gestión, acusadas de ser grupos monopólicos que atentan contra la difusión de la cultura y la libre competencia, nos inclinamos por concluir que la producción artística debe ser remunerada de la misma manera que cualquier actividad productiva del hombre.

Sin pretender ahondar en los debates filosóficos que sostienen una y otra corriente a favor o en contra del reconocimiento del derecho de autor, sostenemos que por razones de índole puramente pragmáticas y económicas, cualquier pensamiento adverso a la falta de remuneración del artista no sólo atentaría contra la misma actividad creativa sino que también se perjudicaría a la sociedad entera, que se vería privada de un elemento imprescindible para su desarrollo como es el arte y la cultura.

Por ello, y para fomentar ese desarrollo artístico tan necesario para el crecimiento de la sociedad quien se ve beneficiada y reconfortada por la producción cultural, es preciso valorar la labor de las sociedades colectivas en tanto liberan al artista de ocuparse de la gestión y administración de sus derechos permitiéndole ejercer su profesión que no es otra que producir bienes culturales y/o artísticos.

En igual sentido el Parlamento Europeo, refiriéndose a las sociedades de gestión colectivas, ya en el año 2004 manifestó que los monopolios de las sociedades de gestión colectiva no afectan, en principio, a la competencia, señalando que “el autentico desafío es el que plantea el grado creciente de concentración vertical de los medios de comunicación en lo tocante al acceso a las obras protegidas por el derecho de autor y derechos afines y pidió a la Comisión que vigilara dicha concentración.”<sup>255</sup>

Es por todo ello que estamos convencidos de que las sociedades de gestión son fundamentales para fortalecer el derecho de los autores, en tanto que su posición débil dentro de la cadena de comercialización, les juega en contra al momento de las negociaciones con las empresas que explotan sus obras. En una negociación individual, el autor se encuentra en una situación de desventaja que se acrecienta cuando sus obras se expanden fuera del territorio donde el artista reside.

Toda esta situación se agrava para el artista de creación visual, quien se ve ante una inmensa dificultad a la hora de seguir el curso de su obra que no está ligada, en particular, a ningún sector industrial<sup>256</sup> sus producciones pueden ser utilizadas en las más diversas ramas, enfrentándose a la necesidad de negociar individualmente en cada uno de los diferentes rubros y con distintas formas de difusión; por lo cual una sociedad de gestión aparece como un eslabón fundamental que ordenaría y equipararía la protección con el resto de las ramas del arte.

Para los creadores visuales el sistema de gestión conjunta es el más eficaz en virtud de ser el único que permite, por la homogenización y metodología sistemática con que la gestión de los derechos es abordada, hacer realmente efectivos los derechos que la Ley reconoce a estos artistas, tanto en lo referido a los derechos morales como los exclusivos de explotación y los de simple remuneración.

<sup>255</sup> LEWINSKI, Silke en “La Gestión colectiva obligatoria de los derechos exclusivos-Un estudio de caso sobre su compatibilidad con las leyes de autor internacionales y de la Comunidad Europea”, Boletín de Derecho de Autor, enero – marzo 2004, págs. 35 a 51.

<sup>256</sup> A diferencia del músico o del escritor que tienen vinculaciones directas con sectores determinados (discográficas o editoriales).

Como colofón debemos resaltar la importancia del trabajo intelectual de creador, que deja su impronta personal en cada una de sus obras, que busca la perfección y la belleza en cada creación y necesita del reconocimiento de los destinatarios, que no es otro que la comunidad misma como receptora de sus producciones. Pero esta gratificación moral que recibe el creador por el reconocimiento de su arte, debe incluir la remuneración de su esfuerzo, compartiendo las ganancias que los intermediarios perciben por la comercialización de sus obras, de manera de estimular el fruto de su creatividad.

Por esto culminamos propiciando en nuestro país la creación de una sociedad de gestión de creadores visuales a la par de la sanción del reconocimiento del *droit de suite* con el convencimiento de que esta será la única manera de hacer justicia con un sector que en la actualidad está por demás desprotegido.

## UN EFECTO DEL AVANCE TECNOLÓGICO: LA GENERACIÓN DE INCOHERENCIA EN ALGUNAS ASUNCIONES METAFÍSICAS<sup>□\*</sup>

Juan José BENTOLILA <sup>\*\*</sup>

**Resumen:** En este trabajo queremos resaltar la incoherencia que el avance tecnológico puede causar en algunas asunciones metafísicas, con especial referencia a la idea de persona.

**Abstract:** In this paper we want to highlight the incoherence that the technological advance can cause in some metaphysical assumptions, with special reference to the person's idea.

**Palabras claves:** Filosofía - Derecho - Teoría trialista del mundo jurídico - Genética humana - Persona.

**Key words:** Philosophy - Law - Trialist theory of the juridical world - Human genetics - Person.

1. A lo largo del decurso histórico, se han afirmado diversos criterios que autorizan la utilización del término *verdad*, valor que suele establecerse como fin perseguido por la política científica<sup>257</sup>.

Sin la pretensión de ser exhaustivos, apuntaremos que suele admitirse el uso del significante aludido en, al menos, seis sentidos diferenciados.

En primer término, predicamos verdad para referirnos a una proposición, diciendo de la misma que es verdadera a diferencia de *falsa*<sup>258</sup>. Esta acepción da nacimiento a la teoría de la verdad como *correspondencia*, concibiéndola como la *adecuación de un concepto con un hecho real*<sup>259</sup>.

\*Trabajo presentado en la “Reunión abierta sobre Filosofía del Derecho de la Alta Tecnología: Genética Humana”, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 17 de noviembre de 2010.

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

<sup>257</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; del mismo autor “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976; PAVÉ, Rubén César, “El horizonte político del mundo jurídico”, en BENTOLILA, Juan José (Coordinador), “Introducción al Derecho”, Bs. As., La Ley, 2009, págs. 181 y ss.

<sup>258</sup> En tal sentido lo encontramos en Platón, “Cratilo (o sobre la rectitud de los nombres)”, trad. Juan David García Bacca, en “Obras Completas”, Caracas, Coedición de la Presidencia de la República y la Universidad Central de Venezuela, 1982, t. VI, 385 B (págs. 178 y ss.); también “El sofista (Sobre ente. Lógico)”, trad. Juan David García Bacca, en “Obras Completas”, Caracas, Coedición de la Presidencia de la República y la Universidad Central de Venezuela, 1980, t. II, 240 D (pág. 207), 241 A (págs. 207 y ss.), y 263 B (págs. 244 y ss.); y también en Aristóteles, “Metafísica”, trad. Hernán Zucchi, 2ª ed., Bs. As., Sudamericana, 1986, pág. 215, Libro IV (Gamma), VII, 1011 b 26. Sobre esta utilización del término por parte de la escolástica medieval, ver FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, 1ª ed. revisada, aumentada y actualizada, Barcelona, Ariel S.A., 1994, t. IV, pág. 3661. Baruch Spinoza refiere la conexión entre los diversos objetos reales como la conexión entre las diversas ideas configurativas del pensamiento. En algún sentido, guardan analogía las ideas referidas en FOUCAULT, Michel, “Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas”, trad. Elsa Cecilia Frost, 16ª ed. en español, México, Siglo XXI editores S.A., 1985. Puede resultar significativo ver el trabajo de LOZANO, Jorge, “Introducción a Lotman y la Escuela de Tartu”, en LOTMAN, Jurij M., “Semiótica de la Cultura”, Madrid, Cátedra, 1979, págs. 9 y ss.

<sup>259</sup> Sobre la diferenciación entre verdades de razonamiento y de hecho, p. c. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, “Monadología”, trad. Manuel Fuentes Benot, Bs. As., Aguilar, 1957, N° 33, pág. 36. Resulta esclarecedor

En segundo lugar, empleamos la palabra verdad para referirnos a una realidad, diciendo de la misma que es verdadera por oposición a *aparente, ilusoria, irreal, o inexistente*<sup>260</sup>. La búsqueda de la verdad, por este sendero, indica el cuestionamiento sobre la realidad de los objetos que rodean al ser humano.

En tercer término, también hablaremos de verdad para referirnos a la *verdad moral* (o *veracidad*), entendiéndola como correspondencia de lo que se dice con *quien* lo dice. Así, en tanto lo contrario de la verdad es el error, lo contrario de la veracidad es el *engaño*<sup>261</sup>.

La cuarta posición, verdad como *coherencia*, no refiere ya a la relación de una proposición con los objetos a los que la proposición alude, sino con otras proposiciones que forman un sistema. Así, cuando se formula un enunciado “se confronta con la totalidad de los enunciados existentes. Si concuerda con éstos, se añade a ellos; si no concuerda, es caracterizado como “no verdadero” y se abandona, o bien se cambia el actual conjunto de enunciados”<sup>262</sup>.

También existe también una idea de verdad *pantónoma* (de *pan*: todo; *nomos*: ley que gobierna<sup>263</sup>), cuya meta es proveer al recto gobierno del universo. Algunos representantes de la escolástica medieval<sup>264</sup> han utilizado esta idea de verdad, identificándola con la de divinidad<sup>265</sup>, debiéndose admitir como presupuesto de este caso la *existencia y contenido de verdad* de un ser supremo. Tales autores oponen este sentido con la verdad *fraccionada*, derivación de la actividad científica<sup>266</sup>. Ello no obsta

también el panorama abierto en TARSKI, Alfred, “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, en BUNGE, Mario, “Antología Semántica”, Bs. As., Nueva Visión, 1960, pág. 115. Un desarrollo interesante p. v. en AYER, Alfred Jules, “Lenguaje, verdad y lógica”, trad. Marcial Suárez, 2ª ed. en español, Bs. As., Planeta Argentina S.A.I.C., 1994, págs. 101 y ss.

<sup>260</sup>En los comienzos de la filosofía griega, la ἀλήθεια (transliterado: *aletheia*) refiere a menudo a la realidad inteligible, por oposición a la verdad sensible (o aparente). Más tarde en el desarrollo filosófico occidental, será Heidegger quien retomará esta idea de verdad entendida a través del descubrimiento de lo velado como *forma de ser del estar en el mundo*.

<sup>261</sup>En los términos antedichos, es posible ser *veraz* y no decir la *verdad*, en tanto la veracidad refleja una posición moral no exenta de error. Con tal alcance, para los hebreos, la verdad (*'emunah*) conduce a la idea de la fidelidad y la confianza, y en análogo sentido encontramos la posición de DESCARTES, René, “Meditaciones metafísicas”, trad. Manuel García Morente, 7ª ed., Bs. As., Espasa Calpe Argentina S.A., 1945, IV (“De lo verdadero y lo falso”), pág. 123; y VI (“De la existencia de las cosas materiales y de la distinción real entre el alma y el cuerpo del hombre”), pág. 144. Para algunos autores, es distinguible la patencia, de la confianza, de la veracidad; así, Julián Marías realiza esta diferenciación, radicándola en los diversos significantes ἀλήθεια, *'emunah*, y *veritas*.

<sup>262</sup>NEURATH, Otto, “Physikalismus”, en “Scientia”, 50, 1931, pág. 299; cit. por FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón - Teoría del garantismo penal”, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, 3ª ed., Valladolid, Trotta, 1998, pág. 88.

<sup>263</sup>Sobre la idea de pantonomía, p. v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, pág. 391 y ss.; también CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, págs. 82 y ss.; del mismo autor *vide* “El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, pág. 61; y también “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas - Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 79 y ss. Con un sentido afín, debe destacarse el intento hegeliano por arribar, dentro del marco idealista, a la verdad absoluta o total, entendida como verdad filosófica.

<sup>264</sup>Sobre todo siguiendo a San Agustín.

<sup>265</sup>Como puede apreciarse también en Salmos 86:11 y 85:11; y Juan 8:32 y 14:6.

<sup>266</sup>Génesis 2:16-17. Son curiosas las reversiones que, de este pasaje, pueden verse en TOURNIER, Michel; “Le médianoche amoureux”, París, Gallimard, 1989, específicamente los cuentos XVIII y XIX.

a que se construya la idea de verdad *como si fuera* pantónoma, tomando tal categoría como simple hipótesis de trabajo<sup>267</sup>.

Por último, se ha aseverado que puede entenderse por verdadero todo lo que contribuya a fomentar la vida de la especie, y falso lo que sea obstáculo para ello, idea *biologista* (también notada como *darwinista*) de la verdad, introducida por Friedrich Nietzsche<sup>268</sup>.

2. Enfrentadas abiertamente, en múltiples casos, a las conclusiones derivadas de la actividad científica, nos encontramos con las posiciones metafísicas, designación que refiere a un saber que aspira a penetrar más allá de los estudios físicos<sup>269</sup>.

Desde este lugar, se asumen determinadas aserciones que se pretenden fundadas en la idea de verdad como correspondencia (p. ej.: desde la concepción hay correspondencia de la realidad embrión con la idea de persona), o en la oposición a la apariencia (p. ej.: el embrión, más allá de sus características físicas, *es* persona), o en la verdad moral (p. ej.: la idea cartesiana de *Dieu n'est pas trompeur*), o en la verdad pantónoma (p. ej.: la vida es un continuo que, por desconocimiento o impotencia, debemos fraccionar, disminuyendo así el carácter verdadero de nuestras aseveraciones).

Ahora bien, un escrutinio más severo da cuenta de la vulneración de algunas de estas proposiciones a la verdad entendida como *coherencia* o a la idea *biologista* de verdad.

3. En efecto, tomemos el concepto trascendente de persona que suele afirmarse, desde posiciones metafísicas<sup>270</sup>, que principia con la concepción, fundando tal parecer en que desde ese instante, existe una composición genética única<sup>271</sup>, momento desde el cual no puede señalarse ningún cambio relevante.

Siguiendo un sendero de absoluta coherencia, el siguiente momento relevante de cambio lo constituye la muerte, entendida ésta como cesación de toda función vital.

Lógicamente, quienes se enrolan en esta corriente, se muestran contundentemente contrarios a la posibilidad de investigar en células madre si ello implica la destrucción de óvulos fecundados, así como rechazan todo método de control de la natalidad que opere una vez producida la fecundación, o la interrupción de embarazos aun en casos de inviabilidad (p. ej.: anencefalia).

Va de suyo, ello implica consecuentemente la marginación de las teorías de la singamia<sup>272</sup>, de la implantación<sup>273</sup>, de la formación del sistema nervioso central<sup>274</sup>, del nacimiento<sup>275</sup> y de la viabilidad<sup>276</sup>.

<sup>267</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la Ciencia”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 79 y ss.

<sup>268</sup> LAMANNA, E. Paolo; “Historia de la Filosofía”, trad. de Oberdan Caletti y Floreal Mazía, Bs. As., Edicial, 1969, t. IV (“La Filosofía del siglo XIX”), pág. 433.

<sup>269</sup> FERRATER MORA, *op. cit.*, t. III, págs. 2378 y ss.

<sup>270</sup> Aun cuando debemos aclarar que no compartimos la metodología de tales corrientes, entendiendo que los conceptos se construyen y no se descubren. P. c. BENTOLILA, Juan José, “¿Qué se quiere decir cuando se dice “naturaleza”?”, en Suplemento Actualidad de la Revista Jurídica La Ley, 16.12.2003 (págs. 2 y ss.) y 18.12.2003 (págs. 2 y ss.). Reseña publicada en Revista Spes, N° 3, 26 de octubre de 2002, págs. 51 y ss., y texto completo en Cartapacio 2004, Universidad Nacional del Centro, Provincia de Buenos Aires. También, referido a la cuestión aquí tratada, “El reflejo de la persona humana en el espejo de la norma jurídica”, en “Investigación y Docencia”, N° 39, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, págs. 29 y ss.

<sup>271</sup> En rigor, la composición genética única se produce en la singamia, con posterioridad a la fecundación.

<sup>272</sup> O unión de los pronúcleos del óvulo y el espermatozoide, lo cual se produce entre dieciocho a veinte horas después de la fecundación, momento en que se transmiten las informaciones genéticas de los gametos, creándose una nueva célula (cigoto) con nueva y única identidad genética.

<sup>273</sup> O anidación, que afirma que la vida del sujeto humano comienza con la fijación del embrión en el útero materno, lo que ocurre aproximadamente entre los días siete a catorce de evolución. Ello pues, con la anidación, se define tanto la unicidad (calidad de ser único) como la unidad (ser uno solo) del embrión.

Mas, curiosamente, desde las posiciones metafísicas no suelen escucharse mayores cuestionamientos a la ablación de órganos con fines de trasplante, la cual se produce una vez constatada sólo la cesación de las funciones nerviosas, y no la de la totalidad de las funciones vitales.

4. Lo expresado conlleva admitir la existencia de una cierta incoherencia.

Es que, si ningún escándalo producen las normas que establecen que el fin de la vida humana está dado por la falta de actividad eléctrica del encéfalo (muerte cerebral), parecería que, simétricamente, puede afirmarse que no debe reconocerse, sin más y con fundamento metafísico, la calidad de persona a una entidad que no posee ni los rudimentos cerebrales. O lo inverso.

Nótese que los posicionamientos metafísicos que se revistan: a) requieren, para que exista persona, la condición p (formación de cadena única de ácido desoxirribonucleico, en la concepción), y b) admiten, para que deje de existir persona, la ausencia de condición q (actividad cerebral).

Como puede apreciarse, el avance tecnológico que hoy permite la ablación de órganos ha ido generando incoherencias en algunas asunciones metafísicas (hay persona si se verifica la presencia de la condición p; deja de haber persona si se verifica la ausencia de la condición q). Y si bien la metafísica no exige coherencia, entendemos que la demostración de su falta debilita notablemente su posible adopción en el marco de las investigaciones científicas, respecto de las cuales sí debe predicarse la exigencia de coherencia, como uno de los despliegues de la idea de verdad, finalidad perseguida por la ciencia.

Tal vez deberíamos volver la vista a la idea biológica de verdad, y asumir que el avance tecnológico debe fomentar la vida de la especie, y no ser un obstáculo para ello. Aun si se entendiera que el embrión es una persona en *potencia* (aludiendo a las categorías aristotélicas), no es menos cierto que la interdicción de investigación en células madre implica afectación de personas en *acto* (quienes padecen condiciones médicas respecto de las cuales pueden ser efectuados avances en caso de permitirse la realización de los estudios en cuestión).

La investigación en células madre constituye hoy uno de los desafíos más importantes del saber científico a los que el saber jurídico no puede dar la espalda. Por otra parte, también se evidencia una deuda jurídica importante al no existir prescripción normativa alguna que prevea la conducta a seguir en los casos de embarazos no viables (lo que aludíamos con la anencefalia).

Entendemos inadecuado obliterar estas discusiones sobre la única base de una posición metafísica que se revela infractora respecto de, por lo menos, dos despliegues de la verdad (coherencia y preservación de la especie), finalidad de toda actividad científica.

<sup>274</sup>Para esta posición, el comienzo de la vida del sujeto humano aparece entre el decimoquinto y cuadragésimo día posterior a la fecundación, época en que se inicia la formación del sistema nervioso central.

<sup>275</sup>Primaba en el Derecho romano, estableciéndose que la existencia de las personas principiaba con el nacimiento. Antes del mismo, el por nacer no era considerado sino como una entraña de la madre (*pars viscerum matris*).

<sup>276</sup>La viabilidad se requiere, a los fines de atribución de derechos, en casos de sujetos que nacen muy prematuramente o con algún vicio orgánico tan demostrado que pueda asegurarse su pronta muerte. Frente a la inexistencia de viabilidad, entendida como capacidad de vivir, no se atribuye capacidad de derecho. En nuestro ordenamiento normativo Vélez Sarsfield rechaza expresamente esta posición en su nota al artículo 72, Código Civil.

Ciertamente ello no implica asumir la lisa y llana permisión de cualquier actividad<sup>277</sup>, sino simplemente adaptar el debate a las reglas epistemológicas de su construcción, que no pueden apelar a saberes que se ubican más allá de lo demostrable.

Conocemos la dificultad de la tarea, toda vez que no perdemos de vista que “cada nueva teoría científica no es aceptada con beneplácito, sino que se presenta al principio como una interferencia molesta con las concepciones tradicionales y debe imponerse trabajosamente a la resistencia de éstas”<sup>278</sup>.

<sup>277</sup> Así lo sostiene el imperativo tecnológico enunciado por BACON, Francis, “La Nueva Atlántida”, trad. Juan Adolfo Vázquez, Bs. As., Losada S.A., 1941, pág. 145, y cuya formulación propende “extender los límites del imperio humano para efectuar todas las cosas posibles”. Sin embargo, en otra oportunidad hemos tratado la cuestión de la clonación humana reproductiva, en BENTOLILA, Juan José, “Reflexiones sobre una posible reglamentación de la clonación humana”, en libro de ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Privado, realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, los días 10, 11 y 12 de septiembre de 1998, págs. 97 y ss.; y también “La clonación, su justificación y su relación con los cambios de los paradigmas sociológicos”, en “Investigación y Docencia”, N° 31, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, págs. 9 y ss. Comentado por Fernando Alfredo Sagarna, en Sección Revista de Revistas del Periódico La Ley, 21.11.2000.

<sup>278</sup> BOLLNOW, Otto Friedrich, “Antropología filosófica”, Revista Universitas, diciembre de 1989, Revista Trimestral Alemana de Letras, Ciencias y Arte.



## EL DERECHO INTERPERSONAL EN LAS RELACIONES LABORALES\*

Juan José BENTOLILA\*□

**Resumen:** En este trabajo queremos mostrar la modificación desde la visión territorial hacia la interpersonal, en el ámbito del Derecho Laboral, subrayando las diversas variantes que consecuentemente se generan.

**Palabras claves:** Filosofía - Derecho Laboral - Teoría trialista del mundo jurídico - Interpersonalidad.

**Abstract:** In this paper we want to show the modification from the territorial vision towards the interpersonal one, in the area of the Labour Law, underlining the diverse variants that in consequence are generated.

**Key words:** Philosophy – Labour Law - Trialist theory of the juridical world - Interpersonalidad.

1. Los alcances de la respuesta jurídica, en tanto “fenómeno jurídico (tridimensional) de origen conductista relativo a un problema o grupo de problemas”<sup>279</sup>, pueden ser desplegados a partir de varias proyecciones, entre las que se cuentan las referidas a espacio, tiempo, persona y materia.

Inicialmente, la pertenencia del sujeto a un grupo referencial solía resultar la circunstancia más relevante para definir su estado jurídico, máxime en lo que atañe a comunidades humanas que no se hallaban establecidas de forma sedentaria en un marco territorial.

Así, “desde la caída del Imperio Romano de Occidente en poder de los “bárbaros” de distinto origen existió un período de personalidad de las leyes, en el que se aplicaban a cada pueblo sus propias leyes, más precisamente, a cada individuo su “ley personal”. Había coexistencia de leyes, pero en situación de relativo “aislamiento””<sup>280</sup>.

Fue necesario el transcurso de un tiempo importante para que el despliegue espacial cobrara relevancia, permitiendo la configuración de respuestas jurídicas con alcance territorial<sup>281</sup> y dando origen, por ende, a los Derechos internos. Paralelamente,

\*Trabajo presentado en las “Jornadas de Derecho Interpersonal”, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 24 y 25 de septiembre de 2010.

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

<sup>279</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, en “Investigación y Docencia”, N° 37, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2004, pág. 89. Sobre la Teoría Trialista del mundo jurídico p. v. del mismo autor “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; y también GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

<sup>280</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado - Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho - Afirmación de una sociedad pluralista)”, en “Investigación y Docencia”, N° 43, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2010, pág. 25, nota 9.

<sup>281</sup> SAVIGNY, Federico Carlos de, “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. Ch.. Guenoux-Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Cía., 1879, t. VI, págs. 131 y ss.

de modo gradual, se fue abriendo cauce un Derecho sobre bases objetivas, con mayor gravitación también en la proyección material<sup>282</sup>.

Con posterioridad, surgieron soluciones que superaron esas respuestas a través de la extraterritorialidad (interespecialidad) jurídica, que permitió la construcción del Derecho Internacional Privado<sup>283</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que, en específica referencia al despliegue *personal*, probablemente estemos asistiendo a una revalorización de la personalidad de las leyes, donde sujetos “que viven dentro de un mismo territorio se desenvuelven en diferentes Derechos”<sup>284</sup>, en función de construcciones multiculturales que revelan la necesidad de asumir un plurijuridismo respetuoso de las particularidades<sup>285</sup>.

2. En tales términos, cabe indagar sobre la posibilidad de pensar un Derecho del trabajo que recepte las particularidades de los sujetos intervinientes, permitiendo la construcción de nexos a partir de las *personas* involucradas.

2.1. Establecido lo que antecede, podría decirse que todo el Derecho Laboral tiende a regular las relaciones entre trabajadores y empleadores, con lo cual la construcción podría ser eminentemente personal, fundada en lo que las partes *son* (capaces sólo de poner su fuerza de trabajo, o propietarios de los medios de producción<sup>286</sup>).

Mas a poco de profundizar en las fuentes jurídicas que informan la rama bajo análisis, podemos verificar que pretende regular las relaciones entre las partes de un contrato de trabajo (por materia y no por persona), aunque no con absoluta independencia de lo que los contratantes *son* y sólo por lo que *hacen*, toda vez que la normativa vigente presume la configuración de una relación no igualitaria, en la que el empleado se ve en situación de subordinación respecto del empleador<sup>287</sup>. Nótese que las reglas aplicables al contrato de trabajo resultan ajenas a las contrataciones de tipo civil, en donde el legislador asumió que las partes pactan en términos de libertad y paridad<sup>288</sup>.

En suma, en principio se reconoce la situación de inferioridad del trabajador, pero sólo en relación a la celebración del contrato de trabajo o a la configuración de la relación de trabajo.

Sin embargo, ello no implica desconocer que algunas respuestas podrían generar perplejidades. Así el accidente *in itinere*<sup>289</sup>, en donde se verifica que el estatuto personal tuitivo del trabajador lo acompaña por fuera del lugar de desempeño laboral.

Claro está, a excepción de casos expresamente establecidos, la desigual situación de las partes en el contrato de trabajo no se expande hacia otros contratos que el

<sup>282</sup> Así, del Derecho Comercial *del comerciante* (del que subsiste el art. 5º, Código de Comercio, con la expansión que dispone el art. 7º) al Derecho Comercial *del acto de comercio* (art. 8º, Código de Comercio), vemos un desplazamiento desde la persona hacia la materia. *Vide* al respecto MENICOCCHI, Alejandro Aldo, “Aportes relativos al conflicto de fuentes en el Derecho Internacional Privado”, en “Investigación y Docencia”, N° 42, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2009, págs. 41 y ss.

<sup>283</sup> P. v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 2da. ed., Bs. As., Depalma, 1974.

<sup>284</sup> CIURO CALDANI, “Aportes para la ...”, *cit.*, pág. 25.

<sup>285</sup> Cf. BENTOLILA, Juan José, “Derecho y Cultura”, en “Investigación y Docencia”, N° 43, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2010, págs. 11 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, pág. 19.

<sup>286</sup> Así podría entenderse desde el marco teórico marxista.

<sup>287</sup> GRISOLÍA, Julio Armando, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, 11ma. ed. actualizada, Bs. As., Lexis Nexis, 2005, t. I, págs. 3 y ss.

<sup>288</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos. Edición actualizada”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995, págs. 320 y ss.

<sup>289</sup> GRISOLÍA, *op. cit.*, t. II, págs. 1864 y ss. Tal vez merece pensarse el tema del teletrabajo, en donde la prestación laboral se escinde del asiento territorial.

trabajador celebra, lo cual demuestra que su hiposuficiencia sólo resulta relevante, generalmente, en lo que atañe al desempeño de su labor.

Esta es una primera cuestión, que podemos plantear como gravitación interpersonal *interna* del Derecho Laboral, en donde existe una proyección de respuesta jurídica mixta, establecida sobre las pautas material y personal.

2.2. Pero también cabe interrogarse sobre la posible evaluación de una interpersonalidad *externa*, esto es, cuando las personas concurren a la celebración de contrato de trabajo portando un estatuto personal (ajeno al desempeño laboral), debiendo el mismo ser respetado en el marco de la vinculación, ya sea por normas ajenas o incorporadas al Derecho laboral, pero que éste no puede desconocer.

En tales términos, la presencia de diferencias religiosas (con la gravitación sobre la jornada de trabajo y los feriados de carácter religioso), diferencias étnicas (si bien el paso a la adultez en determinados grupos suele estar eclipsado por la mayor protección civil a la incapacidad, se revela con claridad en materia de trabajo de menores; por otra parte también puede indagarse sobre la situación laboral de los extranjeros indocumentados), diferencias en la orientación sexual (los estereotipos del trabajo prestado por personas con orientación sexual diversa a la mayoritaria, la existencia de trabajos “sensibles”, la imposibilidad de acceso al mercado laboral formal de las personas transgénero<sup>290</sup>), diferencias de género (el trabajo de la mujer y la discriminación laboral), diferencias políticas (respecto de las cuales existen normas de protección contra el despido discriminatorio<sup>291</sup>).

Claro está, los casos complejos no van a ser frecuentes en el marco de vinculaciones homólogas (donde las dos partes pertenecen al mismo status), ni tampoco en las heterólogas en las que la parte jurídicamente “fuerte” (patronal) sea la “débil” en términos sociológicos (perteneciente a una minoría).

Va de suyo, el problema ha de ser más dramático cuando la relación es heteróloga y la parte “débil” lo es por partida doble (jurídica y sociológicamente). En estos últimos casos sí resulta un dato relevante lo que la persona *es* y no sólo lo que *hace*.

3. Ahora bien, la pregunta que surge es si puede fundarse diferencia sobre tal circunstancia.

En algunos casos es la propia normativa laboral la que reconoce el necesario diverso trato (trabajo de mujeres, de menores, normas que vedan la discriminación en términos generales).

En otros, urge dilucidar cuál va a ser la normativa que venza en el conflicto, si la de la persona, o la general referida a la materia.

Entendemos que un modelo jurídico que respete adecuadamente las particularidades ha de preferir el estatuto personal diferenciante por sobre el territorial igualitario.

Mas asumir tal solución con criterio generalizado puede implicar el riesgo de echar por tierra los avances que implica la adopción de la territorialidad jurídica, con el consiguiente eventual abandono de la garantía constitucional de igualdad y la generación de una atomización jurídica en el ámbito territorial.

Por ello, propiciamos que la aplicación de los estatutos personales en el ámbito del Derecho Laboral sea efectivizada con la mayor precaución, a fin de dar cabida a los

<sup>290</sup> Cf. CIFRÉ, Juan Pablo, “Despido Discriminatorio”, en Revista La Ley del 12.11.2007.

<sup>291</sup> Ver C.N.A.T., Sala III, 29.07.2009, *in re* “CAMUSSO, Marcelo Alberto c. Banco de la Nación Argentina s. Juicio Sumarísimo”, con comentario de SERRANO ALOU, Sebastián, “La esencia de la discriminación negativa y sus consecuencias sobre el derecho al trabajo y la estabilidad del trabajador”, en “Derecho del Trabajo Online”, La Ley, Año 4, 23.12.2009 y 13.01.2010.

elementos de multiculturalidad<sup>292</sup>, a las reivindicaciones de género, a las diferencias de religión y clase, pero con salvaguarda de la comunidad humana en donde se realicen los requerimientos de igualdad y unicidad en los que debe fundarse un régimen humanista y tolerante<sup>293</sup>.

En estos términos, la respuesta a dar debe asumir la enorme tensión descripta, evitando soluciones que tiendan a ocultar la complejidad subyacente bajo teorías cuya simplicidad no puede dar cuenta de las particulares circunstancias involucradas.

<sup>292</sup> Nos hemos ocupado de la cuestión en BENTOLILA, Juan José, “Los límites del Derecho Internacional Privado clásico en un caso multicultural”, en “Investigación y Docencia”, N° 39, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, págs. 41 y ss.

<sup>293</sup> GOLDSCHMIDT, “Introducción ...”, *cit.*, págs. 440 y ss.

## HACIA UNA MICROREGION FISCAL EN EL CENTRO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Paula J. LAFOURCADE (\*)

**Resumen:** En un nuevo aporte al municipalismo, se considera el papel de la micro-región fiscal como una herramienta de concertación federal efectiva para adaptar la organización municipal a las nuevas demandas económicas y fiscales, y en especial su importancia para los municipios del centro de la provincia de Buenos Aires.

**Abstract:** As a new contribution to “municipal issues”, this paper considers the role of micro-tax region as a federal effective tool to help the municipal organization to new economic and fiscal demands, and in particular its importance for municipalities in the province center of Buenos Aires

**Palabras clave:** Derecho Tributario- Federalismo – Derecho Municipal- Micro-región

**Key words:** Tax Law - Federalism - Municipal Law-Micro-region

### *I.- Introducción*

Desde una perspectiva actual, podemos observar que muchas ciudades del país asumen un rol activo en la búsqueda de las oportunidades que genera la globalización, a fin de mejorar el posicionamiento de su territorio en la desigual distribución del ingreso y de la riqueza que de la misma derivan.

En este contexto, la micro-región o el asociativismo municipal aparece como una herramienta efectiva para adaptar la organización municipal a las nuevas demandas económicas, sociales, culturales y por que no también medioambientales<sup>294</sup>.

Desde ya reservamos el termino “micro-regiones” para las asociaciones de municipios ya que el término “regiones” se utiliza para los conjuntos de provincias.-

Vista así, la micro-región se constituye como una unidad estratégica para la planificación del desarrollo donde es posible identificar red de relaciones sociales donde circulan intercambios materiales, simbólicos, recursos e información, elementos que definen la matriz de desarrollo de los territorios.

Las microregiones son entonces el producto de la concertación política, constituyendo el comienzo de un proceso de integración que busca dar respuesta a la necesidad de coordinación a mayor escala, para la promoción del desarrollo económico y social, consecución de políticas ambientales, infraestructura de servicios entre otros objetivos posibles; optimizando los instrumentos y recursos disponibles a nivel nacional, provincial y local, a partir de su difusión e implementación en estructuras organizadas de asociaciones de municipios medianos y pequeños y no en gobiernos locales individuales.

\*)Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>294</sup> Los problemas ambientales, sanitarios y sociales, como las inundaciones, la contaminación, las pestes, plagas y las migraciones de población, por ejemplo, son *interlocales*, e incluso interregionales, por lo que requieren de soluciones y políticas asociativas y coordinadas.

Las regiones provinciales así como las micro-regiones a nivel municipal constituyen una modalidad de federalismo renovado ya que desde la acción conjunta, las comunidades locales defienden mejor sus intereses, no permitiendo que se diluyan sus mandatos en los vericuetos de las áreas de distribución del poder político de sus Estados.-

Por otra parte, no debilitan la acción unitaria del Estado, más bien la revitalizan, al no permitir que quede cautivo de una tentación totalitaria<sup>295</sup>, tanto ahogante de las libertades de las comunidades que lo conforman como autodestructora de sus propias energías<sup>296</sup>.

Entendemos que un verdadero proceso de desarrollo es aquél que privilegia la equidad social y la ampliación de las oportunidades de acceso a una mejor calidad de vida para todos los sectores. El fin último es convertir a la micro-región en un territorio atractivo a un conjunto de nuevas oportunidades de inversión de alto impacto socio económico.

## II.- La microrregión

Las características más importantes a la hora de definir una micro-región a nuestro parecer serían:

1. *La Microregionalización define unidades con características poblacionales cuantitativas similares*
2. *c) La Microregionalización tiende a distribuir la influencia de los roles de los Centros de Decisión (CDD)*
3. *La Microregionalización tiende a la conformación de unidades transdepartamentales*
4. *La Microregionalización integra municipios pequeños y medianos*
5. Se trata de microregiones pluripartidistas donde coexisten distintas fuerzas políticas de distinta filiación

También debemos tener en cuenta que el proceso de planificación de una micro-región es complejo, más aun lo son los procesos de implementación de las políticas en el territorio. Las estrategias asociativas siempre implican en el corto y mediano plazo esfuerzos y niveles de conciencia extras, ya que implican la necesidad de la comunicación, el consenso, la participación, el equilibrio y la armonización de posiciones y situaciones heterogéneas.

Sin embargo, en un sentido estratégico, en el largo plazo, son estas experiencias las que poseen mayor potencial y viabilidad con vistas al desarrollo económico local y regional.

Las “microregiones” o asociaciones de municipios, se presentan como un espacio favorable para un desarrollo más equilibrado y sustentable<sup>297</sup> y surgen en distintas

<sup>295</sup>En el ámbito político y del poder, las asociaciones de municipios y el surgimiento de regiones con identidad y mayor presencia en el territorio, otorgan a los representantes mayor capacidad de negociación ante los gobiernos provinciales y nacionales. Así como la asociación de productores pequeños y medianos otorga al conjunto una mayor capacidad de negociación y mayor poder en el mercado, las asociaciones de municipios agregan poder en el “mercado político”.

<sup>296</sup>DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. “Vías de participación de las regiones intranacionales en los procesos de integración, aspectos institucionales”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003.

<sup>297</sup>Las microregiones, por su mayor escala, conllevan potencialmente el desarrollo de fenómenos tanto cuantitativos como cualitativos. Hacen posible en el conjunto lo que no es rentable o posible a nivel individual, como poseer un equipo técnico interdisciplinario para el apoyo al desarrollo productivo, contratar servicios y asesoramiento, lograr volúmenes de producción y de mercado que posibilitan escalas de desarrollo productivo y de gestión del mismo más viables.-

partes del país como un nuevo actor que adquiere fuerte relevancia a nivel territorial. Estas entidades aparecen como *instancias intermedias de gestión y optimización de recursos* propios o provenientes de la provincia o la nación. Son intermedias ya que se encuentran contenidas en unidades territoriales mayores, como la Provincia, la región interprovincial, la Nación, la región supranacional, y son integradas a su vez por unidades menores como son el municipio, la comuna o la localidad.

Sintetizando lo hasta ahora expuesto entendemos que las **ventajas** para la creación de una micro-región son las siguientes:

- Promueven una integración social y económica más equilibrada y planificada del territorio.
- Construyen consensos territoriales ya que fomentan no sólo la asociación entre gobiernos sino que incluyen también a organizaciones sociales y económicas (ONG, Universidades, asociaciones de productores, profesionales, juveniles, vecinales, etc.) y los niveles de gobierno provincial y nacional.
- Promueven la cooperación interna, la comunicación y los procesos de enseñanza aprendizaje entre gobiernos locales e intentan generar cambios a nivel de pautas y valores (cooperación, capacidad emprendedora, desarrollo de identidades colectivas, recuperación del valor trabajo, etc.).
- Optimizan los recursos de gestión que existen a nivel local, provincial y nacional compensando la debilidad de la gran mayoría de los gobiernos locales.
- Aumentan la escala de producción y del mercado para el desarrollo de estrategias productivas. Fomentan la calidad, diversificación y gerenciamiento a nivel productivo a través de la vinculación entre el sistema de ciencia y tecnología nacional y el entorno local.
- A través de la planificación micro regional promueven el desarrollo de estrategias para el territorio a mediano y largo plazo, superando la coyuntura y obteniendo continuidad más allá de los períodos de gobierno y los diversos partidos políticos.
- Implican el desarrollo de una identidad territorial que se diferencia tanto de la generalización indiferenciada del territorio nacional como de la atomización y heterogeneidad extrema de los más de 2.000 gobiernos locales existentes.

A partir de lo hasta aquí señalado, podemos sostener que el asociativismo intermunicipal y la conformación de microrregiones entre gobiernos locales puede constituir una herramienta, a la vez que un proceso y una experiencia válidas para el desarrollo económico local en la Argentina, ya que, además de las ventajas en el plano instrumental, ayuda a contrarrestar la debilidad de los gobiernos locales y la falta de tradición en cooperación, concertación de actores y búsqueda de consensos, como señalábamos al comienzo. Es decir, conlleva una estrategia que intenta superar el “sálvese quien pueda” en vistas de una mayor cooperación y comprensión de la competitividad sistémica de los territorios y regiones y el desarrollo mas equilibrado y armónico de los mismos.

Existen de hecho, diversos grados de asociatividad y niveles de integración posibles. Lo importante es destacar que la misma implica la creación de sinergias y no sólo la sumatoria de las partes que la conforman.

### *III.- Las microrregiones en La Argentina*

Las microrregiones en la Argentina surgen como espacios flexibles y amplios de articulación. Algunas poseen objetivos específicos, como la conformación de consorcios camineros, entes turísticos, corredores productivos de un sector económico en



particular, otras poseen un objetivo más integral y abarcador, asociado al desarrollo de sus localidades y territorios y la articulación de estrategias y visiones de futuro comunes para lograrlo. Generalmente se definen como ejes importantes de asociación una historia o característica geográfica común, la continuidad territorial, los lazos de pertenencia e identificación sociocultural, los cuales la definen como comarca o comunidad “natural”, y la homogeneidad o complementariedad económico- productiva, a partir de una planificación estratégica común en vistas al desarrollo económico.

Se propone generalmente para la conformación de microregiones una integración adecuada en términos de población, recursos naturales, geografía, identidad y potencialidad cultural, infraestructura, capacidad administrativa y de gestión.

Las microregiones y las experiencias asociativas y cooperativas entre municipios en la Argentina constituyen un fenómeno muy incipiente y recién en gestación. Marcelo Posada<sup>298</sup>, respecto de los Consorcios Productivos de la Provincia de Buenos Aires señala que: “durante la primera mitad de la década de 1990 comenzó a gestarse una regionalización *sui generis* –aún en construcción- que tiene como rasgo distintivo el construirse de abajo hacia arriba. En efecto, los intendentes de diferentes territorios iniciaron contactos con otros intendentes vecinos en pos de encontrar un medio propicio a la generación de respuestas locales frente a los desafíos novedosos que les imponía el nuevo funcionamiento de la economía y la sociedad argentina”.

El instrumento clave en la asociación de municipios es el ***plan integral de desarrollo micro regional, o plan estratégico de la micro región***, a partir del cual el nuevo sujeto territorial se vuelve consiente de sí mismo e identifica una visión y camino a seguir, planifica sus políticas y recursos y orienta sus acciones inmediatas y futuras.

El vínculo entre la categoría microregional y la intermunicipalidad está determinado por la forma de instrumentación de la primera. Para Daniel Cravacuore<sup>299</sup> las microregiones se constituyen como uno de los modelos de intermunicipalidad identificando los consorcios de servicios como entes de prestación, mientras que las microregiones y corredores productivos se definirían para la promoción del desarrollo económico.

Según datos del IFAM (Instituto Federal de Asuntos Municipales), existen alrededor de 50 Microregiones, de las cuales 38 pertenecen a una misma provincia mientras que 12 son interprovinciales. En estas microregiones intervienen 398 municipios de todo el país pertenecientes a 20 provincias. El porcentaje de municipios asociados en microregiones asciende al 18% sobre un total de 2.169 gobiernos locales. Según los datos del Censo 2001 del INDEC, la población total de Argentina es de 36.224.127 y la población que concentran las Microregiones es de 6.499.605, lo que equivale también a un 18% de la población, siendo entre 4.900 y 893.000 habitantes aproximadamente la población de los municipios integrantes; siendo el promedio de alrededor de 20.000 habitantes pero con una alta dispersión que va de 1.000 a 120.000 habitantes.

En cuanto al nivel de institucionalización y formalización jurídica encontramos diversas figuras legales, principalmente asociaciones civiles sin fines de lucro, figura a la que generalmente se recurre cuando no existe otro tipo de forma legal provincial más adecuada. Luego encontramos una serie de figuras provinciales, en aquellos casos en que la provincia tiene o tuvo en el pasado una política de promoción del asociativismo

<sup>298</sup> POSADA, Marcelo, “Desarrollo rural y local. Los primeros pasos de los Consorcios Productivos de la Provincia de Buenos Aires” en Argirópolis. Periódico Universitario. En Internet: [www.argiropolis.com.ar](http://www.argiropolis.com.ar), 21/05/2011

<sup>299</sup> CRAVACUORE, Daniel, “La innovación en la gestión local. Planes estratégicos y cooperación intermunicipal en la Argentina”, en Internet: [www.biblioteca.municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/epgl.pdf](http://www.biblioteca.municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/epgl.pdf), 21/05/2011.

municipal, por ejemplo, los Consorcios Productivos de la Provincia de Buenos Aires, instituidos por Ley provincial N° 12.288, los Ente Intermunicipal para el Desarrollo Regional (EN.IN.DE.R) de Córdoba, las Micro Regiones y Consejos Regionales de Chaco, también establecidas por Ley provincial N° 5.174, las Asociaciones de Desarrollo Regional (ADR) de Santa Fe, y algunos Entes regionales creados especialmente por una provincia, como el Ente de desarrollo Región Sur de Río Negro, o por el acuerdo de dos provincias como es el caso de la Comarca del Paralelo 42 (CODECAP 42).

En cuanto a los textos constitucionales provinciales la mayoría enumera en forma vaga al asociativismo municipal, permitiendo los convenios entre municipios.

De manera ejemplificativa mencionamos el caso de Catamarca, en donde la Constitución Provincial establece en el artículo N° 252 inciso 4 que: Son atribuciones y deberes del Gobierno Municipal, sin perjuicio de lo que establezcan las Cartas Orgánicas y la Ley Orgánica de Municipalidades y Comunas (...) Realizar convenios y contratos con la Nación, la Provincia y otros Municipios, para la construcción de obras y prestaciones de servicios públicos y comunes.

La Constitución de la provincia de Córdoba autoriza a que las Municipalidades puedan celebrar convenios entre sí, y constituir organismos intermunicipales para la prestación de servicios, realización de obras públicas, cooperación técnica y financiera o actividades de interés común de su competencia (art. 190).

En el caso de Corrientes “El municipio conviene con la Provincia o con otros municipios, la formación de organismos de coordinación y cooperación necesarios para la realización de obras y la prestación de servicios públicos comunes” (art. 163, inc. 12).

El caso de la provincia de Río Negro el municipio tiene las siguientes facultades y deberes (...) Forma los organismos intermunicipales de coordinación y cooperación para la realización de obras y la prestación de servicios públicos comunes (art. 229, inc. 10).

La Constitución Chaqueña entiende que los municipios podrán convenir entre sí la realización de obras destinadas a satisfacer necesidades de interés común. La ley establecerá el régimen y demás normas de la acción intercomunal. Tendrán participación en las iniciativas de regionalización que los comprendan (art. 201).

En La Rioja las cartas orgánicas deberán asegurar (...) El proceso de regionalización para el desarrollo económico y social, que permita la integración y coordinación de esfuerzos en pos de los intereses comunes mediante acuerdos interdepartamentales, que podrán crear órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines (art. 157 inc. 5).

Con respecto a la Provincia de Buenos Aires el art. 192 inc. 8 de la Constitución Provincial expresa que “Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes: (...) Constituir consorcios de municipalidades y cooperativas de vecinos a los fines de la creación de superusinas generadoras de energía eléctrica”.

Creemos, que a partir de la reforma constitucional, con la incorporación expresa de la autonomía municipal, nada impediría a los municipios de la República Argentina, asociarse en microregiones siempre que respeten la normativa federal y local, siendo el principio que rige en la materia el de la permisión salvo que este expresamente prohibido.

Sin embargo, una gran mayoría de las microregiones funciona de hecho, sin una figura jurídica y una institucionalidad afianzada, lo cual representa una de las principales dificultades para el *reconocimiento formal y legal* de estas asociaciones y la actuación de las mismas como entes intermedios ante los gobiernos provinciales, nacional e incluso con el exterior. Si bien la mayoría de las constituciones provinciales

permiten la conformación de asociaciones entre municipios, tal legislación no establece pautas claras y dista de ser homogénea para las distintas provincias<sup>300</sup>.

En general, la pauta es que las microregiones pueden materializarse por leyes, convenios y acuerdos, los municipios pueden asociarse con distintos fines entre los que se destacan la búsqueda del desarrollo económico y social, pero no constituyen un nuevo nivel de gobierno. La Constitución permite crear regiones, pero las mismas están impedidas de tener gobiernos propios. No pueden tener autoridades surgidas de procesos electorales, por lo que la búsqueda del consenso entre los actores tanto locales como provinciales y nacionales es de vital importancia para la cristalización de los objetivos propuestos por el plan estratégico.

Es interesante señalar que existen además algunas experiencias importantes, aunque incipientes, de asociaciones de municipios a escala internacional, a partir de la cercanía con municipios de países limítrofes, tal es el caso por ejemplo de la micro región Asociación para el Desarrollo de Misiones, que se encuentra realizando actividades y reuniones conjuntas con la Associação dos Muicípios da Grande Santa Rosa, del sur de Brasil, a partir del “I Encuentro de Intendentes de la Cuenca del Río Uruguay”, realizado en febrero de 2003, en el que se firmó un Acta de Colaboración e Integración de las dos microregiones vinculadas al desarrollo productivo. En este sentido, las microregiones pueden convertirse además en actores importantes en los procesos de integración regional como el MERCOSUR<sup>301</sup>.

Para concluir hacemos nuestras las palabras de Pedro Frías<sup>302</sup> “...a) la región no puede ser otro logro burocrático, sino la superación del centralismo burocrático; b) la región no puede ser un nuevo pasatiempo para expertos y aficionados, sino una vocación y una misión; c) la región no es la contrafigura de la provincia o de la nación, sino el punto de concertación de las competencias y de la conciliación de intereses; d) la región no es la beatificación del localismo sino el servicio de un espacio donde el ser social adquiere la plenitud de su identidad pero también de su interdependencia; e) la región no es el nuevo ghetto de los marginados sino una promesa de justicia interregional; f) la región no es una perspectiva totalizante sino apenas un subsistema en el tratamiento global de los problemas de Estado y sociedad...”.

*“Las regiones serían, ante todo, resultado de un proceso de construcción social de los propios agentes de desarrollo presentes en ellas, siendo el Estado, en sus diversas manifestaciones jurídico - institucionales, el que tiene el rol de sostener los procesos que se generan desde el interior de la región. De este modo la constitución de espacios regionales como la elaboración de programas y políticas para su desarrollo son el resultado del consenso de los actores que operan en esos espacios”*<sup>303</sup>.

<sup>300</sup> ITURBURU, Mónica, “Nuevos acuerdos institucionales para afrontar el inframunicipalismo argentino” en “Cooperación Intermunicipal en Argentina”, Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), Eudeba, Buenos Aires, 2001. La autora compara la situación argentina con los fenómenos de inframunicipalismo en Francia, España e Italia, donde los gobiernos estarían igualmente intentando impulsar la formación de instituciones supramunicipales y distintas formas de cooperación intermunicipal.

<sup>301</sup> ALTSCHULER, Bárbara, ponencia “El asociativismo municipal como estrategia para el Desarrollo económico local en la Argentina”. 10/09/03. V Seminario de Red Municipal.

<sup>302</sup> FRIAS, Pedro, “El federalismo argentino. Cuaderno de Federalismo”. Córdoba. Argentina: Instituto de Federalismo. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2002.

<sup>303</sup> TECCO, Claudio Alberto y BRESSAN, Juan Carlos. “Las iniciativas institucionales de cooperación intermunicipal en la provincia de Córdoba durante el periodo 1988-1998” en “II Seminario de la Red Nacional de Centros Académicos dedicados al estudio de gestión en Gobiernos locales”. Universidad Nacional de Quilmes, Córdoba, 2000.

*IV.- Microrregiones. Situación actual y forma jurídica. Por provincia n° nombre de la mr provincia/s situación actual forma jurídica observaciones / personería jurídica*  
(Fuente: Elaboración propia en base a datos del Prolocal, IFAM y aportados por los actores locales y micro regionales)

**1.- CO.PRO.DER**

Buenos Aires. En funcionamiento. Consolidada. Consorcio productivo. Ley provincial N° 12.288. Personería jurídica propia.

**2.- CO.PRO.NE.**

Buenos Aires. En funcionamiento. Consolidada. Consorcio productivo. Ley provincial N° 12.288.

**3.- CODENOBA**

Buenos Aires Baja actividad. Consorcio productivo. Ley provincial N° 12.288.

**4.- Cuenca Inferior del Salado Buenos Aires**

En reactivación. No Consolidada. Asociación Civil sin fines de lucro

**5.- Mar y Sierra Buenos Aires**

En funcionamiento. Consolidada. Consorcio de municipios. Personería en trámite

**6.- Unión de Municipios del Sudoeste Chaqueño II Chaco**

En funcionamiento. Consolidada. Primero arman los Consejos. Regionales de Planificación. Ley provincial de Microregiones. Ley 5.174

**7.- Comarca de los Alerces Chubut**

En funcionamiento. Consolidada. Consorcio de gestión turística

**8.- Comarca del RíoPico Chubut**

En reactivación Asociación Civil sin fines de lucro. Tienen personería jurídica.

**9.- ENINDER 1- Villa Maria Córdoba**

En funcionamiento. Consolidada. Ente Intermunicipal para el Desarrollo Regional.

ENINDER

**10.- Foro de los Ríos Córdoba**

En funcionamiento. Consolidada. Asociación civil sin fines de lucro. Tienen personería jurídica

**11.- ECOS. Córdoba/ Santa Fe**

En funcionamiento. Asociación civil sin fines de lucro. Tienen personería jurídica

**12.- Micro Región del Taraguí Corrientes**

En funcionamiento. En formación. Asociación civil sin fines de lucro. Tienen Personería jurídica provincial.

**13.- Nordeste de Corrientes (VIRASORO) Corrientes**

En funcionamiento. En formación. A definir En formación

**14.- Departamento de Gualguaychú. Entre Ríos**

En formación A definir Tienen ente de turismo

**15.- Del Sur de la provincia de Formosa. Formosa**

En funcionamiento. En formación. A definir En formación

**16.- Del Valle de San Francisco Jujuy.**

Inactiva. Asociación civil sin fines de lucro. Personería en trámite

**17.- Red de Municipios de Quebrada y Puna. Jujuy**

En funcionamiento. Consolidada. Asociación civil sin fines de lucro. Tiene personería jurídica.

**18.- Asociación de Municipios de la Puna Jujuy**

En funcionamiento. Consolidada. Asociación civil sin fines de lucro Personería jurídica en trámite

**19.- Luján de Cuyo y Maipú- Mendoza. Mendoza**

	En funcionamiento s/d s/d
	<b>20.- Valle de Uco. Mendoza</b>
	En formación Consorcio de tratamiento de residuos. Tienen personería jurídica. Quieren ampliar la figura
	<b>21.- Mendoza (zona sur) Del Nevado. Mendoza</b>
	En funcionamiento s/d s/d
	<b>22.- Asociación para el desarrollo de Misiones. Misiones</b>
	En funcionamiento. En formación. Ente de derecho público. Acta acuerdo con la provincia. Proyecto ley provincial de Micro regiones.
	<b>23.- Ente de desarrollo Región Sur de Río Negro. Río Negro</b>
	En funcionamiento. Consolidada. Ente de derecho público provincial
	<b>24.- CODECAP 42. Río Negro / Chubut</b>
	En funcionamiento. Consolidada. Reconocido por tratado interprovincial
	<b>25.- Valle de Lerma. Salta</b>
	En funcionamiento. En formación. A definir
	<b>26.- Asoc. Para el desarrollo Regional (Sur Obl. y norte de San Javier) Santa Fe</b>
	En funcionamiento. Consolidada.
	<b>27.- San Lorenzo. Santa Fe</b>
	En funcionamiento.
	<b>28.- Federación de ciudades hermanadas con Italia. Santa fe</b>
	En funcionamiento. Consolidada. Asociación civil sin fines de lucro. No tienen personería.
	<b>29.- Interprovincial de la Mar Chiquita Santa Fe / Córdoba / Santiago del Estero</b>
	En funcionamiento. Consolidada. Asociación civil sin fines de lucro. Personería en trámite
	<b>30.- AMUDER. Santiago del Estero/ Catamarca/ Tucumán</b>
	En funcionamiento. Consolidada. Asociación civil sin fines de lucro Público-privada. Con personería.

*V.- Conclusiones: Acerca de la importancia de una microrregión fiscal en el centro de la Provincia de Buenos Aires*

Una vez conceptualizada la micro-región, sus alcances, y marco jurídico en la Argentina, debemos preguntarnos si es viable una asociación de municipios en el marco de un plan cooperativo para los municipios de Azul, Olavarría, Rauch, y Tandil (TOAR), para luego evaluar cuales son las ventajas de una micro-región de carácter fiscal.

En primer lugar los municipios involucrados en este proyecto cuentan con la cercanía geográfica necesaria para constituir una región. También cuentan con una población homogénea que ronda entre los 50.000 y 125.000 habitantes, salvo el caso de Rauch de aproximadamente 15.000 habitantes.

El TOAR abarca una superficie de 23.387 kilómetros cuadrados y se localiza en la región central de la Provincia de Buenos Aires con una población total en la actualidad de alrededor de 309.970 habitantes.

Se realizan los primeros esfuerzos para convertirlo formalmente en micro-región a principios de los años '90 formalizándose como consorcio regional de municipalidades en el año 1996 al amparo del art. 43 de la Ley Orgánica Municipal con

el acuerdo inicial de los municipios de Tandil, Azul y Olavarría. Posteriormente, y en abril de 1998 se suma a la iniciativa el municipio de Rauch incorporando, entonces, el TOAR.

El eje del acuerdo se centró en cuestiones productivas pero, indudablemente, existen aspectos donde podrían explorarse puntos de acuerdo que podrían brindar sustancia a la micro-región fiscal, entre ellos el inc. a) art. 4 del estatuto que establece que el consorcio tendrá por objeto generar un compromiso solidario entre los municipios miembros, tendiente a producir un crecimiento armónico de todos sus integrantes; o el inciso de d) del mencionado artículo cuando también menciona como objetivo propiciar la reducción de los costos productivos y un incremento de la actividad productiva.

Actualmente el consorcio se encuentra vigente pero paralizado.

Ahora bien, que las municipalidades involucradas sean capaces de adecuar las ordenanzas fiscales intervinientes a un patrón común, produce una simplificación de la legislación impositiva municipal, hecho que traerá como beneficios no solo una reducción de los gastos administrativos municipales sino también una disminución de los costos operativos de las empresas radicadas logrando así una mayor eficacia y competitividad de los sectores productivos locales.

Por otro lado, ya existe en la práctica una micro-región de carácter académico que nuclea a Tandil, Azul y Olavarría como integrantes de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN) con gran prestigio a nivel nacional como interacción con más de treinta años de funcionamiento desde su creación, cuyo involucramiento con el área trasciende la coyuntura política y podría convertirse en un agente dinamizador para la elaboración y seguimiento de un plan estratégico para la micro-región como asesor fundamental de los gobiernos locales.

Asimismo, la organización de los estados municipales podría constituir un eje central en la elaboración de una micro-región, específicamente, en la adopción (o la realización de estudios conducentes) de criterios, procesos, normativa y comportamientos institucionales que podrían generar un ambiente propicio para potenciar la organización de una micro-región.

En esta línea de pensamiento, una micro-región fiscal podría resultar altamente ventajosa en una zona donde coexisten focos industriales, académicos y turísticos de gran envergadura; ya que, por un lado, unificaría la legislación tanto de los contribuyentes existentes como de aquellos que evaluarán radicarse en la región, simplificando el laberinto de ordenanzas fiscales producido por los más de 2.000 municipios de la República Argentina; y por el otro el otro permitiría reducir los costos administrativos de los municipios involucrados aumentando – de esa manera – la productividad de la recaudación a raíz de la simplificación propuesta.

En este espíritu, corresponde investigar la conveniencia de unificar el marco normativo de estas jurisdicciones tanto en lo referido a los procedimientos de determinación, recaudación y verificación de las obligaciones tributarias que ingresan en su ejido como de la misma materia imponible de los propios tributos locales.

Es importante destacar que este primer paso, podría ser el puntapié inicial para otros acuerdos marco tanto sobre economía regional, infraestructura, como protección del medio ambiente.

Los pasos a seguir serán primero analizar las ordenanzas fiscales de los municipios miembros para luego se elaborar un modelo de ordenanza fiscal común aplicable dentro del marco del consorcio productivo TOAR ya existente propiciado así su reactivación.

## ALGUNOS DESAFÍOS DEL “DERECHO GENÉTICO” (\*)

Elvio GALATI (\*\*)

### Resumen:

El presente trabajo trata problemas como el error en el diagnóstico genético prenatal, el registro de huellas dactilares y perfiles genéticos en bases policiales, ambos derivados en casos planteados ante la Corte Europea de Derechos Humanos. También se alude al conflicto entre el derecho a la identidad genética que plantean los familiares de hijos de desaparecidos en conflictos armados y la intimidad de éstos. Se tratan también las cuestiones del determinismo genético, la normalidad, la igualdad y el problema del cambio de especie, todo lo cual funda la especial exigencia de justicia del Derecho Genético.

### Abstract:

This paper treats issues like the mistake in the prenatal genetic diagnostic, the register of fingerprints and genetic profiles in police bases, both issues derived from cases exposed to the European Court of Human Rights. In addition, there is a reference to the conflict between the right to the genetic identity proposed by the relatives of the missing children in armed conflicts and their privacy. There is also a discussion on genetic determinism, normality, equality and the problem of species change, all of which founds the special exigency of justice in Genetic Law.

### Palabras Clave:

Bioética – Derecho de la Salud – Tecnología – Genética - Derecho Genético.

### Key Words:

Bioethics – Health Law – Technology – Genetics – Genetic Law.

### *I.- Introducción*

Plantearé aquí algunos temas problemáticos de la genética humana vistos desde el Derecho.

#### *A.- Ideas básicas*

1. El **error en el diagnóstico prenatal** plantea el problema de la existencia de la responsabilidad médica en ese sentido, ante la cual los profesionales de la salud deberán estar advertidos para no incurrir en ella, y que son fruto de los avances de las técnicas médicas. Cabe preguntarse si los padres tienen derecho a una indemnización por los daños morales y materiales ocasionados por dicho error de diagnóstico genético<sup>304</sup>. En

<sup>304</sup>(\*) En ocasión de la “Reunión abierta sobre Filosofía del Derecho de la Alta Tecnología: Genética Humana” realizada por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) el 17 de noviembre de 2010.

(\*\*) Docente regular de “Filosofía del Derecho” en la UNR y becario postdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). elviogalati@gmail.com

“[...] la consciencia social evidencia una fuerte razonabilidad aprobatoria de la transmisión de la vida, aunque sea afectada por deficiencias y enfermedades.” CIURO CALDANI, “Bases para el Bioderecho de la transmisión genética de deficiencias y enfermedades”, en “Bioética y Bioderecho”, n°1, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 1996, pág. 19. He aquí un gran dilema entre la noción



el caso “Maurice c. Francia”<sup>305</sup>, una pareja tuvo un primer hijo con una enfermedad genética que provoca una atrofia de los músculos. La mujer tiene un nuevo embarazo, se le informa que el feto corre riesgo de tener la misma enfermedad y lo interrumpe. Ante otra gestación pide otro diagnóstico prenatal y en este caso se dice que el bebé nacerá sano. Pero el bebé nace con “amyotrophie spinale” debido a un error por inversión de resultados de los frascos. Ante lo cual se le inicia una acción por responsabilidad al Hospital Público de París.

El caso se revela también problemático porque una ley francesa cambia el régimen de responsabilidad para reparar los daños sufridos por los niños discapacitados, ya que no podrá reclamarse todo lo necesario para llevar adelante la vida del niño, sino que dependerá de la compensación del sistema de la solidaridad nacional (pto. 50). Este sistema es distinto del que plantea la jurisprudencia administrativa y judicial (pto. 52). Ya que los padres reclaman una reparación integral (pto. 61): lo necesario para cubrir los gastos derivados de las caídas frecuentes del menor que no se puede levantar sin ayuda, marcha titubeante, fatiga ante cualquier esfuerzo, necesidad de la asistencia de una tercera persona sobre todo durante la noche para darse vuelta y no ahogarse, el hecho de que no pueda lavarse solo y depender de una moto eléctrica para desplazarse, necesidad de asistencia médica varias veces por semana y no poder ser admitido en la escuela sin los dispositivos adecuados, a la vez que tiene reservas para la pubertad respecto de su plan motor, respiratorio y deformaciones ortopédicas (pto. 17). Los requirentes critican al Estado por no poner en acción un régimen de compensación efectivo de gastos ante un niño discapacitado (pto. 118).

La Corte considera que el único punto litigioso es el vínculo de causalidad entre la falta del establecimiento hospitalario y el perjuicio sufrido por los requirentes. El hospital estima que dicho vínculo no existe ya que, incluso ante la ausencia de inversión de los frascos, el diagnóstico prenatal que habría sido comunicado a los padres sería incierto, ante la presencia de sangre materna en la extracción efectuada por lo que no se pueden beneficiar de una indemnización automática ni de una “esperanza legítima” (pto. 67). El tribunal estima que las jurisdicciones consideraron que la falta del hospital llevaron erróneamente a los requirentes a la certidumbre de que el niño concebido no padecía de la atrofia espinal y que el embarazo podía ser llevado normalmente a término mientras que los padres manifestaron su voluntad de evitar el riesgo de un tercer accidente genético (pto. 68). Por lo que los requirentes pueden legítimamente esperar la reparación integral de sus perjuicios comprendiendo los gastos particulares derivados de la discapacidad de su niño a lo largo de toda su vida (pto. 69).

Frente a lo cual cabe preguntarse por un eventual colapso del sistema de salud ante la escasez de los recursos. El gobierno francés alega el tratamiento equitativo del conjunto de las personas discapacitadas, cualquiera sea la gravedad y la causa de su discapacidad. Se trataría también de no hacer cargar sobre los profesionales de la salud

de vida “normal” y “anormal” y las diversidades, y la frustración de las expectativas de los padres ante el respeto a su voluntad de no procrear. Pronunciándose por la admisión de la vida distinta señala Ciuro Caldani: “los eventuales reproches por transmisión de deficiencias o enfermedades pueden ser medios para poner la utilidad al servicio de otros valores, pero en todo caso hay que tomar consciencia de que se desenvuelven en contraste con la estima que siempre merece la condición humana y afectan incluso la realización del valor amor en un marco donde éste es particularmente significativo, como el de la familia. La paternidad es una de las mayores expresiones del amor y en principio no es admisible mezclarla con la idea de ‘daño’.” Íd., pág. 20. Hay que ponderar también lo que los padres consideren íntimamente como aquello que pueda perjudicar a sus descendientes y el grado de participación que tienen en la construcción del bienestar de la humanidad saludable.

<sup>305</sup>Fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos el 6.10.2005 en Strasbourg, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=62079818&skin=hudoc-fr&action=request> (13.11.2010).

la indemnización de una discapacidad no descubierta durante el embarazo (pto. 75). Ante las huelgas, renunciaciones y renuncias a practicar ecografías prenatales, el legislador accionó para preservar la carrera médica en el área de la obstetricia y la ecografía (pto. 75). Hay que limitar la fuga de los practicantes privados del sector del diagnóstico prenatal (pto. 76). En suma, se trata, según el gobierno, de preservar el sistema de salud, frente a la esperanza de indemnización complementaria de algunos padres (pto. 76).

Aquí se ve entonces la tensión entre la indemnización por la falta y la preservación de la carrera médica. La Corte admite la facultad del Estado francés de organizar su sistema de salud frente a los discapacitados luego de consultar diferentes grupos interesados, alegando motivos de interés general que el tribunal no puede revisar (pto. 121). El tribunal comunitario no puede sustituirse a las autoridades nacionales para apreciar la oportunidad de tal régimen, ni en qué podría consistir la política óptima en un área social tan difícil, por lo que se reconoce a los Estados una importante libertad (pto. 123). Por lo que no se puede pretender que el legislador francés ha roto el justo equilibrio a administrar (pto. 124). Pero la Corte admite que hubo violación del Protocolo n°1 adicional a la Convención que reglamenta el derecho de propiedad ante las modificaciones legislativas y admite para el caso una indemnización equitativa (pto. 127).

1.1. También plantea el caso la posibilidad de valerse de los diagnósticos prenatales para la prevención de enfermedades genéticas, por ejemplo, el síndrome de Down, donde allí los padres tienen la opción de seguir o no con el embarazo, frente a una entidad que ya puede considerarse persona. Está entonces el problema del aborto anticipado gracias a las técnicas derivadas de los avances genéticos. Para aquellos que no están a favor del aborto, puede prepararles el diagnóstico prenatal a fin de afrontar un bebé con necesidades específicas<sup>306</sup>.

2. En el caso “M. S. y Marper contra el Reino Unido”<sup>307</sup>, dos personas fueron acusadas y absueltas de delitos penales, pero sus **huellas digitales y genéticas fueron registradas**<sup>308</sup>, por lo cual solicitaron a la autoridad policial ser dados de baja y les contestaron con la negativa, dando lugar a un juicio ante el Tribunal Europeo. Uno de los jueces de la Cámara de los Lores señala el interés de la conservación a los fines de la comparación en caso de seguirse la averiguación de otros delitos, luego seguidos de condena (pto. 16). También expresó que el archivo de los perfiles genéticos sirve a los fines de las estadísticas de infracción, ya que hay un 40% de chances de que un perfil registrado concuerde con las huellas tomadas en los lugares de infracción (pto. 17). Mientras que los requirentes señalan que las cifras no indican en qué medida esa unión con las huellas tomadas en los lugares de infracción condujo a la condena de las personas involucradas (pto. 116). El juez lord británico consideró que la intromisión en la vida privada derivada de la conservación del material genético es mínima como el riesgo de su mala utilización en comparación de su función actual (pto. 19). El juez priorizó el derecho del otro a no ser tocado por la criminalidad (pto. 20). Cabe señalar que no obstante la absolución, permanecer registrados en semejante base de datos genera una estigmatización y discriminación difícil de tolerar y una apariencia de culpabilidad a pesar de que la formalidad diga que no (v. el pto. 22). La Cámara de los Lores rechaza el planteo de los requirentes. Porque es un objetivo legítimo aumentar el

<sup>306</sup>Federación Europea de Biotecnología, Boletín n°3, Bern, 1997.

<sup>307</sup>Fallado por la Corte Europea el 4.12.2008, en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=g%E9n%E9ti que&sessionId=62116805&skin=hudoc-fr> (13.11.2010).

<sup>308</sup>En Santa Fe, recién se comienza a poner en marcha el proceso de digitalización de las huellas dactilares para la identificación de personas. V. “Crean una base de datos para identificar por huellas dactilares”, en “La Capital” del 6.2.2011, en <http://www.lacapital.com.ar/policiales/Crean-una-base-de-datos-para-identificar-por-huellas-dactilares---20110206-0023.html> (6.2.2011).

tamaño de la base de datos de las huellas digitales y muestras genéticas que sirven a un interés público, permitiendo detectar y perseguir las infracciones graves y disculpar a los inocentes además de luchar contra la criminalidad (pto. 24). La disidencia de la Cámara considera el atentado del Estado a la vida privada y la confidencialidad de algo tan privado como la constitución genética de un individuo (pto. 25). La pregunta es si a partir de ese registro de datos genéticos se puede inferir la propensión del individuo a cometer determinados delitos, si en el futuro, con el avance de la tecnología, se podrá aumentar el poder de predicción a partir de la información contenida en el ADN.

Por su parte, la Corte consideró que los objetivos de las leyes de conservación de los datos genéticos son legítimos: la prevención de las infracciones penales y la identificación de los futuros delincuentes (pto. 100). Pero son muy vagos (pto. 99) en relación al rol fundamental que juegan el respeto a la vida privada y familiar (pto. 103). Consecuentemente, el tribunal comunitario hace alusión al consentimiento de la persona involucrada (pto. 104). Es entonces necesario fijar reglas claras y detalladas, como por ejemplo, la duración, la utilización, el acceso de terceros, los procedimientos destinados a preservar la integridad y confidencialidad, los procedimientos de destrucción, de manera que los justiciables dispongan de garantías suficientes contra los riesgos de abusos y arbitrariedades (pto. 99). El fallo señala que se valdrá como fuente de la “práctica en vigor en los Estados contratantes” (pto. 107) y en la gran mayoría de ellos se dispone que los datos de ADN, las muestras y los perfiles genéticos deben ser destruidos o borrados sea inmediatamente o dentro de un cierto plazo después de la absolución o “no-lugar” (“non-lieu”) (pto. 108). Siendo que el caso se presenta contra el Reino Unido, la Corte presenta el ejemplo del parlamento escocés que autorizó la conservación del ADN de personas no condenadas únicamente para los adultos acusados de infracciones violentas o sexuales e incluso en éstos casos por una duración de 3 años solamente y con la posibilidad de conservar éstos elementos dos años suplementarios con el acuerdo de un *sheriff* (comisario) (pto. 109). Los otros Estados que no son Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte han decidido fijar límites a la conservación y utilización de estos datos a fin de lograr un equilibrio adecuado con la preservación de la vida privada. El alto tribunal observa que la protección sería debilitada de manera inaceptable si el uso de estas técnicas científicas modernas en el sistema de la justicia penal fuera autorizado a cualquier precio (pto. 112). El Estado que reivindica un rol pionero en la evolución de las nuevas tecnologías tiene la responsabilidad particular de encontrar el justo equilibrio en la materia (pto. 112).

La conservación de los datos no está limitada en el tiempo y los elementos son conservados indefinidamente independientemente de la naturaleza o gravedad de la infracción. Además, no existe la mínima posibilidad para el individuo absuelto de ser borrado de la base (pto. 119). La Corte señala que la conservación de las muestras celulares son particularmente intrusivas teniendo en cuenta la difusión de las informaciones genéticas y las relativas a la salud que contienen (pto. 120). Y particularmente preocupante es el riesgo de estigmatización ya que los requirentes no fueron reconocidos como culpables de infracción alguna y son beneficiarios del principio de inocencia mientras que son tratados de la mismas manera que los condenados. No hay que perder de vista el derecho de toda persona que garantiza la Convención a que se le presuma su inocencia. En tanto sus datos son conservados indefinidamente como en el caso de los condenados, aquellos de los que no se tienen sospechas son destruidos (pto. 122). Respecto de los menores, la conservación de los datos es particularmente perjudicial, como en el caso de uno de los requirentes, en razón de su situación especial y por la importancia que revela su desarrollo y su integración en la sociedad (pto. 124).

Concluye el tribunal comunitario que el carácter general e indiferenciado del poder de conservación de las huellas digitales, muestras biológicas y perfiles genéticos de personas sospechadas de haber cometido infracciones pero no condenadas no traduce un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego ya que hay un atentado desproporcionado al derecho de los requirentes respecto de su vida privada que no puede pasar como necesario en una vida democrática (pto. 125).

3. El caso de los **hijos de desaparecidos**<sup>309</sup> durante la última dictadura militar argentina plantea la difícil tarea de valernos de los genes para dar a los bebés sustraídos, hoy adultos, la posibilidad de lograr su identidad. Más allá de las connotaciones políticas, el tema plantea un problema filosófico acerca de lo que entendamos por identidad. La “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos”<sup>310</sup>, plantea que “[...] la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos [...]” (art. 3). Aquellos bebés sustraídos pueden exigir entonces su derecho a conservar su vida actual, generándose la tensión, que se ve reflejada en el caso de los hijos adoptivos de la poderosa dueña del multimédios de Argentina “Clarín”<sup>311</sup>, acusada de haberlos sustraído indebidamente. Por un lado los abuelos y padres biológicos están a favor de la verdad de su identidad, pero por otro lado “Marcela”, “Felipe” y Ernestina Herrera de Noble pretenden ser dejados en paz en la intimidad de sus actuales vidas. Marginando el eventual delito que atravesara la vida de esos hermanos, cabe considerar a la identidad complejamente, es decir, teniendo en cuenta que “[...] en ella influyen [...] factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad” (art. 3 de la Declaración). Hay que agregar ahora sí el deber del Estado de averiguar la comisión de un delito, que en el caso reviste particular gravedad por haberse cometido por quienes se encontraban en ejercicio del poder estatal, es decir, de lesa humanidad, tornándose imprescriptible. Un ingrediente a favor de la averiguación de la verdad histórica se produjo con la ley 26549, de reforma al Código Procesal Penal de la Nación, que faculta a los jueces a ordenar la extracción coercitiva de material biológico a fin de lograr el ADN. También se pretende comparar los perfiles genéticos de los hermanos con todos los del Banco Nacional de Datos Genéticos, creado por ley 26548, por lo que los hermanos Noble Herrera presentaron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) un hábeas corpus con el objeto de que no se inicien nuevas causas en otros juzgados para determinar si son hijos de desaparecidos, que fue rechazado al igual que otros dos pedidos que pretendían la suspensión de medidas probatorias y la inconstitucionalidad de la legislación que creó el Banco<sup>312</sup>.

<sup>309</sup> Sobre la identificación de personas desaparecidas, análisis forense de ADN e identificación de restos humanos p. v. [www.cicr.org](http://www.cicr.org) (4.3.2011).

<sup>310</sup> Aprobada por la UNESCO el 16.10.2003.

<sup>311</sup> Roberto Marquevich fue separado como juez por juicio político de la causa que le iniciara a Herrera de Noble por delitos relativos a la identidad de sus hijos adoptivos: sustracción, retención y ocultamiento de menores, supresión, alteración de su identidad, y falsedad ideológica de instrumentos. Separación que tuvo lugar luego de ordenar su detención. Lo que sumado a los años que lleva la causa sin resolución desde el 30.4.2001 concluye en el poder de la influyente directora-propietaria. La Cámara Federal de San Martín confirmó el 17.3.2011 la decisión de primera instancia que dispuso la extracción de muestras a Felipe y Marcela Noble Herrera. Uno de los votos sostuvo: “[...] las plurales y voluntarias oposiciones de los apelantes a las obtenciones de sus muestras biológicas indubitables durante casi un década, constituirían indicios graves, precisos y concordantes [graves y fundadas sospechas de identificaciones positivas de los apelantes como integrantes desaparecidos de las familias reclamantes], que serían en alguna medida proporcionales al valor de verdad de la estancada prueba científica de ADN” (voto del juez Daniel Rudi).

<sup>312</sup> V. <http://www.diarijudicial.com/noticias/Brevatas-20110215-0001.html> (3.3.2011).

El fallo de la Sala II de la Cámara Federal de San Martín que confirma la extracción de nuevas muestras biológicas hace hincapié en la averiguación de un presunto delito de lesa humanidad vinculado con los hermanos Noble, que justifica la obtención cuestionada. Ya que en el origen de esta adopción habría una desaparición forzada. Se confrontan aquí la identidad no genética y los medios para la obtención de una adopción. El juez Alberto Criscuolo valora para confirmar la decisión de primera instancia de la jueza Arroyo Salgado el tiempo prolongado de investigación, la falta de éxito que tuvieron las medidas alternativas para obtener los perfiles genéticos, la necesidad de arribar a la verdad histórica, actuar al Derecho Penal, y que la medida dispuesta no implica un daño en la salud para los sujetos pasivos<sup>313</sup>. El camarista expresa que el derecho a preservar la identidad no puede prevalecer frente al interés de la sociedad a esclarecer y perseguir los delitos. A su turno, el juez Hugo Gurruchaga fundamenta la elección de la extracción directa de material biológico en el sentido de la falta de éxito de los métodos alternativos -indirectos- por la existencia de distintos materiales biológicos en los objetos analizados, ropas de diferentes tallas a las normales, la pérdida del factor sorpresa que es clave en una pesquisa, cumpliéndose lo que señala la ley que habilita los métodos no compulsivos cuando se pueda alcanzar certeza, que no se logró en el caso. Además, señala la negativa de los hermanos Noble a comparar sus muestras con el resto de las que se encuentran en el Banco. El magistrado sostiene asimismo que la intimidad alegada encuentra su límite en el perjuicio a terceros, representado en el caso por los posibles familiares de los hermanos Noble y por el deber del Estado de averiguar la comisión de un delito.

Al fin, si el delito existió, el mismo podría no perturbar la relación de afecto que une a los hermanos Noble con su madre adoptiva; y determinada su identidad genética se calmaría la ansiedad de sus padres biológicos por el conocimiento de la verdad. De ahí que es acertada la afirmación del juez Gurruchaga cuando señala: “[...] una vez satisfecho el derecho a la verdad de los presuntos familiares biológicos, las eventuales víctimas mayores de edad tienen plena autonomía para decidir libremente sus proyectos de vida sin que el Estado pueda tener en ello ningún tipo de interferencia”. La resistencia es tan grande porque atraviesa el conflicto la averiguación de un delito de lesa humanidad que involucra a una empresaria poderosa.

Cabe tener en cuenta que el máximo tribunal de Argentina ha resuelto negativamente a la extracción compulsiva de sangre en el caso “Recurso de hecho deducido por Emiliano Matías Prieto en la causa Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años<sup>314</sup>”, mientras que se pronunció a favor del allanamiento con el fin de secuestrar objetos que contengan material biológico para identificar genéticamente en el caso “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años<sup>315</sup>”. Aquí señaló que las muestras fueron tomadas sin invadir el cuerpo del afectado ni contar con su participación efectiva para revelar la verdad en un juicio (consid. 15). Es dable destacar, si se quisiera pensar en predecir el comportamiento de la Corte de recurrirse la decisión de la Cám. Fed. de San Martín, lo dicho por el Alto Tribunal en aquella oportunidad: “...igual solución correspondería en el hipotético caso de que, frente a una situación de hecho análoga, debiera procurarse la muestra en cuestión a través de una extracción de sangre de la supuesta víctima del hecho. En efecto, aun cuando ello sí derivaría en alguna restricción de sus derechos, lo cierto es que, de acuerdo con lo dicho más arriba, dicha restricción sería ínfima, se verificaría dentro de un marco de razonabilidad y proporción con

<sup>313</sup> Por ello, como señala el juez Gurruchaga, parece descabellado comparar la extracción con una tortura o un apremio ilegal, ya que no se trata de una picana eléctrica ni de una inmersión en el agua.

<sup>314</sup> Fallado por la CSJN el 11.8.2009.

<sup>315</sup> Fallado por la CSJN el 11.8.2009.

relación al objeto procesal que es materia de la causa, y estaría fundamentada en las legítimas facultades estatales de restringir el ejercicio de algunos derechos, en un marco razonable, en aras de procurar la necesaria eficacia en la persecución del crimen. Claro está que dicha práctica debería traducirse en una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima, llevarse a cabo con intervención de personal médico y en debidas condiciones de asepsia e higiene, y su efectiva concreción quedaría subordinada a la inexistencia de eventuales razones de salud que, debido a su gravedad, pudieran obstaculizar momentáneamente su producción. (Consid. 21)

En el primer caso, se niega a validar la extracción compulsiva expresando que no puede lesionarse gravemente a víctima alguna contra su voluntad invocando un abstracto interés social, ya que de esa forma se identificaría al Estado con la sociedad, cayéndose en una tesis autoritaria. Además, requeriría la extracción para investigar un delito que por su propia torpeza no ha podido averiguar, desentendiéndose de las consecuencias dolorosas de su accionar investigativo (consid. 11), ya que se generaría una nueva victimización (consid. 13). También señala el fallo que así como el derecho de gentes obliga a castigar a quienes cometieron los crímenes contra la humanidad también impone la protección de las víctimas; y no se puede cumplir un mandato violando otro (consid. 13). Se ampara la negativa en la existencia de otros medios alternativos de comprobación de la identidad no invasivos (consid. 14) y en la autonomía de la voluntad para decidir sobre el estilo de vida que se desee (consid. 15). Parece que aquí el tribunal confunde la importancia de la decisión que puede calmar el interés de los familiares ante la verdad de la identidad biológica, con la decisión que luego de conocerla pueden tomar los protagonistas. Es decir, la verdad de los hechos necesita del Derecho para ser evidenciada, mientras que los protagonistas luego son libres de rehacer o no sus vidas como deseen.

A pesar del resultado adverso, la lectura del siguiente párrafo enmarca y contextualiza la negativa de la Corte, es decir, delimita la decisión al caso, cuidándose el tribunal de las extrapolaciones ligeras. “Que *en la causa* no se han agotado las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima, por lo cual resultaría violado el criterio de menor ofensividad antes señalado” (consid. 27). Resalto “en la causa” porque en el caso “Noble Herrera” se da a entender el largo proceso y la imposibilidad de acceder al material genético por medios no compulsivos. De ahí que no sería temerario pensar en una confirmación por la Corte del fallo de la Cámara de San Martín.

4. Suele decirse que **no todo está en los genes**, de manera que buena parte del trabajo debería emplearse en acompañar los cambios en las condiciones socio-económicas, políticas, religiosas, artísticas, culturales. No hay que resignarse ante la biología ni las desigualdades son siempre resultados del destino<sup>316</sup>. Hay una relación compleja entre genes y ambiente, de manera que ambos se interrelacionan, luchan, se complementan, viven dialógicamente, “[...] 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<sup>317</sup>.”

<sup>316</sup>NUSSBAUM, Martha, “Genética y justicia: tratar la enfermedad, respetar la diferencia”, trad. de Rocío Orsi, en “Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política”, n°27, Madrid, Instituto de Filosofía, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2002, pág. 9.

<sup>317</sup>MORIN, Edgar “Articular los saberes ¿Qué saberes enseñar en las escuelas?”, 2ª ed., trad. de Geneviève de Mahieu, con la colab. de Maura Ooms, Bs. As., Ediciones Universidad del Salvador”, 2007, pág. 70. “[...] c’est bien entendu dans *La Méthode* que la dialogique se substitue irrévocablement à la dialectique [...]” MORIN, “Mes démons”, Paris, Stock, 1994, pág. 78. “[...] en ‘El Método’ está bien claro que la dialógica sustituye irrevocablemente a la dialéctica [...]” (Trad. del autor). “[...] superar la dialéctica en una dialógica, [...] que haga interactuar uniéndolas de manera complementaria, concurrente, antagonista e incierta, dos lógicas que, sin embargo, tienen el mismo tronco viviente: la auto-lógica y la

Cuando se habla de la manipulación de los genes para fortalecer la biología humana se advierte respecto de los efectos secundarios de ciertos trastornos genéticos que son potencialmente beneficiosos, como en el caso de los portadores del gen de células falciformes que han incrementado la resistencia a la malaria<sup>318</sup>. Con lo cual, el ambiente equilibra a la genética. Y “[...] no es posible predecir si una ventaja genética hoy seguirá siendo considerada buena con los cambios en el entorno<sup>319</sup>.”

La idea moriniana es pertinente al problema en tanto permite una asociación entre los antagonistas a través de la dialógica que mantiene la “[...] dualidad en la unidad [...]. Esa unidad compleja entre dos lógicas, entidades o instancias complementarias, concurrentes, antagonistas, se alimentan la una a la otra, se complementan, pero también se oponen y combaten<sup>320</sup>.” Si hay algo de humano es precisamente su antideterminismo, no importando de qué tipo sea éste. Lo que tampoco implica una fe absoluta en la libertad humana. En suma, “hay que concebir en *complejidad*, es decir, simultáneamente en cada ser humano: la omnipresencia genética; la omnipresencia de los eventos del desarrollo individual; la omnipresencia cultural<sup>321</sup>.”

Una de las dificultades en la aplicación de la terapia genética es la derivada de las enfermedades multifactoriales, que además de depender de la acción conjunta de varios genes, están influidas por factores ambientales<sup>322</sup>. Es decir, no todo puede controlarse a través de la manipulación de los genes.

5. La manipulación genética, ¿no permitiría el **aislamiento** en base a un proyecto de “buena vida” que considere tal un grupo en base a una creencia? ¿Deberían establecerse revisiones a fin de detectar defectos genéticos? ¿Pueden oponerse los discapacitados o las personas con capacidades especiales al mejoramiento genético en tanto éste aumentaría progresivamente su aislamiento y estigmatización<sup>323</sup>? ¿Qué postura adoptar frente a ciertas discapacidades si las vidas más valiosas y creativas son el resultado de una lucha difícil que alejó a ciertas personas de lo convencional<sup>324</sup>? Se pregunta Morin: “¿Habrá que eliminar los anormales potenciales cuando sabemos que la invención y la creatividad proceden de individuos fuera de norma?”<sup>325</sup>. La anormalidad exige soluciones creativas<sup>326</sup>, no químicas, pero la rutina suele conspirar contra ellas<sup>327</sup>. ¿Hay que lograr la uniformidad o combatir el prejuicio<sup>328</sup>? El filósofo francés expone crudamente la problemática: “...nos dirigimos hacia un eugenismo preventivo. Se empieza por eliminar en el embrión las deficiencias genéticas y después se corre el riesgo de eliminar a los desviantes potenciales, anticipando in ovo la liquidación de los

eco-lógica.” MORIN, “El Método 2. La vida de la vida”, trad. de Ana Sánchez, 7ª ed., Madrid, Cátedra, 2006, pág. 106.

<sup>318</sup>Boletín de la Federación Europea de Biotecnología, op. cit.

<sup>319</sup>Íd.

<sup>320</sup>MORIN, “Articular...”, cit., págs. 69-70.

<sup>321</sup>MORIN, “El Método 2...”, cit., pág. 165.

<sup>322</sup>GARCÍA MINET, Rocío Salomé y GONZÁLEZ FRAGUELA, Ma. Elena, “Terapia génica. Perspectivas y consideraciones éticas en relación con su aplicación”, en “Revista de Ciencias Médicas La Habana”, vol. VII, n°1, 2008, en [http://www.ucmh.sld.cu/rhab/rhcm\\_vol\\_7num\\_1/rhcm12108.htm](http://www.ucmh.sld.cu/rhab/rhcm_vol_7num_1/rhcm12108.htm) (11.10.2010).

<sup>323</sup>NUSSBAUM, op. cit., pág. 11.

<sup>324</sup>Íd., pág. 15.

<sup>325</sup>MORIN, “El Método 6. Ética”, trad. de Ana Sánchez, Madrid, Cátedra, 2006, pág. 59.

<sup>326</sup>CIURO CALDANI, “Acerca de la normalidad, la anormalidad y el Derecho”, en “Investigación y Docencia”, n°19, Rosario, FIJ, 1992, pág. 11. “Con el desborde de la ingeniería genética humana el valor amor, con los revolucionarios efectos que alcanza cuando se refiere a la aceptación de lo opuesto y lo desconocido, quedaría marginado.” CIURO CALDANI, “¿Ingeniería genética humana?”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n°21, Rosario, FIJ, 1996, págs. 50-51. La rutina sustituiría a la creación, y la unicidad perdería su importancia. Íd., pág. 51.

<sup>327</sup>CIURO CALDANI, “Acerca...”, cit., pág. 12.

<sup>328</sup>V. NUSSBAUM, op. cit., pág. 17.

desviantes reales...” siendo que en un universo totalitario la patología es la del Estado y no la de los ciudadanos disidentes<sup>329</sup>.

Se corre el riesgo también de la elección del sexo del bebé frente a otras deficiencias genéticas no tan severas como el daltonismo, el mal de Huntington, la fibrosis quística, etc. Además, “puede darse la estigmatización y la discriminación social como resultado de la posibilidad de acceso a la información genética personal<sup>330</sup>.” De ahí que “algunas personas amenazadas pueden desear ejercer su indudable derecho a no saber si sucumbirán a la enfermedad<sup>331</sup>.” Frente a ello está el derecho de sus cercanos a saberlo para poder afrontar y tratar la enfermedad, y tal vez el de la sociedad toda. “[...] a menudo se ha argumentado que las pruebas genéticas y la investigación de los antecedentes deberían estar limitados a trastornos que tengan tratamiento<sup>332</sup>.” De ahí que la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos establece que “debería hacerse todo lo posible por garantizar que los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos no se utilicen con fines que discriminen, al tener por objeto o consecuencia la violación de los derechos humanos, las libertades fundamentales o la dignidad humana de una persona, o que provoquen la estigmatización de una persona, una familia un grupo o comunidades” (art. 7, a). Otro de los cuestionamientos vinculados a este tema es el siguiente: “respecto a los que pueden ser tratados [...] si un individuo decide no actuar informadamente, ¿se le negaría, por ejemplo, el derecho a la asistencia médica o a la protección social?<sup>333</sup>” Lo que un texto afirma podría transformarse en pregunta: ¿las compañías de seguros deberían solicitar pruebas genéticas como un prerequisite del seguro<sup>334</sup>?

6. La antesala del gran problema que trae la genética es el de la igualdad ya que la ingeniería genética del futuro podrá mejorar la memoria y potenciar el sistema inmunológico y el puesto no se adjudicará solamente en función de los méritos, violándose la **igualdad** de aquellos que por su pobreza y circunstancias desfavorables no podrán acceder a dichas terapias<sup>335</sup>. Incluso actualmente ¿ya no hay desigualdad genética? ¿Los talentos de los dotados deben aprovecharse para todos o hay que compensar las desigualdades en función de las necesidades<sup>336</sup>?

Habrà también un cambio en la noción de justicia, ya que “[...] la planificación genética trae aparejada la crisis de la idea de libertad, que es otro de los fundamentos para constituir los ‘méritos’ en que se apoya la noción de justicia tradicional<sup>337</sup>.”

7. Otro gran problema es el del **patentamiento** de los descubrimientos relativos al genoma humano. Por un lado los descubrimientos científicos son obra de la labor de los científicos que dedican su trabajo a la biología humana y a la decodificación del mapa

<sup>329</sup>MORIN, “El Método 6...”, cit., pág. 85.

<sup>330</sup>Boletín de la Federación Europea de Biotecnología, op. cit.

<sup>331</sup>Íd. La Declaración de la UNESCO señala que “cuando se recolecten datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas con fines de investigación médica y científica, en la información suministrada en el momento del consentimiento debería indicarse que la persona en cuestión tiene derecho a decidir ser o no informada de los resultados de la investigación. Esta disposición no se aplicará a investigaciones sobre datos irreversiblemente disociados de personas identificables ni a datos que no permitan sacar conclusiones particulares sobre personas que hayan participado en tales investigaciones. En su caso, los familiares identificados que pudieran verse afectados por los resultados deberían gozar también del derecho a no ser informados” (art. 10).

<sup>332</sup>Boletín de la Federación Europea de Biotecnología, op. cit.

<sup>333</sup>Íd.

<sup>334</sup>Ibidem.

<sup>335</sup>NUSSBAUM, op. cit., pág. 6.

<sup>336</sup>“Muchas cosas que siempre se han visto como accidentes inmutables ahora parece que las podemos cambiar, y que tenemos incluso la obligación de cambiarlas”. Íd., pág. 7.

<sup>337</sup>CIURO CALDANI, “Dikelogía básica e ingeniería genética”, en “Boletín...”, n°12, Rosario, FIJ, 1989, pág. 22.



genético. De hecho, “[...] hacer la secuencia del genoma humano costaría entre 6.700 y 13.300 millones de ECUs<sup>338</sup>.” Es decir, ninguna empresa desarrollaría investigación sobre diagnóstico y terapéutica invirtiendo recursos financieros a menos que tenga una adecuada protección por patentes<sup>339</sup>. Pero por otro lado, no es posible adquirir el más mínimo derecho de propiedad sobre el hombre y mucho menos lucrar con sus minusvalías. Podría plantearse un compromiso al impedir los intentos de patentar secuencias genéticas sin utilidad conocida<sup>340</sup>.

7.1. Siguiendo con el aspecto económico, no caben dudas de los grandes beneficios que la humanidad obtendría de la mejora en el tratamiento de enfermedades neurodegenerativas como el Parkinson o el Alzheimer. No obstante, las investigaciones en las mismas implican el uso de tecnologías de grandes recursos por lo que el costo de su aplicación es elevado<sup>341</sup>. Planteándose así el problema acerca de quiénes pueden y quiénes no pueden acceder a dichas terapias. Los “quiénes” son las personas o los países, según esté o no desarrollada la tecnología en cuestión.

8. Cabe reflexionar en torno a si la **terapia genética** puede aplicarse en su versión no terapéutica, como por ejemplo, la inserción de un gen para incrementar la producción de la hormona de crecimiento a fin de aumentar la altura de una persona<sup>342</sup>. De allí que se recomiende que no debe emplearse para potenciar otros rasgos que los relacionados con enfermedades<sup>343</sup>. “[...] algunos autores opinan que la utilización amplia del concepto [de terapia génica] puede ser considerada una forma de hacer más aceptables procedimientos de ingeniería genética humana que de otro modo podrían contar con una mayor oposición social<sup>344</sup>.” Así, se plantea el conflicto acerca de si deberían dejar fuera de la terapia genética los fines no terapéuticos, es decir, los eugenésicos, preventivos, los no propiamente curativos. Por otra parte, “[...] con el progreso de la terapia somática se obtendrá un dominio más amplio de la misma y esto puede contribuir al desarrollo de la terapia germinal<sup>345</sup>.” Si se recuerda, este era el mismo argumento que se esbozaba para ir contra la clonación reproductiva atacando la terapéutica.

8.1. Grandes problemas se han suscitado en ocasión de la manipulación de embriones en ocasión de la investigación científica. Respecto de los países que tienen la tecnología y los recursos financieros suficientes para desarrollar estas terapias, tomando por caso EE.UU., por un lado George Bush ha frenado el flujo de los fondos federales para el financiamiento, mientras que su sucesor Barack Obama ha hecho lo contrario. El avance en este tipo de tratamiento puede implicar la mejora de lesiones medulares y la posibilidad de volver a caminar, la regeneración del tejido cardíaco, lo que evita los trasplantes, ya que las células madre adoptan la forma del tejido dañado y contribuyen a su cicatrización. Lo mismo ocurre con el tratamiento de personas con úlcera de córneas, extrayéndose las células del ojo sano; y en el campo de la ortopedia se extrae cartílago de la rodilla para reinsertarlo en la pierna dañada<sup>346</sup>.

<sup>338</sup>Federación Europea de Biotecnología, op. cit.

<sup>339</sup>Íd.

<sup>340</sup>Ibidem.

<sup>341</sup>GARCÍA MINET y GONZÁLEZ FRAGUELA, op. cit.

<sup>342</sup>Boletín de la Federación Europea de Biotecnología, op. cit.

<sup>343</sup>Íd.

<sup>344</sup>GARCÍA MINET y GONZÁLEZ FRAGUELA, op. cit.

<sup>345</sup>Íd.

<sup>346</sup>“La regeneración cardíaca con células madre avanza en Argentina”, en “Diario Hoy.net”, del 6.11.2006, en <http://www.conicet.gov.ar/NOTICIAS/ACTUALIDAD/2006/noviembre/004.php> (12.10.2010).

9. Y uno de los desafíos más grandes de la historia es el de la posibilidad de **pasar a otra especie**, al trans-hombre, lo que está más allá del hombre<sup>347</sup>. Ya que “la terapia genética en el período germinal podría implicar la modificación genética de las células germinales. Tal terapia podría variar la configuración genética del óvulo o del esperma de un individuo y ser transmitido a futuras generaciones<sup>348</sup>.” Así, “[...] *es la primera vez en la historia de la vida que un ser fenoménico adquiere conocimiento, posesión, control del gen y lo manipula para sus propios fines*<sup>349</sup>.” Todo dependerá de qué genes se manipulen y cuáles se conserven para seguir o no llamando hombre a lo que resulte. ¿Se admitirá cambiar la configuración genética de los componentes de futuras generaciones sin que ellos puedan dar su consentimiento?<sup>350</sup>” Pero “[...] sería más simple realizar una sola vez el procedimiento que tener que llevar a cabo la terapia génica somática en cada generación<sup>351</sup>.” En efecto, si de lo que se trata es de prevenir el sufrimiento y la muerte prematura, lo lógico es actuar beneficiando a las generaciones futuras<sup>352</sup>. “[...] hay enfermedades que implican el Sistema Nervioso Central, en las que una intervención temprana en el embrión sería el único medio de conseguir una terapia efectiva, ya que sería muy complicado reparar genéticamente las células nerviosas después del nacimiento<sup>353</sup>.” No obstante, volvemos al antagonismo y a reavivar el problema cuando se nos presenta el hecho de que el estado actual de la técnica permite la posibilidad de un daño, con riesgo para las generaciones futuras<sup>354</sup>, con lo cual se da la paradoja de querer un cambio que sólo se logra con sacrificios. “[...] nadie puede renunciar válidamente, desde un ‘estadio’ inferior, a otro superior, ni detener legítimamente la evolución de la especie. Urge saber en qué medida, pudiendo ser ‘mejores’ debemos serlo, incluso abandonando la condición ‘humana’ [...]”<sup>355</sup>.

¿Prevalecerá nuestro temor a lo extraño<sup>356</sup> o surgirá tal vez no sólo una superación del hombre sino también incluso de las características asignadas a Dios? “[...] *¿es absolutamente ético querer salvaguardar incondicionalmente la naturaleza de homo sapiens, o no sería ético mejorar esta naturaleza, incluso por medios biotécnicos?*<sup>357</sup>” Ser o ser otro, esa será la nueva cuestión<sup>358</sup>. Lo que sí será es una tensión, en este y los anteriores problemas del Derecho Genético, entre los elementos

<sup>347</sup> Quizás la otra cara de este problema sea el peligro de la autodestrucción de la especie. V. NICOLESCU, Basarab, “La transdisciplinarité. Manifeste”, Monaco, du Rocher, 1996, pág. 13. Pero, “le défi d’autodestruction a sa contrepartie d’espérance d’autonaissance.” Íd., pág. 15. “El desafío de autodestrucción tiene su contrapartida de la esperanza del autonacimiento.” (Trad. del autor).

<sup>348</sup> Boletín de la Federación Europea de Biotecnología, op. cit. V. tb. GARCÍA MINET y GONZÁLEZ FRAGUELA, op. cit. Sin llegar a un efecto tan extremo, puede lograrse la eliminación de trastornos hereditarios de una línea familiar para siempre, con costos mucho menores que los tratamientos habituales con dosis frecuentes. Boletín de la Federación Europea de Biotecnología, op. cit.

<sup>349</sup> MORIN, “El Método 2...”, cit., pág. 166.

<sup>350</sup> Boletín de la Federación Europea de Biotecnología, op. cit.

<sup>351</sup> GARCÍA MINET y GONZÁLEZ FRAGUELA, op. cit.

<sup>352</sup> Íd.

<sup>353</sup> Ibidem.

<sup>354</sup> GARCÍA MINET y GONZÁLEZ FRAGUELA, op. cit. Algunas voces son muy restrictivas. “[...] en el estado actual de la tecnología, no se justifica la mejoría genética porque se pueden producir daños irreversibles en el organismo. Sólo se justifica emplear la ingeniería genética en el caso de intervenciones terapéuticas de aquellas enfermedades que amenazan la vida de las personas.” Íd.

<sup>355</sup> CIURO CALDANI, “Dikelogía...”, cit., pág. 22.

<sup>356</sup> MORIN y KERN, Anne Brigitte, “Tierra-Patria”, trad. de Ricardo Figueira, Bs. As., Nueva Visión, 2006, pág. 199.

<sup>357</sup> MORIN, “El Método 6...”, cit., pág. 86.

<sup>358</sup> “Ahora vamos sabiendo que las personas no éramos como se nos pensaba y que no seremos como somos.” CIURO CALDANI, “El Bioderecho ante las posibilidades en el campo de la genética humana”, en “Bioética...”, n°2, Rosario, FIJ, 1997, pág. 66.

dionisiacos y apolíneos de la cultura que tan grandiosamente describió Nietzsche<sup>359</sup>, es decir, entre la calma de la rutina o el deseo de avanzar y cambiar ante los desafíos. “Ese impulso titánico de convertirse en una especie de Atlas de todo individuo y llevarlo cada vez más arriba y cada vez más adelante sobre su ancha espalda, es lo que de común existe entre lo prometeico y lo dionisiaco<sup>360</sup>.”

## II.- Conclusión

Estas consideraciones y otros interrogantes merecen la fundación de la nueva rama del “**Derecho Genético**”<sup>361</sup> cuya especial exigencia de justicia consiste en la protección de las características genéticas de razas o especies, ya que llegará el tiempo en que la raza humana merecerá ser protegida en el concierto de otras especies<sup>362</sup>. Así lo avizora Nicolescu con lo que llama el transhumanismo: “le transhumanisme ne vise pas une homogénéisation fatalement destructrice, mais l’actualisation maximale de l’unité dans la diversité et de la diversité par l’unité<sup>363</sup>.” Así como el ser humano es complejo, la futura convivencia también lo será.

<sup>359</sup>“[...] el respeto a los límites del individuo, la *mesura* en el sentido helénico. Apolo, como divinidad ética, exige de los suyos la medida, y para poder respetarla, el conocimiento de sí mismo [...] ‘no demasiado’ [...]” NIETZSCHE, Friedrich, “El nacimiento de la tragedia”, trad. de Eduardo Knörr y Fermín Navascués, 19ª ed., Madrid, EDAF, 2007, pág. 78. V. tb. CIURO CALDANI, “La genética humana y los elementos dionisiacos y apolíneos de la cultura humana”, en “Boletín...”, n°11, Rosario, FIJ, 1988, págs. 17-19.

<sup>360</sup>NIETZSCHE, op. cit., pág. 119. “Uno de los elementos dionisiacos más importantes de la cultura de nuestro tiempo es el de las investigaciones en genética humana, que pueden llegar a destruir los moldes en que hemos encauzado despliegues fundamentales de nuestra vida, incluyendo la familia, la noción de persona y la idea de justicia.” CIURO CALDANI, “La genética...”, cit., pág. 17.

<sup>361</sup>En diversas oportunidades se han manifestado las “carencias” en este espacio de debate que ahora merece una rama. V. por ej., CIURO CALDANI, “La abogacía, la medicina y la genética humana”, en “Boletín...”, n°11, Rosario, FIJ, 1988, pág. 15. “Las novedades de la genética humana originan en el Derecho ‘carencias históricas’ de normas, porque los casos no han sido contemplados, e incluso pueden evidenciar ‘carencias dikelógicas’, porque pese a haber normas que contemplan los casos, deben ser rechazadas por injustas.” Rama que es posible de ver nacer gracias a la teoría trialista del mundo jurídico, que otorga una plataforma teórica apta para captar dichas carencias, ausentes en otras teorías generales del Derecho.

<sup>362</sup>“[...] la conservación requiere de la revolución que asegure la continuación de la hominización.” MORIN y KERN, op. cit., págs. 115-116. Aquí se ve cómo actúan dialógicamente las posturas conservadoras y revolucionarias manteniendo la humanidad, pero apostando a la nueva especie, que podrá convivir con la anterior.

<sup>363</sup>NICOLESCU, op. cit., pág. 209. “El transhumanismo no apunta a una homogeneización fatalmente destructora, sino a una máxima actualización de la unidad en la diversidad y de la diversidad en la unidad.” (Trad. del autor). “L’apparition du phénomène humain évolutif sur la Terre est une des étapes de l’histoire de l’Univers, tout comme la naissance de l’Univers est une des étapes de l’évolution humaine.” Id., pág. 210. “La aparición del fenómeno humano evolutivo sobre la Tierra es una de las etapas de la historia del Universo, así como el nacimiento del Universo es una de las etapas de la evolución humana.” (Trad. del autor).

**GRUPO DE EDUCACIÓN PERSONALIZADA DE LA CÁTEDRA A DE  
INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO**

Marianela FERNÁNDEZ OLIVA \*

**Resumen:** La Educación Personalizada, tiene como objetivo considerar a la persona en su *unicidad*, como *principio consistente de actividad*, que se manifiesta en las notas de *singularidad*, *autonomía* y *apertura*. Esta visión holística del estudiante como ser activo, refuerza la representación del *acto de estudiar* como un *hacer consciente*, en relación a *quién estudia*, *para quien estudia*, *qué estudia*, como se llega al estudio y las *razones* del mismo.

**Palabras claves:** Educación Personalizada –Teoría Trialista del Mundo Jurídico – Proceso de Aprendizaje.

**Abstract:** Personalized Education aims to consider the person in its *uniqueness*; as a *consistent principle of activity*, which manifests itself in the notes of *singularity*, *autonomy* and *openness*. This holistic view of the student as an active being, enhances the representation of the *study as a conscious act*, regarding to *who studies*, *who the study is for*, *what is studied*, *how do they get to study* and the *reasons* for it.

**Key words:** Personalized Education – Trialist Theory of the Juridical World – Learning Process.

La necesidad de operar cambios medulares, que apunten a la renovación de antiguas prácticas académicas y al establecimiento de nuevas metodologías docentes, se ha convertido de manera creciente en el punto neurálgico del análisis<sup>364</sup> en torno a la educación superior<sup>365</sup>. De igual manera, la reformulación y creación de herramientas pedagógicas promotoras de la *formación permanente*, se presentan como acciones necesarias y a la vez conducentes al logro de *resultados de aprendizaje* provechosos y *personalizantes*.

Estos *resultados de aprendizaje*, se definen como "*expresiones de lo que una persona en proceso de aprendizaje sabe, comprende y es capaz de hacer*"<sup>366</sup> al culminar

\* Docente Jefe de Trabajos Prácticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

<sup>364</sup> V. Tuning Educational Structures in Europe en [http://www.tuning.unideusto.org/tuningeu/index.php?option=com\\_frontpage&Itemid=1](http://www.tuning.unideusto.org/tuningeu/index.php?option=com_frontpage&Itemid=1) (11 de Abril de 2011)

<sup>365</sup> En Europa desde finales de la década de 1980, se inició un proceso que se abrió con la firma de la Magna Charta Universitatum y culminó –por así decirlo- con el llamado Proceso de Bolonia (Declaración de Bolonia, 1999) adoptado por diversos países de Europa. Esta declaración conjunta dio lugar a un proceso de convergencia que tenía como objetivos facilitar el intercambio de titulados y adaptar el contenido de los estudios universitarios a las demandas sociales. En la Declaración de Bolonia se basan los fundamentos del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), que ha dado como fecha estimativa de su culminación el año 2010. El documento tomaba como elemento principal la unificación de las enseñanzas creando el euro académico materializado en el valor académico único para quienes se adhirieran al proceso –el crédito ECTS-, recogiendo la experiencia del programa Erasmus.

<sup>366</sup> Estos resultado de aprendizaje y se clasifican en tres categorías: 1. Conocimientos: teóricos y/o fácticos; 2. Destrezas: "cognitivas (uso del pensamiento lógico, intuitivo y creativo) y prácticas (fundadas

este proceso, brindando especial atención a las características particulares y al tiempo de asimilación de lo estudiado en relación a cada hombre, teniendo como meta maximizar las capacidades individuales. En relación a esta idea, resulta imprescindible reflexionar sobre las condiciones en que se desarrolla el proceso de aprendizaje en nuestra Universidad -y particularmente en nuestra Facultad de Derecho-, si deseamos que ésta cumpla con su rol indelegable en la edificación de la sociedad de la *Era de la Fluidez*<sup>367</sup>.

Desde el año 2000, el Grupo de Educación Personalizada de la Cátedra A de Introducción al Derecho de la Universidad Nacional de Rosario<sup>368</sup>, trabaja ahincadamente en derredor de la profunda relación que existe entre la educación y el Derecho, y la necesidad de reconocer a cada estudiante como un fin en sí mismo. Nuestro estudio se concentra en la *particularidad* de la persona del estudiante, es decir lo que cada uno requiere al estudiar, en el marco de la *igualdad de oportunidades* y formando parte de una *comunidad de estudio*.

El objetivo de la Educación Personalizada, es considerar a la persona en su *unicidad*, como *principio consistente de actividad*<sup>369</sup>, que se manifiesta en las notas de *singularidad, autonomía y apertura*<sup>370</sup>. Esta visión holística del estudiante como ser activo -y no como mero receptor de estímulos proporcionados por el profesor-, refuerza la representación del *acto de estudiar* como un *hacer consciente*, en relación a *quién estudia* (repartidor), *para quien estudia* (recipendarios), *qué estudia* (objeto), como se llega al estudio (forma) y las *razones* del mismo<sup>371</sup>.

La Educación Personalizada en nuestro tiempo, se ha formado al hilo de tres inquietudes concretas<sup>372</sup>: la eficacia en la enseñanza, la democratización del conocimiento y la dignidad –como fundamento de los Derechos Humanos-. Creemos que en última instancia, la Educación Personalizada lleva dentro de sí la huella de la *independencia*<sup>373</sup>. Por esto -en la medida en que pueda ser implementada-, esta *manera de pensar* la educación -con el eje en estudiante como protagonista principal de su formación-, está orientada a proporcionarle la esfera de libertad necesaria para que desarrolle el complejo de su personalidad.

En el tiempo de la consolidación de la sociedad del conocimiento<sup>374</sup>, la educación superior se enfrenta a los enormes desafíos que propone la Posmodernidad, esta nueva Era definida en *extra tempus logos*, que tiene como marco sociológico al proceso de globalización/marginación<sup>375</sup> y a la lógica del Mercado, que filtra sus criterios más allá de las máquinas y sus mentes de acero.

en la destreza manual y en el uso de métodos, materiales, herramientas e instrumentos)”; 3. Competencia: responsabilidad y autonomía.

<sup>367</sup> V. LEWKOWICZ, Ignacio, “Pensar sin Estado: la subjetividad en la era de la fluidez”, Buenos Aires, Paidós, 2004.

<sup>368</sup> BIRCHMEYER, Walter, “Tareas del Grupo de Enseñanza Personalizada”, en “Investigación y Docencia”, No. 38, FIJ, Rosario, 2005, pág.157

<sup>369</sup> GARCÍA HOZ, Víctor, “Educación personalizada”, Madrid, Rialp, 1988, pág. 337 y ss.

<sup>370</sup> Ídem.

<sup>371</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes Trialistas a la Pedagogía Jurídica (Notas para la motivación. Propuesta de desarrollo de la educación Universitaria personalizada)”, en “Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 23, Rosario, 1999, págs. 9 y ss.

<sup>372</sup> GARCÍA HOZ, op. cit., págs. 37 y ss.

<sup>373</sup> Ídem, págs. 24 y ss.

<sup>374</sup> Pueden v. Work Team A-6: Recursos educativos abiertos. El reto de la educación superior en la formación por competencias apoyada en los ambientes de aprendizaje abiertos <http://www.cibersociedad.net/congres2009/en/coms/el-reto-de-la-educacion-superior-en-la-formacion-por-competencias-apoyada-en-los-ambientes-de-aprendizaje-abiertos/343/>, (14 de abril 2011).

<sup>375</sup> Sobre el proceso de globalización/marginación pueden v. por ejemplo: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Las Ramas del mundo Jurídico en la Globalización-marginación”, en “Revista Spes”, N° 20, págs

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

GIMENEZ CORTE, Cristián, “Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva “lex mercatoria” en América Latina. Con especial referencia al Mercosur”, prólogo de Miguel Angel Ciuro Caldani, Bs. As., Abaco, 2011, 367 págs.

1. La importante obra que comentamos es la tesis de Doctorado del autor, que tuve el honor de dirigir, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y calificada Sobresaliente con recomendación de publicación por el tribunal compuesto por los doctores Antonio Boggiano (Universidad de Buenos Aires), Amalia Uriondo de Martinoli (Universidad Nacional de Córdoba) y Noemí L. Nicolau (Universidad Nacional de Rosario).

El autor ha evidenciado ya muy destacadas condiciones para la investigación y la docencia universitaria. Su significativa trayectoria incluye una relevante experiencia en la vida académica, desarrollada principalmente en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y en la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, en las asignaturas Derecho Internacional Privado e Introducción al Derecho. Hoy cumple funciones en las Naciones Unidas como asesor jurídico.

El rico temario que se recorre tiene como puntos principales el tratamiento de los usos comerciales, la costumbre y el régimen de los contratos internacionales en la era de la codificación nacional-estatal; los usos comerciales, la costumbre y el régimen de los contratos internacionales en la era de la descodificación y la transnacionalización, y los usos comerciales, la costumbre y el régimen de los contratos internacionales en la era de la resistematización internacional convencional.

La investigación determina el Derecho aplicable a los contratos internacionales en América Latina, específicamente en los países que forman el Mercosur, demostrando la existencia de normas consuetudinarias que, más allá de los textos legales y convencionales, concurren en la regulación del contrato internacional; y manifestando los principios jurídicos comunes subyacentes a todos los ordenamientos analizados.

Destaca Giménez Corte que el derecho aplicable a los contratos internacionales en los países del Mercosur se constituye con una pluralidad de fuentes concurrentes. Se refiere así a la autonomía de la voluntad, los contratos, los usos y costumbres, las convenciones y los tratados internacionales, las constituciones nacionales, las leyes y los decretos de fuente interna, principalmente los códigos, regulando tanto aspectos sustanciales como procesales de los contratos internacionales. Sostiene el autor que tales fuentes no son antitéticas, sino concurrentes y complementarias, existiendo una correlación intrínseca entre ellas. Afirma que directamente se ha producido, por vía consuetudinaria o por vía convencional, la uniformación y hasta unificación del derecho aplicable.

Expone Giménez Corte que los países que forman parte del Mercosur comparten el principio constitucional de la autonomía de la persona humana, el principio de la autonomía de la voluntad contractual interna y el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales.

Como surge del enunciado básico del autor, la pregunta sobre el derecho aplicable a las relaciones jurídicas internacionales es uno de los interrogantes básicos que intenta responder el Derecho Internacional Privado.

65 y ss; “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado”, Rosario, FIJ, 2003, pág. 125, entre otros trabajos del autor.

Una muy abundante y representativa bibliografía, utilizada con muy buen criterio, establece los vínculos necesarios entre el resto de la complejidad del saber hoy existente y las posibilidades del saber futuro.

2. Entre los aspectos destacables del libro, están la amplia perspectiva de lo jurídico, extensa pero delimitada con comprensiva percepción, y la referencia a la complejidad del objeto del Derecho Internacional Privado, planteada con una acertada atención a la evolución histórica y con rigor metódico.

La fuerte defensa de la autonomía contenida en estas excelentes páginas posee no sólo un discutible pero muy significativo sentido jusprivatista internacional, sino una firme posición ante la constitución de la cultura y de la vida humana que complace destacar. La autonomía nos parece, al fin, la opción última que, sin perjuicio de las necesarias limitaciones, es relevante aceptar ante la evolución de la cultura y la existencia del hombre.

La obra se inscribe en una clara posición acerca del lugar de la doctrina en el campo de las fuentes del mundo jurídico. El debate al respecto es antiguo y significativo. Si bien hay posiciones como la de la escuela de la exégesis, que llega a someter a la doctrina a una servil referencia al legislador, hay otras, como la de Savigny, que dan amplio reconocimiento al Derecho científico. A nuestro parecer, las fuentes han de constituir una “complejidad pura” en la cual, sin mezclarse, se interrelacionen profundamente y, en ese plexo, a la doctrina le corresponde un lugar importante. La obra de Giménez Corte, desarrollada quizás más allá de los textos, se inscribe en la segunda orientación.

En una materia como el Derecho Internacional Privado, originada en gran medida por construcciones científicas y jurisprudenciales y hoy colocada ante el reto de un enorme cambio histórico, una tarea de ese tipo tiene especial significación.

3. Se compartan o no su orientación y sus conclusiones, el libro del profesor Giménez Corte constituye un jalón relevante en el tratamiento de un tema de alta significación jurídica y cultural en general que resulta muy útil para las tareas de investigación, docencia, legislación, magistratura y ejercicio profesional.

Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, UNR Editora, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2010, 170 págs.

Esta original obra se articula en cuatro trabajos cuyas temáticas se encuentran íntimamente imbricadas en el marco temporal del Bicentenario de la Revolución de Mayo de 1810. Este tiempo, no puede ser adecuadamente interpretado desde instancias parciales de análisis, por lo que el autor propone la perspectiva del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico.

En *Responsabilidades Bioéticas en una Nueva Era*, se examinan los desafíos presentes para los hombres de la posmodernidad, en relación a su compromiso en la toma de decisiones referidas a la vida y en los conjuntos en los que éstas se insertan, en el contexto de los ciclópeos cambios éticos, científicos y técnicos de nuestro tiempo.

En *Los nuevos paradigmas de la familia internacional*, el autor estudia la noción de familia internacional y su problemática actual, que pone en crisis los saberes tradicionales sobre el tema y desarrolla un análisis filosófico-histórico del origen de la familia internacional occidental. Se aborda el aspecto *internacional privatista*, a través de las categorías de la concepción normológica del derecho internacional privado, analizando los problemas de las calificaciones, la construcción del caso en su complejidad y la cuestión previa, los puntos de conexión, el reenvío, la simultaneidad y sucesividad en el Derecho declarado aplicable y el

orden público. Finaliza con el abordaje del fenómeno desde las categorías de la jurística tridimensionalista.

*La dinámica jurídica argentina de la nueva era (¿cómo construir la temporalidad jurídica argentina?)*, analiza la muy compleja problemática histórica argentina, atendiendo a la idea de *temporalidad* como “oportunidades que brinda el tiempo para la vida humana”. Ella es una construcción referida al porvenir, pero abarcadora del pasado y el presente. La dinámica jurídica argentina, presenta un acabado desarrollo normativo, aunque claudicante. Sugestivamente el autor coloca a los grandes males y bienes de la temporalidad argentina, en el capítulo referido a las distribuciones (en la dimensión sociológica, aquellas adjudicaciones que no decide el hombre), concluyendo con un estudio dielógico.

*La perdurabilidad de los problemas y la problemática argentina. (Aportes problemático-histórico-filosóficos para la comprensión de la cultura argentina)*, se adentra sobre los avatares del hombre como ser problematizado y problematizador, en el marco histórico-filosófico de nuestro país. El análisis hace foco en los sectores “*hispanico tradicional*” y “*anglofrancés*”, en busca de una comprensión medular de ambos, mediante la exposición de las relaciones de estos espacios culturales argentinos, sus problemáticas y sus respuestas.

Marianela Fernández Oliva – Walter Birchmeyer



## Normas Editoriales

### 1. Tipos de trabajos o contribuciones

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

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

### 2. Formato de los trabajos

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

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

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

### 3. Idioma

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

### 4. Formato de presentación y envío

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

electrónico simultáneamente a las direcciones: mciuroc@arnet.com.ar y 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 señalará el primero de ellos, seguido por “y otros”.

### ***b- Libros***

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

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

### ***c- Capítulo de libro***

*Ejemplo:* CHAUMET, Mario, “El trialismo (la actualidad de una teoría del Derecho elaborada por un precursor visionario)”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.),

“Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, págs. 27 y ss.

#### ***d- Reiteración de citas***

Se procederá del siguiente modo:

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

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

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

### **6. Evaluación de los trabajos**

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

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

La decisión será inapelable.