



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

CENTRO DE INVESTIGACIONES
DE
FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA

Nº 46

Tema Especial

Estrategia Jurídica

2013

©

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

Propietaria: Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario

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

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

E-mail: cifjfs-der@fder.unr.edu.ar ; mciuroc@arnet.com.ar

CUIT: 30-52355240-2

ISSN 1514-2469

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

Director responsable: Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani

Responsables de edición: Dra. Marianela Fernández Oliva

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

Tirada: 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

Consejero Superior Suplente

Gustavo Nadalini

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

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

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

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

En Internet: www.centrodefilosofia.org.ar

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

Comité Académico

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

ÍNDICE

DOCTRINA

Estrategia Jurídica	9
BICHMEYER, Walter - FERNANDEZ OLIVA, Marianela	
<i>Curso Teórico-Práctico Sobre Estrategia Jurídica.</i>	
<i>Abril/Noviembre de 2012</i>	<i>11</i>
BENTOLILA, Juan José	
<i>Estrategia profesional de la abogacía</i>	<i>15</i>
CHAUMET, Mario	
<i>Estrategia de la argumentación judicial</i>	<i>25</i>
CIURO CALDANI, Miguel Angel	
<i>La estrategia jurídica, una deuda del derecho actual</i>	<i>47</i>
FEUILLADE, Milton	
<i>Estrategia y táctica en el derecho procesal internacional</i>	<i>79</i>
MEROI, Andrea	
<i>Sobre estrategia y proceso</i>	<i>91</i>

NICOLAU, Noemí	
<i>Una aproximación a la estrategia contractual</i>	111
PERUGINI ZANETTI, Alicia	
<i>Algunos aportes para elaborar una estrategia jurídica en el mercosur desde la perspectiva de los ministerios de justicia de los estados parte</i>	125
PROLA, Juan Ignacio	
<i>Estrategia Judicial</i>	179
Decisión Jurídica	209
CIURO CALDANI, Miguel Angel	
<i>Aportes para la “decisión jurídica”</i> <i>(Aportes jurídicos para la decisión)</i>	211
 APORTE A LA DOCENCIA Y LA INVESTIGACIÓN	
CIURO CALDANI, Miguel Angel	
<i>Notas de una Reunión Abierta virtual de la Cátedra III de Filosofía del Derecho y el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (Facultad de Derecho de la UNR, apertura 14 de marzo de 2013)</i>	299
 NOTICIAS DEL CENTRO	
.....	311
Normas Editoriales	313

CURSO TEÓRICO-PRÁCTICO SOBRE ESTRATEGIA JURÍDICA

Abril/Noviembre de 2012

Los trabajos que se presentan en este número especial de *Investigación y Docencia* forman parte del desarrollo de las clases del “Curso Teórico-Práctico sobre Estrategia Jurídica” realizado como curso acreditable para la carrera de Doctorado en Derecho¹ de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, entre los meses de abril y octubre de 2012.

El fundamento de este curso se asienta en la promoción de la formación estratégica teórica y práctica en los doctorandos, y en el desarrollo de la disciplina, relevando la importancia del pensamiento estratégico para la integración del saber del hombre de Derecho del siglo XXI, como un aporte para superar el encorsetado planteo jurídico que dejaron primero la escuela de la exégesis -aprisionada por su deductivismo silogístico- y luego la "teoría pura", que apartó sin más al pensamiento jurídico del mundo político, marginando la estrategia a un “más allá” del Derecho, imposible de acceder sin corromper su objeto. Ese estigma teórico, promovió la radicalización de la referencia de los abogados a la vida tribunalicia, reservando los planteos estratégicos al legislador. Es más, la comprensión dinámica del Derecho exige el aprovechamiento de las oportunidades para su realización y se nutre con la problemática de la toma de decisiones. Resultaría en una incapacidad mutilante para el Derecho marginar esta dinámica y dejarla maniatada por un formalismo ciego a la realidad.

Si bien la Estrategia requiere, sin excepción, un alto grado de creatividad que se hace imposible asegurar con erudición, creemos que es mucho lo que se puede aportar para promoverla. Su proyección en el terreno jurídico es indispensable para afrontar las exigencias de la Posmodernidad y de una

^(*) Jefes de Trabajos Prácticos de la Facultad de Derecho de la UNR: Coordinadores del Curso Teórico-Práctico sobre Estrategia Jurídica dictado en la UNR en 2011. Email: johnb@arnet.com.ar

¹ Res. N° 487/99- Cat. "C" CONEAU.

población global que requiere del Derecho un esfuerzo sin precedentes para su organización

Los equipos de investigación y docencia del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y la Cátedra C de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario brindan desde hace años particular importancia a los vínculos entre el Derecho y la Estrategia y la Táctica. Fruto de esa preocupación fueron, por ejemplo, los trabajos del Director del Centro, Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani², como también las Jornadas Nacionales de Teoría General del Derecho y Estrategia Jurídica, llevadas a cabo en dicha Casa de Altos Estudios, los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2011 -con una segunda versión programada para septiembre de 2013-. Asimismo lo fue el Curso que ahora presentamos.

² El desarrollo de dicha línea de investigación en esta Casa encuentra una expresión destacable en la publicación del libro: CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estrategia jurídica", Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR - UNR EDITORA, Rosario, 2011. Respecto de la producción anterior del mismo autor pueden v.: "Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 23, págs. 17 y ss. y su comunicación a las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social "La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas", en "Investigación y Docencia", Nº 32, págs. 25/26; "Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia", en "Investigación..." cit., Nº 33, págs. 9/17; "Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)", ISBN 978-950-673-895-2 www.centrodefilosofia.org.ar. Previamente, disertaciones del mismo autor: "Estrategia en el Derecho del Comercio Internacional" en el Curso de Derecho del Comercio Internacional organizado por la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (13 de agosto de 1999), "Una Visión Estratégica del Derecho Internacional Privado" en el Curso "Cuestiones de Derecho Privado en un Mundo Globalizado" organizado por la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (18 de agosto de 1999), "La estrategia jurídica y sus soportes jusfilosóficos", en XXV Jornadas Argentinas y IIIras. Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social (Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Filosofía Social – Asociação Brasileira de Filosofia do Direito – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 27 al 29 de octubre de 2011, entre otros.

Los contenidos de los trabajos de este número de la *Investigación y Docencia* se dedican a las relaciones entre el Derecho y sus ramas y la Estrategia, con especial referencia a la Teoría General de la Estrategia Jurídica (Dr. M. A. Ciuro Caldani); la Estrategia Económica (Mag. Ernesto Seselovsky); la Estrategia Profesional de la Abogacía (Mags. Juan José Bentolila y Andrea Merlo), Judicial (Dres. Mario Chaumet y Ariel Ariza), en la Administración y las Políticas Públicas (Dr. Pedro Andrieu), Legislativa (Abog. Roberto Campos y Mag. Elian Pregno), Contractual (Dra. Noemí Nicolau), en la Cooperación Internacional (Dr. Milton Feuillade), en las Negociaciones Internacionales y en la Negociación (Dra. Alicia Perugini) y el Marketing Jurídicos (Dra. Andrea Straziuso). Además de las intervenciones referidas mediante los trabajos que ahora presentamos, brindó una importante disertación el profesor Dr. Ernesto I. J. Granados, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, sobre Estrategia Consursal.

Walter BIRCHMEYER

Marianela FERNANDEZ OLIVA^{(*) ()}**

^(*) Coordinadores del Curso

^(**) Dra. Marianela Fernandez Oliva. E-mail: mfernandez21@gmail.com

Dr. Walter Birchmeyer. E-mail: walterbirch@gmail.com

ESTRATEGIA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA ^(*)

JUAN JOSÉ BENTOLILA ^()**

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

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

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

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

1. A lo largo de la labor que venimos desempeñando en el espacio de la docencia universitaria, hemos podido constatar que existen algunas perspectivas jurídicas que usualmente sufren una cierta marginación en la planificación de la currícula.

En efecto, tanto la visión táctica, entendida como el método o sistema para ejecutar o conseguir algún efecto jurídico, como el abordaje estratégico, referente al arte de dirigir la gestión de un conflicto en base a un conjunto de reglas que aseguran una decisión óptima para cada momento, suelen ser entendidos como aspectos con baja prioridad de teorización³, habida cuenta

* Trabajo presentado en el “Curso teórico práctico sobre Estrategia Jurídica”, organizado por la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, año 2012.

** Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la UNR. E-mail: johnb@arnet.com.ar

³ Aun cuando la bibliografía al respecto es significativamente extensa. Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en

que generalmente se difiere su aprendizaje a la posterior praxis tribunalicia, ámbito que no cuenta con un marco pedagógico adecuado para ello.

Las razones que abonan esta ausencia son variadas.

En un primer orden de ideas, debemos destacar que, para poder establecer estrategias ante un conflicto, se necesita generar comprensión del presupuesto fáctico situacional (lo que es, con independencia de lo que, con arreglo a algún patrón, debe ser), y de las decisiones a ser adoptadas, prisma usualmente soslayado por los modelos reduccionistas del unidimensionalismo normativista imperante en nuestro medio jurídico⁴.

En un segundo orden de ideas, el avance hacia la visión realista de “lo jurídico”, perspectiva primordial en el marco del Derecho anglosajón, resulta materia de análisis sólo como modelo jusfilosófico anecdótico, aun cuando lo cierto es que su relevancia en el tema que nos convoca es altamente significativa. Así, la introducción de la visión realista de la guerra cuenta con un respaldo histórico incuestionable en la obra de Sun Tzu, la de

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

⁴ Sobre ello, v. CASTÁN TOBEÑAS, José, “Los Sistemas Jurídicos contemporáneos del mundo occidental”, en “Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2000; CATALANO, Pierangelo, “Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina”, en “Sistema jurídico latinoamericano y unificación del Derecho”, México, Porrúa, 2006; DAVID, René, JAUFFRET SPINOSI, Camilla, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10^a ed., París, Dalloz, 1992; LOSANO, Mario G., “Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982; MOISSET de ESPANÉS, Luis, “Codificación civil y Derecho Comparado”, Bs. As., Zavalía, 1994; SACCO, Rodolfo, GAMBARO, Antonio, “Sistemi giuridici comparati”, Torino, Utet, 1999; SCHIPANI, Sandro, “El Derecho Romano en el Nuevo Mundo”, en “Sistema jurídico latinoamericano...”, cit.; STEIN, Peter, “El Derecho Romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica”, Madrid, Siglo XXI, 2001; y ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, “An Introduction to Comparative Law”, 2^a ed., Londres, North Holland Publishing Company, 1992.

la política fue referenciada por Nicolás Maquiavelo, y la de la economía por Adam Smith. Mientras ello sucedía, en el Derecho la radicalización de la escuela de la exégesis⁵ -de la cual somos, en parte, tributarios- obliteró indefectiblemente cualquier desarrollo en aquel sentido. No sin razón se explica que a las propuestas silogísticas de la escuela de la exégesis se ha atribuido la pérdida de cierta capacidad estratégica de los hombres del Derecho⁶.

En tales términos, si tuviéramos que efectuar un diagnóstico de la situación de nuestro objeto de estudio, claramente se evidencia que los modelos jurídicos predominantes revelan ausencia de categorías que permitan la disección del complejo fáctico, que pongan de manifiesto las distinciones entre los diversos roles de cada operador, y que permitan el ingreso interdisciplinario de la teoría de la decisión⁷ en el ámbito jurídico.

⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho (Metodología Jurídica. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas)”, Rosario, Zeus, 2007, pág. 244; *vide* también BONNECASE, Julien, “L’École de l’Exégèse en Droit Civil”, 2^a ed., París, Boccard, 1924.

⁶ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, en Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, 31.03.2004, fascículo Nro. 13, págs. 30 y ss.

⁷ P. v. entre muchos otros CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes de análisis económico del Derecho para la teoría trialista del mundo jurídico”, en Investigación y Docencia, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2004, Nro. 37, págs. 21 y ss.; HÖFFE, Otfried, “Estudios sobre teoría del derecho y la justicia”, trad. Jorge F. Malem Seña, Barcelona, Alfa, 1988, págs. 151 y ss.; JORGENSEN, Stig, “Motive and Justification in Legal Decision - Making”, en Reason in Law, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984, volumen 1, págs. 335 y ss.; MEROI, Andrea Angélica, SALMÉN, Gabriel Mauricio, “Seminario sobre Teoría de la Decisión”, en Investigación y Docencia, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2005, Nro. 38, págs. 159 y ss.; MEYER, Paul L., “Probabilidad y aplicaciones estadísticas”, reimpr., trad. Carlos Prado Campos y otros, México, Adison Wesley Longman, 1998; NINO, Carlos Santiago, “Introducción a la filosofía de la acción humana”, Bs. As., Eudeba, 1987; POSNER, Richard A., “The Economics of Justice”, 6^a ed., Cambridge, Massachusetts, 1996; RAWLS, John, “A Theory of Justice”, 10^a ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980, págs. 142 y ss.; SOTO, Alfredo Mario, “El análisis económico del Derecho en la Filosofía del Derecho norteamericana”, en Investigación y Docencia, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, Nro. 25, págs. 129 y ss.; VANBERG, Viktor, “Racionalidad y reglas” (rec.), trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 1999, págs. 51 y ss. y 149 y ss.; WHITE, D. J., “Teoría de la decisión”, Madrid, Alianza Universidad, 1990; y WRIGHT, Georg

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

El primero de ellos es el realismo jurídico⁸, que se interroga acerca de la formación de convicciones por parte del juez, que distingue la posición relativa de cada operador frente al conflicto, y que suplanta los interrogantes acerca del valor justicia por los referentes al valor utilidad.

El segundo lo constituye el integrativismo jurídico⁹, corriente de pensamiento complejo¹⁰ de la cual la teoría trialista del mundo jurídico¹¹ es

⁸ Henrik von, “La lógica de la preferencia”, trad. Roberto J. Vernengo, Bs. As., Eudeba, 1967.

⁹ P. v. FINCH, John, “Introducción a la Teoría del Derecho”, trad. Francisco Laporta San Miguel, Barcelona, Labor, 1977, págs. 201 y ss.; FRANK, Jerome, “Courts on trial. Myth and reality in American Justice”, New Jersey, Princeton University Press, 1973; y HOLMES, Oliver Wendell, “La senda del Derecho”, Bs. As., Abeledo Perrot, 1975.

¹⁰ Acerca del integrativismo p. v. CAMPOS, Roberto, “Metodología jurídica trialista”, en Investigación y Docencia, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, Nro. 39, págs. 163 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes Iusfilosóficos…”, cit., págs. 390 y ss. Puede resultar enriquecedora la comparación con la propuesta de COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2^a ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 1964; del mismo autor “Teoría de la verdad jurídica”, Bs. As., Losada S.A., 1954; y también REALE, Miguel, “Filosofía del Derecho”, Madrid, Pirámide S.A., 1979.

¹¹ BOCCHI, Gianluca, CERUTI, Mauro (comp.), “La sfida della complessità”, trad. de Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10^a ed., Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en El Derecho, tomo 126, págs. 884 y ss.; MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, 7^a reimp., trad. Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa, 2004; GALATI, Elvio, “La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades”, tesis doctoral aprobada en el marco del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, inédita.

¹² Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, p. v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, U.N.R. Editora, 2012; del mismo autor, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; y “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; y BENTOLILA, Juan José (Coordinador), “Introducción al Derecho”, Bs. As., La Ley, 2009.

especie, que permite la apertura a la dimensión sociológica del Derecho y también el estudio del complejo de fines de cada sujeto involucrado (los objetos y las razones del conflicto).

2. Asumiendo entonces que nuestra disciplina también puede ser abordada desde una visión sociológica, se impone el ingreso al estudio del conflicto desde el caso.

Así, habitualmente y desde un enfoque normológico simple (sistema romanista tradicional), el primer interrogante suele ser ¿quién tiene derecho a reclamar?

Por el contrario, desde la visión compleja, se amplían las posibilidades de resolver el conflicto, generando nuevas cuestiones que, en otras posiciones jusfilosóficas, suelen quedar en las penumbras, tales como ¿cuáles son los intereses? o ¿quién tiene mejor situación de poder?

En efecto, ninguna estrategia puede viabilizarse si obviamos las relaciones de poder existentes entre los sujetos del conflicto, entendido aquél como el conjunto de recursos de cualquier índole de que dispone o cree disponer cada actor para procurar su objetivo.

Nótese que la idea de poder es siempre de alguien frente a alguien, en una concreta situación, lo que torna imperativa la necesidad de inventariar los propios recursos (ofertas, propuestas, influencia, persuasión, posibilidad de alianzas con terceros, autoridad moral, prestigio frente al adversario) tanto como los del adversario.

3. Desde ese lugar arribamos entonces a las primeras decisiones estratégicas.

Y como no se puede elegir sin información, y no se sabe de antemano cuál será la información relevante, entendemos que, ante un caso, nunca puede soslayarse: a) el reconocimiento de la realidad fáctica situacional; b) el reconocimiento del complejo de fines; y c) el reconocimiento de las vías posibles.

Sobre el primer punto, ha de establecerse qué parte ostenta una situación de primacía respecto de la otra (ya sea porque puede afrontar los costos de un litigio, o porque cuenta con el factor tiempo a su favor).

Acerca del segundo ítem, debe indagarse sobre los fines perseguidos

por las partes, toda vez que, en caso de no comprenderlos adecuadamente, podemos librarnos una batalla exitosa cuya ganancia sea desdeñada por los interesados.

Por último, las vías posibles implicarán distintos grados de intensidad del conflicto, que podrá ser encauzado ora a través de la conciliación o con directo recurso jurisdiccional, buscando la generación de situaciones de poder a través de la utilización de medios procesales (v. gr., la traba de medidas cautelares, la promoción de medidas autosatisfactivas). Efectivamente, la utilización de la sorpresa, así como la posibilidad de control de la intensidad, costo y tiempo del conflicto, son elementos que deberán ser ponderados desde una visión estratégica.

Va de suyo, si bien la información tiene límites y el proceso se da en un marco de relativa incertidumbre, algo se puede conocer. Desde el inicio contamos al menos con un elenco de acciones posibles (vías procesales o extrajurisdiccionales), un conjunto de consecuencias posibles de tales acciones (éxito o fracaso en la pretensión de fondo, imposiciones de costas causídicas), una estimación de las probabilidades de cada uno de estos escenarios (elaboración de pronósticos), y el posible establecimiento de órdenes de prioridad de los resultados esperados (resolución de una pretensión incidental, de sentencia de grado, de sentencia de alzada).

A los fines de la optimización de la información, resulta menester la descomposición del conflicto en diversas categorías de análisis. Para ello ha de definirse inicialmente quién pretende, respecto de quién se pretende (quiénes se verían beneficiados y perjudicados), qué se pretende, cómo se pretende, por qué razones (reales o alegadas), qué límites se perfilan (la insolvencia del deudor, el tiempo que insumirá el cobro), de acuerdo a qué elementos (cantidad y costo de la prueba).

El objetivo de este esquema de análisis no será otro que favorecer la conjetura¹² de los resultados.

¹² CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura...” cit., págs. 10 y ss.; con cita de JOUVENEL, Bertrand de, “El arte de prever el futuro político”, trad. Leandro Benavides, Madrid, Rialp, 1966; LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, “Para una balanza del Derecho que permita apreciar los grados de las pruebas y de las probabilidades”, en “Escritos Filosóficos” (rec.), trad. Roberto Torretti, Tomás E. Zwanck y Ezequiel de Olaso, Bs. As., Carcas, 1982, págs. 370 y ss.; MACH, Ernst, “Conocimiento y error”, Bs. As., Espasa Calpe Argentina, 1948, pags. 18 y ss.; POPPER, Karl, “Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico”, trad. Néstor Míguez, Barcelona,

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

4. Sentado lo antedicho, una estrategia global no puede prescindir de los siguientes datos.

En primer lugar, cuál va a ser la relación que entablaremos con los demás partícipes del conflicto, habida cuenta que puede consistir en cooperación (alianzas entre quienes vayan a ser litisconsortes, acumulación de trámites para disminuir los costos probatorios) o de oposición (sea defensiva u ofensiva, con independencia del rol procesal que se asuma).

En segundo lugar, la selección del tipo de método de solución del conflicto (jurisdiccional o alternativo), lo que variará según las épocas, culturas, tipos de conflictos, y necesidad de que los involucrados se sientan partícipes de la solución común (toda vez que, en ciertos casos en que cada parte resulta ser excesivamente optimista respecto de la propia posición, la brecha de expectativas es demasiado amplia como para que, a la postre, al menos alguno de ellos logre satisfacción).

En tercer lugar, la opción acerca de la intensidad inicial del conflicto, puesto que un punto de partida con una demostración de alto poder puede coadyuvar a la búsqueda por parte de la contraria de una solución inmediata, o a una escalada que culmine en una situación de pérdida para todos los involucrados.

Va de suyo, los lineamientos estratégicos pueden sufrir ajustes a lo largo de la gestión del caso, aun cuando resulta fundamental evitar la tentación de ganar ventajas tácticas que desorganicen el plan estratégico (así, si el tiempo es el factor fundamental de la estrategia, la posibilidad de

Paidós, 1983; REALE, Miguel, “Verdade e Conjetura”, Río de Janeiro, Nova Fronteira, 1983, pág. 25; y del mismo autor, “Nova fase do direito moderno”, San Pablo, Saraiva, 1990.

obtener una mayor ganancia económica puede tener costos inaceptables). En tales términos, no todo lo que *puede* hacerse *debe* hacerse.

5. Arribados a este punto, también cabe indagar acerca de la incidencia que reviste la conciencia del conflicto en los interesados.

Es que, admitido que nadie puede evitar ni impedir que otro lo haga objeto de un requerimiento, el tardío reconocimiento de la situación conflictual puede generar el efecto adverso de obligar al oponente a realizar actos que incidan en el nivel inicial de intensidad.

Un buen operador jurídico no puede soslayar el análisis sobre el grado de conciencia del conflicto de cada una de las partes.

6. En cuanto al objeto del conflicto, se impone el interrogante acerca de qué es lo que se discute.

Así, por un lado tendremos los objetivos que se formalizan a nivel discursivo, plasmándose en los diversos textos que se van generando, y por otro, también deben identificarse los objetivos subyacentes, cuyo desconocimiento impide adecuar la estrategia conllevando la posibilidad de logro de un éxito desdeñable.

Por ello, una adecuada estrategia debe establecerse luego de investigar profundamente cuáles son los intereses en juego, cuál es el orden de prioridad deseado, y cuáles son los valores (tanto económicos como simbólicos) involucrados en el debate. Es que difícilmente pueda elaborarse una estrategia respecto del conflicto si se desconocen las razones que impulsan a los sujetos a actuar, y las finalidades que en sus mentes se representan. Y, evidentemente, no pueden integrarse tales razones en el análisis jurídico estratégico, si las herramientas teóricas utilizadas no cuentan con la riqueza categorial suficiente como para captarlas.

Sólo entendiendo el conflicto podremos procurar soluciones en las que, por medio de intercambio, cada parte gane en su propia escala de valor.

Para lograrlo resulta fundamental pensar la posibilidad de división del objetivo (a título de ejemplo, para un cobro puede discutirse la oportunidad de pago, la tasa de interés, la moneda), e inclusive investigar los intereses de las partes a futuro (de existir una necesaria interdependencia, no podemos sino evaluar el costo y el beneficio proyectados a partir del

conflicto, lo que no será tan necesario si es que a futuro las partes son independientes).

7. Otro aspecto que no puede ser soslayado en un desarrollo estratégico es el de los límites, entendidos como las circunstancias condicionantes de la efectividad de la respuesta jurídica.

Los hay físicos (la lejanía de la unidad jurisdiccional), sociales (la dificultad de acceso a la jurisdicción de los sectores marginales), políticos (la gravitación que tiene el discurso imperante adverso a la pretensión que se esgrime), económicos (el costo del proceso, la insolvencia del condenado), autoimpuestos (el marco cultural en el que se desarrolla el conflicto, las convicciones del juez).

Pensar la eventualidad de presentación de límites favorecerá el pronóstico, aventando el riesgo de situaciones sorpresivas.

8. Más no finaliza nuestra tarea con la confección del plan estratégico, puesto que deberá integrarse el mismo con una estrategia argumentativa¹³.

Es que el texto jurídico pretende convencer a un auditorio, utilizando para ello una forma de debate sujeta a una serie de reglas procedimentales.

Así, surgirán interrogantes iniciales acerca del texto jurídico (para quién y contra quién construimos el discurso, cuál es el prejuicio público,

¹³ P. c. ALEXY, Robert, “A Theory of Legal Argumentation”, Oxford, Clarendon, 1989; ATIENZA, Manuel, “A propósito de la argumentación jurídica”, en Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1998, volumen 21, págs. 33 y ss.; del mismo autor, “Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica”, 3^a reimp., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005; GHIRARDI, Olsen A., “El Razonamiento Judicial”, Lima, Academia de la Magistratura, 1997, págs. 60 y ss.; MORESO, Juan, NAVARRO, Pablo, REDONDO, María, “Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial”, en Doxa cit., 1992, volumen 11, págs. 247 y ss.; PERELMAN, Chaïm, “Logica giuridica nuova retorica”, a cargo de Giuliano Crifò, Milán, Giuffrè, 1979; PERELMAN, Chaïm - OLBRECHTS - TYTECA, Lucie, “Tratado de la argumentación. La nueva retórica”, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2000; PLANTIN, Christian, “La argumentación”, trad. Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 1998; PORTELA, Mario Alberto, “Argumentación y sentencia”, en Doxa cit., 1998, volumen 21, págs. 333 y ss.; VIGO, Rodolfo Luis, “Razonamiento judicial justificatorio”, en Doxa cit., 1998, volumen 21, págs. 483 y ss.; y WESTON, Anthony, “Las claves de la argumentación”, trad. Jorge F. Malem Seña, Barcelona, Ariel, 1999.

cuál es la opinión presumible del auditorio, cuál es el objetivo buscado, cuál es el resultado a evitar) y en el texto jurídico (quién, qué, a quién, cómo, con qué, cuándo, dónde, cuánto, por qué, para qué).

La identificación de los diversos auditorios también ha de merecer nuestra atención. Efectivamente, no será el mismo cuando nos referimos al escrito inicial (confeccionado para el juez, para el abogado de la parte contraria, para las partes) o a la sentencia (las partes, sus abogados, otros jueces en paridad de grado, la alzada, la comunidad jurídica, los medios de comunicación), y ello conllevará que existan diversos grados de libertad en relación a lo que pueda consignarse en cada caso.

9. En suma, abogar por los derechos no implica sólo conocer normas, sino que requiere una capacidad estratégica que sólo puede ser teorizada con recurso a marcos que admitan el ingreso de la realidad social al fenómeno jurídico.

Caso contrario, la fragmentación del caso a que conduce la radicalización de uno sólo de sus aspectos (el normológico), sólo puede conspirar contra la obtención de un pronóstico conjetural más adecuado.

ESTRATEGIA DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

MARIO E. CHAUMET (*)

Resumen: No son pocos los teóricos y operadores del derecho continental que intentan desafiar la postura que limita la comprensión de la adjudicación judicial a la de los trámites procedimentales de su elaboración y a las técnicas sobre el funcionamiento de las normas. Son también considerables los pensadores que en nuestros días afirman que los jueces deciden en una operación compleja. En este marco ya hace unos años Ciuro Caldani afirmaba que “el razonamiento y el hacer de los jueces tienen altas posibilidades de pensamiento y obrar estratégicos”. Muchas son los temas a abordar en la relación entre estrategia y argumentación judicial. La presente exploración se centra en la relación de la estrategia con la argumentación de la adjudicación judicial preguntándose sobre cuál es la concepción de argumentación que habilita asumir su estrategia. Admitiendo que no hay estrategia sino hay dominio donde se dé la posibilidad de elegir entre una variedad de opciones, tanto acerca de los fines como de los medios, se sostiene que para reconocer y efectivizar dicho sentido, es necesario asumir una concepción compleja de la noción de argumentación, que se haga cargo de las tres regiones que distinguía el gran precursor de la teoría de la argumentación que fue Aristóteles: la *Analítica*, la *Dialéctica* y la *Retórica*.

Palabras clave: Adjudicación judicial – complejidad – argumentación - estrategia

Abstract: Many law theorists and practitioners try to challenge the assumption that judicial adjudication is limited to procedural steps and techniques on legal functioning. Nowadays, a considerable number of jurists find that judges decide over a complex operation. Within this context, some years ago Ciuro Caldani assured that “judges’ reasoning and doing have strong possibilities of strategic thought and behavior”. There are plenty of matters to discuss on the relation between strategy and judicial argumentation. The present paper focuses on the relation between strategy and argumentation for the judicial adjudication, wondering about which conception of argumentation helps its strategy. Taking for granted that there’s no strategy without an array of options (as regards ends, but also means) in order to recognize and achieve that strategy it is necessary to assume

(*) Dr. Mario Chaumet – E-mail: chaumet@arnet.com.ar.

a complex sense of argumentation, which takes charge of the three regions pointed by the great precursor of argumentation theory, Aristotle: Analytics, Dialectics and Rhetoric.

Key words: Judicial adjudication – complexity – argumentation – strategy

1. Actuación judicial y estrategia

Se dice que los jueces ejercen la jurisdicción judicial. Diversas voces se utilizan para abarcar su actividad. Entre ellas, juzgar, decidir, resolver.¹ La voz jurisdicción se origina en “*juris dictio*”, “acto de decir el derecho”.² Muestra Ciuro Caldani que “pese a que se trata de una expresión altamente multívoca, es esclarecedor que ‘*juris-dicción*’ signifique, como lo indica la propia composición de la palabra, ‘decir’ y en cierta medida ‘hacer’ realidad el Derecho. La jurisdicción es más propiamente tal en la medida que tiene un fuerte contenido de decir, pero no excluye el hacer”.³

En consecuencia, partimos del supuesto que los jueces en su actividad dicen y hacen y al decir también hacen.

En el ámbito de la teoría del derecho, desde distintos marcos teóricos, la voz adjudicación está fuertemente vinculada con el quehacer judicial. Una de las nociones más difundidas en el siglo XX es la expuesta por H. L. A. Hart.⁴ La voz fue y es utilizada en las disputas teóricas sobre la discrecionalidad judicial. Sin entrar en ellas, sostenía el académico de Oxford (especialmente en su polémica con Dworkin) que: “Jueces de la talla de O. W. Holmes y Cardozo en los EE.UU. o Lord MacMillan o Lord Radcliffe en Inglaterra, y una multitud de otros juristas, tanto académicos como prácticos, han insistido en que el juez tiene una inexcusable, aunque «intersticial» tarea de creación de derecho, y que por lo que al derecho respecta, muchos casos

¹ Según el diccionario (R.A.E. en su 2^a acepción) la voz jurisdicción significa: poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

² COROMINAS, Joan, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispano”, Madrid, Gredos, 1980, t. III, pág. 541.

³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Edit. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pág. 7.

⁴ HART, Herbert L. A., “El concepto de derecho”, trad. de Genaro R. Carrión, México, Editoria Nacional, 1980.

podrían ser decididos de cualquier forma. Una consideración fundamental ayuda a explicar la resistencia a la pretensión de que algunas veces los jueces al mismo tiempo crean y aplican el derecho, y también aclara los principales rasgos que distinguen la creación jurídica del derecho de la legislativa.”⁵

En nuestros días y partiendo de diversos fundamentos, autores como Posner⁶ o Duncan Kennedy⁷ la utilizan para describir el proceso de decisión judicial, reflejando las bases ideológicas de la adjudicación judicial.

Hay quienes afirman que en la lucha entre los marcos teóricos “en los últimos años ha ganado terreno el paradigma que enfoca los problemas desde el punto de vista judicial y de la controversia. El impacto de las sentencias de los tribunales constitucionales y supremos en el estudio del derecho es una novedad importante y hoy no se concibe el estudio del derecho sin una teoría de la adjudicación.”⁸ Se afirma que los jueces adjudican derechos y deberes, responsabilidades y beneficios, que en dicha práctica “parece implausible el empate o la indeterminación”, pero para ella se necesita una teoría que “construya una justificación, la mejor, con los materiales que poseemos y con las mejores herramientas que nos convenza”. También se precisa que: “El juego de la adjudicación es distinto del juego literario o del juego descriptivo de normas”.⁹

⁵ HART, Herbert L. A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”. trad. de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo. “Sistema” (mayo, 1980), nº. 36, pág. 3-18, <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc>, (20-10-09).

⁶ “The Essentials datum with which I began my effort in this book to develop a positive theory of judicial decision making was that there is a pronounced political element in the decisions of American judges, including federal trial and intermediate appellate judges an U.S. Supreme Court Justices. The evidence is overwhelming, though judges themselves tend to brush it aside.” POSNER, Richard A., “How Judges Think”, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2008, pág. 369.

⁷ KENNEDY, Duncan, “A Critique Of Adjudication:(Fin De Siècle)”, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press,1997; “Libertad y restricciones en la decisión Judicial”, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores,1999. V. Tbén. MILJIKER, María Eva, “Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. 2006 -47- 92. http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a7n1.html 05-03-12, (06-03-12).

⁸ CALSAMIGLIA, Albert, “Indeterminación y realismo”, en “Analisi e diritto” 1999, págs. 219-227. http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/calsamiglia.rtf, 6-3-12.

⁹ Ibídem.

Para la teoría trialista del mundo jurídico en los casos judiciales, al provenir la fuerza adjudicataria de hombres determinados (los jueces), deberíamos referir a los “repartos judiciales”.¹⁰ Somos conscientes que la voz es extremadamente adecuada para especificar que el juez dice, pero del mismo modo hace, en palabras de Cossio conduce, eligiendo entre varias posibilidades, pero también y al decidir, reparte.

En gran medida, la cultura occidental ha entendido la jurisdicción judicial sosteniendo que el juez debe darle a cada uno lo suyo y que “el sometimiento de una controversia al juez crea por sí mismo una especie de materia común, la *lis inter partes*, que debe ser repartida entre las partes, de modo que la ganancia de una de las partes es la pérdida de la otra”.¹¹ La noción de reparto especifica algo más que adjudicar. Desde la vivencia de la decisión se comprende que frente al caso concreto el juez no solo adjudica, sino que además reparte y al repartir (entregar a personas distintas lo que han encargado o deben recibir) unos se benefician y otros se perjudican.

En función de ello no son pocos los teóricos y operadores del derecho continental que intentan desafiar la postura que limitaba la comprensión de la adjudicación judicial a la de los trámites procedimentales de su elaboración y a las técnicas de funcionamiento de las normas que la autorizan. Cabe sí

¹⁰ En relación al tema pueden especialmente v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ta. edic, 5a. Reimp., Bs. As., Edit. Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, F.I.J., 1982/4; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, F.I.J., 2000. “La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo”, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 18, pág. 19 y sgtes.; BIDAR CAMPOS, Germán J., “Filosofía del Derecho Constitucional”, Bs. As., Ediar, 1969.

¹¹ “Pero, con independencia de que la materia de su acto de juzgar sea un problema de justicia distributiva o commutativa, el acto de juzgar mismo es siempre una cuestión de justicia distributiva. Porque el sometimiento de una controversia al juez crea por sí mismo una especie de materia común, la *lis inter partes*, que debe ser repartida entre las partes, de modo que la ganancia de una de las partes es la pérdida de la otra. El juez parcial o negligente viola la justicia distributiva por usar un criterio irrelevante (o por usar un criterio relevante de manera impropia) para distribuir los méritos y para otorgar sentencia favorable y/o asignar las costas.” CIANCIARDIO, Juan, “La interpretación den las fronteras del sistema jurídico”, en 2 Interpretación y argumentación. Problemas y perspectivas actuales”, Coord. Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo L. Vigo, B.As., Marcial Pons Arg., 2011, pág. 174.

señalar que son escasos los estudios dedicados a analizar el método de la toma de decisión judicial y en algunos casos se los descarta por considerarlos irracionales.

Una aproximación desprevenida al tema podría hacer creer que el proceso de formación de una adjudicación judicial es una actividad sencilla porque todos sus pasos están predeterminados en las leyes procesales y además, porque es el propio autor quien los describe en su justificación. Según los presupuestos del paradigma tradicional de la modernidad, la labor técnica del juez debe limitarse a descubrir la voluntad del legislador expresa da en la norma a fin de aplicarla en el caso concreto por medio de una labor puramente lógica y de verificación. El esquema clásico más representativo de este método es el de la subsunción de los hechos en la norma abstracta y general para obtener la consecuencia jurídica.¹²

Son considerables los pensadores que en nuestros días atestiguan que ello no es así que afirman que los jueces deciden en una operación compleja. El razonamiento judicial es un camino azaroso que continuamente se desdobra y en cada bifurcación hay que ir decidiendo el sendero que se toma para continuar. También creemos que: “las decisiones jurídicas son el resultado de complicados procesos de información y razonamiento en los que inciden problemas de determinación fáctica; otros estrictamente hermenéuticos derivados de la búsqueda de la norma o normas aplicables al caso y la especificación de su significado a tenor del caso concreto y, por último, factores subjetivos y contextuales de índole social, política e ideológica.”¹³

Sentado ello es comprensible como ya hace años, Ciuro Caldani desarrollaba sus estudios sobre la estrategia en la actuación de los jueces. Nos señalaba que La comprensión histórico-filosófica del militar prusiano Karl von Clausewitz “...esclarecedora de importantes despliegues generales de la dinámica de la vida; puede ser proyectada más allá de la guerra, a la cual él se remitió. Mucho es lo que viene haciéndose para desarrollar la estrategia en los ámbitos económico y político general, y, a nuestro parecer, corresponde también su proyección en el terreno jurídico, incluso en el campo judicial.” Sostenía que: “el razonamiento y el hacer de los jueces

¹² CHAUMET, Mario E. “Análisis de caso y el método judicial”, “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Rosario, 2002, N° 26, págs. 7 y ss.

¹³ GARCÍA CALVO, Manuel, “Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica”, Madrid, Tecnos, 1994.

tienen altas posibilidades de pensamiento y obrar estratégicos”. Proponía que: “Si no hay razonamiento estratégico judicial no hay al fin estrategia jurídica general, y sin ésta la sociedad marcha a la deriva. Estimamos que los jueces han de estar a la altura del sentido estratégico que pueden y deben dar a su actividad, realizando con la mayor conciencia y de la medida más legítima las posibilidades de su tarea. Nos parece imprescindible promover un importante incremento del pensamiento de los jueces y los juristas en general en ese sentido”.¹⁴

2. Actuación judicial y argumentación

Cabe aclarar que mantenemos que el derecho no es solo argumentación. No obstante ello, si de alguna manera asimilamos al tema con la noción de guerra de von Clausewitz, disputa de intereses que resulte con derramamiento de sangre, en esta disputa de intereses que evidencia el mundo jurídico, el derramamiento de argumentos es una pieza relevante en el quehacer jurídico.¹⁵

De igual manera cuando nos referimos a la adjudicación judicial, no la limitamos a su argumentación. El juez no solo argumenta. El método judicial es un camino para la acción, para la toma de decisión. La relación entre estrategia y adjudicación judicial adquiere una evidencia mayor cuando se refiere a toda la actividad judicial.

Sin perjuicio de ello, de conformidad a las necesidades de este tiempo, la presente exploración se centra en la relación de la estrategia con la argumentación de la adjudicación judicial. Es que uno de los principales esfuerzos en el derecho, se ha concentrado en tratar de mostrar una argumentación judicial acorde con las necesidades de la época y sosteniendo que a esta no sólo se la debe ver como una exigencia técnica, sino como un fundamento que hace a la legitimidad de los jueces. En la sociedad democrática de derecho los individuos no se conforman con una apelación al

¹⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, en Lexis Nexis, número especial sobre: “Razonamiento judicial”, Bs. As. 31.03.04, págs. 30 y sgtes. Del mismo autor ver también, “Estrategia Jurídica”, Rosario, F.I.J., 2011, págs. 89 y ss.

¹⁵ Ibídem.

criterio de autoridad, sino que exigen razones, justificaciones: sabido es que la forma más eficiente de prevenir la arbitrariedad en la justificación de las decisiones es presentar públicamente buenas razones. Parafraseando a Aarnio, en estos días la necesidad de dar argumentos y la democracia van de la mano.¹⁶

Muchas son los temas a abordar en la relación entre estrategia y argumentación judicial. En este sentido cabe por ejemplo diferenciar la argumentación para la estrategia judicial (como un de sus medios, una de sus herramientas, quizás una de sus tácticas), de la estrategia de la argumentación. Las preguntas que plantea el tema son innumerables. En el presente trabajo solo nos limitaremos a presentar una de las que entendemos como preliminar: ¿Cuál es la noción de argumentación judicial que habilita ocuparse de su estrategia? Afirmaremos que no toda forma en que se construye la noción de argumentación, permite considerar la relevancia de la estrategia.

3. ¿Cuál es la concepción de argumentación que habilita asumir una estrategia para la propia argumentación?

Uno de los más difundidos especialistas sobre argumentación, Christian Plantin, en su artículo “Estrategia argumentativa” destaca que “el término estrategia designa un conjunto de acciones coordinadas con el propósito de alcanzar un fin (o resultado) predefinido. Este fin no podría lograrse sin intervenir sobre el curso de los acontecimientos: una situación estratégica no es una situación incierta sino una situación no determinada casualmente”. Agrega: “La acción estratégica incluye dos momentos: la definición del fin y la definición de un conjunto de medios que permitan alcanzarlo. No hay estrategia sino hay dominio donde se dé la posibilidad de elegir entre una variedad de opciones, tanto acerca de los fines como de los medios. La conciencia de la existencia de fines y medios diversos, que permite un cálculo de las elecciones, define la estrategia como un concepto intencional”.¹⁷

¹⁶ AARNIO, Aulis, “Derecho, racionalidad y comunicación social”, trad. de Pablo Larrañaga, México, Edit. Fontamara, 1995.

¹⁷ PLANTÍN, Christian, “Estrategia Argumentativa”, en “Compendio de lógica, argumentación y retórica”, Dir. Luis Vega Reñón y Paula Olmos Gómez, Madrid, Trotta, 2012, 2º

Entendemos que no toda concepción de argumentación admite la posibilidad de elegir entre una variedad de opciones, tanto acerca de los fines como de los medios.

En este sentido adelantamos que a nuestro entender la relación entre estrategia y argumentación judicial implica asumir una concepción compleja tanto de la noción de argumentación como de la materia a adjudicar.

Ahora bien, ¿existe una idea unívoca de la *argumentación*?¹⁸ ¿hay una *teoría de la argumentación* o, antes bien, existen diversos intentos de construcción de *teorías de la argumentación*, tantas, cuantas perspectivas predominan o se asocian a su concepto?

Algo de esto último parece estar jugado en el pensamiento de Atienza, para quien “el concepto de argumentación es un concepto complejo”¹⁹ y “existen tres *dimensiones* de la argumentación (cada una de ellas vinculada -aunque no de manera exclusiva- a cierto contexto o situación) que pueden dar lugar a otras tantas *concepciones* si cada una de esas tres dimensiones -como a veces ocurre- se trata como si fuera la única o la fundamental (...) sería la concepción o perspectiva formal, la material y la pragmática, pudiendo hacerse, dentro de esta última, una subdistinción entre la dialéctica y la retórica”.²⁰

Por su parte, otro teórico de la argumentación recordará las tres regiones que distinguía aquel insigne precursor de la teoría de la argumentación que fue Aristóteles: la *Analítica*, la *Dialéctica* y la *Retórica*.²¹ Para el estagirita, la lógica estaba relacionada con argumentos analíticos en los que la verdad de las premisas era evidente; la dialéctica representaba el arte de

¹⁸ edic., págs. 237 y stes.

¹⁹ Hay quien ofrece conceptos unívocos: “La argumentación es un acto de lenguaje que consiste en una constelación de enunciados dirigidos a justificar o refutar una opinión expresa y con el propósito, en una discusión regimentada, de convencer a un juez racional de un particular punto de vista con respecto a la aceptabilidad o no aceptabilidad de esa opinión expresa” (EEMEREN, Frans van - GROOTENDORST, Robert, “Speech acts in argumentative discussions. A theoretical model for the analysis of discussions directed towards solving conflicts of opinion”, Dordrecht, Edit. Foris Publications, 1984, pág. 18). En la concepción que aceptamos, la definición enmarcaría en la *perspectiva dialéctica* de la argumentación.

²⁰ ATIENZA, Manuel, “El derecho como argumentación”, Barcelona, Ariel, 2006, pág. 67.

²¹ Ibídem, pág 77.

²¹ VEGA REÑÓN, Luis, “Si de argumentar se trata”, Barcelona, Edit. Montesinos, 2003, págs. 13 y sgtes.

un debate regulado y estaba tratada en *Topica* (Tópica) y *De sophisticis elechis* (Refutaciones Sofísticas); la retórica, el arte de persuadir un auditorio, está discutida en la *Rhetorica* (Retórica).²²

Por nuestra parte, y a los fines de la utilidad de estos conceptos para el tratamiento de la relación entre estrategia y argumentación de la adjudicación judicial, nos convence más la distinción entre perspectivas *analíticas*, *dialécticas (procedimentales)* y *retóricas*, a las que agregamos un sustrato lingüístico. Adicionalmente, resulta imprescindible, desde el punto de vista material, analizar qué elementos (que material jurídico) son los que se deben tener en cuenta para una argumentación estratégica.

Dicho ello, se puede precisar la preguntar de la siguiente forma: ¿desde qué perspectiva de la argumentación pueden desarrollarse estudios sobre estrategia en la argumentación judicial?

3.1. Perspectiva analítica

Diríamos que a la perspectiva analítica²³ le interesa el *producto* de la argumentación. El aspecto más resaltado de la actividad son los argumentos textuales, cuya forma básica se compone de premisas, un nexo inferencial y conclusión. Su arquetipo, como prueba de racionalidad, es la demostración. La evaluación de la argumentación (validez o corrección) está sujeta a criterios lógicos, semánticos o metodológicos.

La argumentación analítica la referimos a la estructura interna de los argumentos. Se la asimila a la lógica formal. Así, Atienza exhibe una concepción formal de la argumentación.²⁴ Para decirlo con una imagen muy

²² van EEMEREN, Frans H. - GROOTENDORST, Rob, "A systematic theory of argumentation: the pragma-dialectical approach", Cambridge University, Edit. Press, 2004, pág. 42.

²³ Los términos *análisis* y *analítico* tienen diversos significados en la filosofía y en la ciencia. Quizás aquí en parte coincide con el sentido tradicional que se le atribuye haberle dado al término Platón, en cuanto método de investigación consistente en partir de algo admitido o dado por sentado. No en vano en general se acepta que tiene su más propio lugar en las matemáticas. No lo estamos utilizando en referencia a los movimientos filosóficos que a partir, sobre todo de Russell y Moore, constituyen la filosofía analítica.

²⁴ ATIENZA, "El derecho como argumentación", Op. cit., págs. 109 y ss.

lograda de Guibourg, “en general, no tiene sentido discutir los precios en un restaurante, pero sí que lo tiene «repasar» la suma”.²⁵

Desde esta perspectiva solo nos interesará la corrección del proceso, una vez terminado, su problema es siempre el siguiente: “la conclusión a que se ha llegado, ¿deriva de las premisas usadas o afirmadas?”²⁶ La distinción entre el razonamiento correcto y el incorrecto es el problema central. Desde una perspectiva analítica nos interesaremos por los argumentos sin tomar en cuenta su contenido.

En su tradición más arraigada, la lógica presupone una validez formal estrechamente ligada a la *deducibilidad*. El ideal del derecho ha sido muchas veces proyectado como el de una argumentación deductiva.

En el sistema de conocimientos definido como *Lógica Moderna* se planteó la pretensión de que la lógica estándar debía ser el modelo universal o la perspectiva válida para controlar cualquier proceso de argumentación, es decir, no sólo la argumentación científica o teórica sino cualquier interacción comunicacional en el ámbito cotidiano, jurídico, religioso etc. La validez o no de tales argumentos debería ser enjuiciada desde los criterios de la lógica pura.

En mucho la cultura moderna, justificó una reducción progresiva del papel de la argumentación en la facultad de razonar lógicamente, de conformidad a reglas de la lógica formal previamente admitidas, el dominio de los juicios analíticos. No se veía más que la facultad de los razonamientos demostrativos, lo formalmente correcto. Una argumentación reducida a la demostración de verdades necesarias, o por lo menos indudables, que se

²⁵ “Quejarnos porque la cuenta del restaurante es alta no nos dará ningún resultado: no lograremos convencer al mozo y pasaremos por mezquinos. Pero si encontramos algún error en la suma provocaremos una consulta y obtendremos, junto con la enmienda, las correspondientes excusas: tal es el poder de la aritmética, que ni los comerciantes se atreven contra ella. Y la aritmética no es una invención diabólica, ni el arma secreta de la administración impositiva: es, simplemente, un sistema teórico que reconstruye, en abstracto, las relaciones que todos aceptamos entre las cantidades concretas. Dos más dos es igual a cuatro en cualquier tiempo y lugar, se trate de dólares, camellos o vueltas en carrusel; y el conjunto de las relaciones de este tipo, reunidas en una teoría matemática universalmente admitida, nos permite verificar formalmente la exactitud de cualquier cálculo”. (ECHAVE, Delia T. - URQUIJO, María E.- GUIBOURG, Ricardo A. “Lógica, proposición y norma”, Bs.As, Edit. Astrea, 2008, pág. 19).

²⁶ COPI, Irving M., “Introducción a la lógica”, trad. Néstor Alberto Míguez, 4^a edic., Buenos Aires, Edit. Eudeba., 1999, op. cit. pág. 5.

manifiesten con una evidencia irrecusable. La posición de un saber objetivo y de verdad universalmente válida, el gusto del rigor y de la precisión.

En el ámbito de la argumentación judicial se hace referencia a una tesis imperialista de una argumentación, de carácter exclusivamente deductiva, o de otras formas más sutiles tales como afirmar que si bien la lógica no es lo es todo en el razonamiento jurídico, donde acaba la deducción allí empieza la arbitrariedad.²⁷

Estas pretensiones dieron lugar, en el amplio escenario de la discusión filosófico y meta-teórica, a una serie de reacciones. Desde muchos lugares se reprocha que limitar la argumentación al análisis formal del producto, implica someterla a una racionalidad restringida, abstracta y vacía de contenido, constreñida por cierta forma lógico-matemática o geométrica de razonamiento que asume como modelo algún método científico y tiene como fin último la búsqueda de certezas absolutas e indubitables ya sean de tipo empírico o racional.

Desde mediados del siglo XIX se han realizado críticas al modelo que han puesto en evidencia la imposibilidad de reducir la decisión judicial y en particular su argumentación, a una mera operación formal. En nuestros días existe un consenso casi unánime que la jurisprudencia mecánica resulta difícil de sostener. Bastaría citar -al azar- teóricos de las últimas décadas tales como: Dworkin, Bobbio, Aarnio, Wroblewski, Villey, Finnis, Ferrajoli, Cossio, Goldschmidt, para observar -desde diversos presupuestos- la misma impugnación.

Como caso, Alexy manifiesta que refutar el modelo deductivo es demasiado fácil ya que bastan referencias a la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos y colisiones de normas, por ello dice que este modelo desde hace mucho ya no es sustentado por nadie como modelo completo de aplicación del derecho.²⁸ Nos atrevemos a acotar que si bien acordamos con ello, desde variadas prácticas se ve, que el modelo sigue de alguna manera “viviendo” en el marco conceptual de los operadores jurídicos.

²⁷ ATIENZA, “El derecho como argumentación”, Op. cit., pág. 78.

²⁸ ALEXY, Robert, “Teoría del discurso y derechos humanos”, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado, 1995, págs. 37 y sgtes.

La realidad desborda ampliamente los postulados reduccionistas del método lógico deductivo e invalida los planteamientos simplificadores de la citada metodología.

Esta reducción por si sola, no puede esclarecer la argumentación que se hace necesaria para dar cuenta de ventajas, inconvenientes, oportunidades, riesgos, opciones, elecciones a la hora de tomar decisiones.

Al decir de Atienza la lógica no se ocupa propiamente de los argumentos, sino de los esquemas de los argumentos, por eso es un lugar común en la teoría de la argumentación, enfatizar sobre los límites que tiene la argumentación que aquí denominamos analítica. Reducir el campo de la argumentación a la perspectiva analítica, olvida que argumentar no es solamente deducir y calcular, es también deliberar y convencer.²⁹

Por nuestra parte, sostenemos que la perspectiva analítica es necesaria y satisface condiciones que hacen factible a toda argumentación, le da comprensión, coherencia, orden, claridad. Proporciona un criterio de control de los argumentos, que sirven también para las otras perspectivas. Ahora bien, de lo dicho se evidencia que si se reduce la argumentación judicial a una perspectiva analítica poco y nada interesan los planteos estratégicos de la argumentación. Recordemos que siguiéndolo a Plantin, hemos afirmado que no hay estrategia sino hay dominio donde se dé la posibilidad de elegir entre una variedad de opciones, tanto acerca de los fines como de los medios. Si “... todas las operaciones de atribución de significado a los documentos que constituyen el discurso de la ley... se sustraen a la «lógica», cuyo empleo más bien presupone que tales operaciones ya han sido realizadas”³⁰, la relación entre estrategia y argumentación judicial resulta impertinente, no viene al caso, a lo sumo lo estratégico pertenece a otro ámbito.

En virtud de ello afirma Ciuro Caldani que: “Entre las carencias que a nuestro parecer produjeron las propuestas silogísticas de la escuela de la exégesis y la exclusión de las perspectivas causales por la purificación referida a la imputación se encuentra la pérdida de la capacidad estratégica de los hombres de Derecho”.³¹

²⁹ ATIENZA, “El derecho como argumentación”, Op. cit., pág. 78.

³⁰ TARELLO, Giovanni, “L’interpretazione della legge”, Milano, Giuffrè, 1980, pág. 82.

³¹ CIURO CALDANI, “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, Op. cit, págs. 30 y sgtes.

3.2. Perspectiva dialéctica

Durante mucho tiempo el término dialéctica, se lo correspondió con el vocablo “*diálogo*” y así el arte dialéctico se lo definía como el “*arte del diálogo*”. Como en el diálogo hay dos “*logos*” que presentan en contraposición, se señala que en la dialéctica hay dos posiciones entre las cuales se construye efectivamente un diálogo, una confrontación, en la cual puede haber un especie de acuerdo o desacuerdo -sin lo cual no habría diálogo- pero también se generan sucesivos cambios de posiciones inducidos por cada una de las posturas.³²

En la perspectiva dialéctica se trata a la argumentación como un proceso, que se genera por la interacción y confrontación entre roles argumentativos. Su ideal es el debate razonable. La interacción argumentativa entre las partes (*proponente* y *oponente*), sus fases y variantes se evaluarán de conformidad a reglas y convenciones: quien tiene derecho a participar, quien debe afirmar, refutar, probar, cuando y como, son temas que le preocupa al *dialéctico* de la argumentación.

Hemos visto que la perspectiva analítica se interesa por el *producto* de la argumentación, por el encadenamiento de dos enunciados o el breve párrafo argumentativo, por su *objetivismo textual*, en donde lo que realmente importa son los efectos del análisis, por su *individualismo monológico* (donde cada argumentador dará cuenta por si sólo de sus pretensiones discursivas). En cambio, la concepción dialéctica se dirige a los procedimientos de la interacción argumental, como modo de interacción de discursos contradictorios *problematizados*. Las miradas se centran en los papeles de los participantes, el curso seguido por el debate.³³

³² FERRATER MORA, José; “Diccionario de Filosofía”, 5ta. edic., Bs. As., Edit. Sudamericana, 1965, t. A-D, págs. 866 y sgtes.

³³ “«Esta perspectiva socialmente orientada [Rescher se refiere la utilización de un modelo dialéctico en epistemología] es seguramente un paso en la dirección correcta. Pues la aproximación dialéctica a la epistemología está motivada por un propósito antocartesiano. Deplora la banal influencia de la orientación egocéntrica de la moderna epistemología. El énfasis tradicional y ortodoxo en cuestiones del tipo de ¿cómo puedo convencerme a mí mismo? ¿cómo puedo estar seguro? nos invita a olvidar la naturaleza social de las reglas básicas del razonamiento probatorio, sus raíces en la cuestión de ¿cómo podemos hacer para convencernos unos a otros? La dialéctica de la disputa y de la controversia proporciona un antídoto útil para ese egocentrismo cognitivo. Insiste en que no podemos olvidar la construcción del conocimiento como una empresa

A partir de esta perspectiva, se han dado numeros criterios de corrección para determinar si es plausible o no una argumentación.

Desde el derecho procesal Calamandrei desarrolla esta cuestión a partir del *principio de dialecticidad*, donde cada sujeto debe actuar y hablar en el momento preciso, ni antes ni después, del mismo modo que en la recitación de un drama cada actor tiene que saber *entrar* a tiempo para su intervención, o en una partida de ajedrez cuando le corresponde a cada jugador participar.³⁴

Para quien asuma una perspectiva dialéctica de la argumentación aceptar la estrategia de la argumentación resulta un elemento relevante, especialmente cuando el diálogo es de confrontación. Si bien escapan a las posibilidades de este trabajo su descripción, pueden servir como ejemplo de referencia de la relación las reglas de carga, descarga y de procedimiento de discusión que propone una de las teorías sobre argumentación mas difundidas en estos días que es la denominada *pragma-dialéctica*.³⁵

En lo específico de la argumentación judicial, en otros escritos nos hemos ocupado de observar cómo, las teorías dialécticas y consensuales que ayudan a preservar la imparcialidad judicial, pueden ser mejor aplicadas a los procedimientos con alto componente de creación legal, particularmente

comunitaria sometida a estándares comunitarios» (Rescher, 1977, pág. XII, *Dialectics. A controversy-oriented aproach to the theory of knowledge*, State University of New York Press,» (ATIENZA, “El derecho como argumentación”, Op. Cit., pág. 256).

³⁴ CALAMANDREI, Piero, “Estudios sobre el proceso civil”, trad. Santiago Sentis Melendo, Bs. As, EJEA, 1962, t. III, págs 263 y sgtes. Se ha dicho también que: “... el Derecho Procesal, desde una visión instrumental, no regula la argumentación normativo-jurídica como tal, sino que no hace más que asegurar en el aspecto temporal y objetivo el marco institucional para que las partes y el juez puedan interactuar. Las normas relativas al orden del proceso institucionalizan la práctica de la decisión judicial de manera que la sentencia y sus fundamentos puedan entenderse como resultado de un juego argumentativo” (GUZMÁN, Néstor Leandro, “Argumentación y proceso. Una relación relevante en la práctica judicial”, en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, 2007-2, Sentencia I. pág. 196).

³⁵ van EEMEREN, Frans H. - GROOTENDORST, Rob, “A systematic theory of argumentation: the pragma-dialectical approach”, Op. cit. Una consistente comprensión jurídica de la teoría puede verse en: BARRANCO DE BUSANICHE, Graciela, “La reconstrucción racional de fallos judiciales desde el enfoque de la pragmadialéctica, en Argumentación jurídica y constitucionalismo”, Coord. Graciela Barranco de Busaniche y Eloy Emiliano Suárez, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2011, págs. 13 y sgtes.).

en el denominado “Estado Constitucional y Social de Derecho”.³⁶ Es allí donde quizás más necesitamos esquemas dialécticos para representar los procesos argumentativos.

3.3. Perspectiva retórica

Nada impide que una argumentación, además de ser *lógicamente* concluyente y respetuosa de las reglas del procedimiento *dialéctico*, sea *convictante*.³⁷ La historia de la retórica nos muestra la variedad de formas con las que se ha construido su noción. La primera asociación que aparece tras la voz *retórica* es la de persuasión o convencimiento, prestar atención cuáles son, en cada situación, los medios disponibles para la persuasión.

La persuasión retórica supone una comunicación entre personas, entre un agente *inductor* (*orador*) y un *receptor*. Mientras que la interacción dialéctica, discurre entre sujetos como el proponente o el oponente de una tesis deliberada, la interacción retórica tiene lugar entre personas con sus actitudes, disposiciones, emociones y compromisos en juego. Se dice que el receptor ha de sentirse “*tocado*”, afectado, y para que la inducción sea un éxito el receptor ha de actuar en mayor o menor medida como “*cómplice*” del inductor. El “*factor personal*” no es en absoluto irrelevante. La retórica intensifica el aspecto no meramente interactivo, sino interpersonal de la comunicación. No sólo implica relaciones entre personas sino carga y descarga de sentimiento y emociones.

Creemos que la relación entre retórica y estrategia argumentativa van de la mano. Hay una estrategia retórica, hay estrategias para convencer. La retórica aporta medios ineludibles a la hora de elaborar una estrategia

³⁶ CHAUMET, Mario E. - MEROI, Andrea, A., “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, L.L. 2008-D, 717.

³⁷ “En el centro de toda la discusión sobre la retórica está la convicción de que las palabras significan; tienen la capacidad de referenciar el mundo y de inventarlo; de decir en sentido recto y figurado; de decir la verdad y de mentir; de evadirse y comprometerse; de generar confiabilidad y desconfianza. De lo que no cabe duda es de su eficacia para comunicar, convencer, persuadir, argumentar y de expresar estéticamente. Visto así, la retórica es, como tantas veces se ha dicho, un instrumento comunicativo muy poderoso en las manos de los hombres”. (GARCÍA GARCÍA, Francisco, “Una aproximación a la historia de La Retórica”, Icono14, nº 5, <http://www.icono14.net/revista/num5/articulo1.1.htm>).

argumentativa. Nos dice Plantin que: “En la retórica argumentativa, las elecciones estratégicas son posibles durante el proceso de producción de discurso en todos los niveles clásicos (con excepción de la memoria): inventio, depositio, elocutio, actio. El análisis del producto terminado, el texto argumentativo, es una reconstrucción del sistema estratégico constituido por el conjunto de estas elecciones. Por ejemplo, es posible analizar la estrategia de concepción/radicalización del argumentador”.³⁸

Ello se hace especialmente relevante en la argumentación judicial de este tiempo.³⁹ Si vivimos un derecho caracterizado por la prevalencia de reglas generales indeterminadas, principios (aun implícitos), directrices, reglas de primer orden, la fuerza normativa de las normas constitucionales (estado constitucional), el contenido y exigencias de sus derechos fundamentales (expectativas positivas), y su nivel de “exigencias” sobre las decisiones, en todas las ramas del derecho, la expansión de los derechos sociales, en nuestros días no se puede ocultar que la sentencia no es la conclusión necesaria que deriva de unas determinadas premisas legales sino que implica una opción del juez por una determinada solución.

En este sentido expresa Ciuro Caldani que “aunque no es concebible un consenso total respecto de la tarea de los jueces, es importante que los jueces obtengan consenso y sean constructores de él”. Esto mismo le permite sostener que la razonabilidad de las decisiones judiciales es un fenómeno cultural del cual depende la respectiva “fuerza de convicción” que en mucho se realiza cuando ellas resultan insertas en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate. Agrega que “la razón judicial procura arraigarse, de manera ‘dialogal’, en los fines de las partes y de la sociedad e su conjunto. En mucho a través de sus razones le cabe al juez construir o destruir el ‘tejido social’ en que se desenvuelve.”⁴⁰ No en vano ya hace varias décadas

³⁸ PLANTIN, Op. cit. pág. 238.

³⁹ No son pocos los centros judiciales que se dedican a pensar y difundir el tema, a título de ejemplo puede verse en las “Lecciones de redacción para magistrados y funcionarios judiciales” del Centro de Información Judicial del Poder Judicial de la Nación (Argentina), las “Lecciones de redacción: Argumentación y estrategias argumentativas III”, <http://www.cij.gov.ar/inicio.html> Agencia de Noticias del Poder Judicial de la Nación, República Argentina.

⁴⁰ V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo”, JA, 1998-III-602 y sgts.; del mismo autor: “Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales”, Doxa 21-II (1998).

Carlos Cossio instruía acerca de la fuerza de convicción de la sentencia.⁴¹

4. Estrategia, y propuesta *tridimensional e integral* en la argumentación

No son pocos los que siguen enfatizando en las tres regiones que distinguía el gran precursor de la teoría de la argumentación que fue Aristóteles: la *Analítica*, la *Dialéctica* y la *Retórica*. La lingüista colombiana María Cristina Martínez Solís despliega una iniciativa de integración de las tres perspectivas de la argumentación que hemos citado (analítica, dialéctica y retórica), a la que califica como propuesta *tridimensional e integral* en la argumentación.⁴²

Señala que “en el proceso de evolución de las sociedades y del lenguaje”, las distintas teorías han enfatizado algún aspecto más que otro.⁴³ En este sentido expresa que las teorías que califica como los tres enfoques de la argumentación más conocidos (la Analítica de Toulmin, la Retórica de Perelman y la Dialéctica de van Eemeren), están dirigidos a acentuar una u otra de las dimensiones principales que se identifican en la argumentación:

⁴¹ COSSIO, Carlos, La teoría egológica Del derecho y el concepto jurídico de libertad, 2da. edic. (Buenos Aires, 1964). Edit. Abeledo-Perrot; p. 623 y en particular El derecho en el derecho judicial, 2^a ed., (Bs. As. 1959). Edit. Abeledo-Perrot, 1959.

⁴² MARTÍNEZ SOLÍS, María Cristina, “La dinámica enunciativa: la argumentación en la enunciación, en Aprendizaje de la argumentación razonada”. Cátedra UNESCO Lectura y Escritura Vol. 3., Cali, Unidad Artes Gráficas, Facultad de Humanidades, Universidad del Valle, 2001, págs. 11 y sgtes. De la misma autora puede verse: “La orientación social de la argumentación en el discurso: una propuesta integrativa”, <http://www.oei.es/fomentolectura>; “La dinámica enunciativa: la argumentación en la enunciación”, en “Aprendizaje de la argumentación razonada”, en op. cit. Cátedra UNESCO Lectura y Escritura Vol. 3; “Análisis del Discurso y práctica pedagógica. Una propuesta para leer, escribir y aprender mejor”. 3^a edic., Santa Fe, Homo Sapiens, 2001; “En búsqueda de un modelo cognitivo/textual para la evaluación del texto escrito”, en: “Comprensión y producción de textos académicos: expositivos y argumentativos” Cali, Escuela de Ciencias del Lenguaje, Universidad del Valle, 1999, págs. 89 y sgtes. “La construcción del proceso argumentativo en el discurso. Perspectivas teóricas y trabajos prácticos”, Cátedra UNESCO Lectura y Escritura, Cali, Editorial Taller de Artes gráficas Facultad de Humanidades, Universidad del Valle, 2005.

⁴³ MARTÍNEZ SOLÍS, “La dinámica enunciativa: la argumentación en la enunciación”, Op. cit, pág. 33.

“(i) la argumentación como producto, en la que la dominante es el contenido y el análisis lógico de los argumentos en la proposición; en nuestros términos, diría el privilegio de la Ratio (Cognoscitiva); (ii) la argumentación como proceso interpersonal que busca incidir en cambios en el receptor y en lograr su adhesión, en la cual predominan los recursos y estrategias retóricas del discurso; en nuestros términos, diría el privilegio del Pathos (Emotiva); (iii) la argumentación como forma interactiva de proceder que busca interactuar con el auditorio al cual se le deja un margen de libertad para decidir. Se basa en el examen de las diversas alternativas y en la regulación de procedimientos dialécticos a través del uso de esquemas argumentativos no falaces, el privilegio del Ethos (Volitiva/Ética).”⁴⁴

Recalca la inmanencia de la relación intersubjetiva que hay en todo discurso, destacando el papel activo del otro en el proceso de significación y de interpretación.⁴⁵

Nos dice que su propuesta tiene por finalidad poder integrar las perspectivas de la argumentación más conocidas, Analítica, Retórica y Dialéctica que se vienen considerando totalmente aisladas una de la otra, en un enfoque dialógico del discurso, en cuyo fundamento básico encontramos la característica de intersubjetividad y de intertextualidad.⁴⁶

Reconocemos que en toda manifestación argumentativa se la puede comprender desde las tres dimensiones. Ello no implica una jerarquización de alguna de ellas. En consecuencia, los partícipes de un discurso argumentativo pueden darles a cada uno de ellas mayor o menor predominio.

⁴⁴ Ibídem, pág. 34.

⁴⁵ «Los signos no emergen en definitiva sino como proceso de interacción entre una conciencia individual y otra. Y la conciencia individual misma está llena de signos ... La conciencia no se convierte en conciencia sino cuando está llena de contenido ideológico (semiótico) y en consecuencia, solamente en el proceso de interacción social ... La conciencia toma forma y existencia en los signos creados por un grupo organizado en el curso de sus relaciones sociales... La conciencia individual se alimenta de signos, allí encuentra su materia de desarrollo, refleja su propia lógica y las leyes del grupo... La Lógica de la conciencia es la lógica de la comunicación ideológica, de la interacción semiótica de un grupo social. (Bajtin 1929:1977:28-30). (Ibidem, pág 20).

⁴⁶ MARTÍNEZ SOLÍS, “La dinámica enunciativa: la argumentación en la enunciación”, Op. cit, pág. 42.

Compartimos el pensamiento de Martínez Solís en cuanto afirma que la racionalidad (nosotros preferimos decir aceptabilidad)⁴⁷ argumentativa: “tiene un carácter social y discursivo, por tanto no establece una oposición entre la retórica y la argumentación, los enunciados están marcados por tonalidades, son enunciados entonados, pero las entonaciones o tonalidades indican relaciones de fuerza social enunciativa entre los sujetos discursivos. Se trataría más bien de modalidades argumentativas relacionadas con las tonalidades de las fuerzas sociales enunciativas que intervienen en la situación de enunciación. La focalización de una de ellas en detrimento de otra obedece a las valoraciones y tonalidades existentes entre los sujetos discursivos, a la actualización enunciativa de valores sociales y culturales. La argumentación se construye en la relación mutua de sujetos discursivos en prácticas sociales específicas. Los tipos de relaciones sociales y de distanciamiento entre los sujetos discursivos serán actualizados y orientados socialmente en los modos argumentativos que se proponen en el discurso.”⁴⁸

En función de ello agrega: “la validez de un estilo argumentativo estaría relacionada con la construcción social de fuerzas enunciativas que darían cuenta de la integridad discursiva de la argumentación (mostrar una imagen de enunciador apropiada, pertinente con el estatus y la edad y el tema abordado y adaptado a las valoraciones del enunciatario y a su relación con el mismo tema). Los cambios en la orientación social de la argumentación en un discurso estarán relacionados con cambios en la situación de enunciación, con cambios en la valoración social del auditorio”.⁴⁹

Debido a ello también admitimos que la argumentación tomará diversas formas de manifestación, según la orientación social y la aproximación entre los sujetos discursivos. Desde nuestro modo de construir la noción la argumentación esta puede tomar una tonalidad más formal, más procedural o más emotiva. Asimismo acordamos que las tonalidades tienen valoraciones sociales que pueden ser tanto intencionales como no intencionales.

La relación entre estrategia y argumentación solo se puede considerar en la medida en que se asuma una noción compleja de argumentación. Pero a

⁴⁷ Cualidad de aceptable. En este sentido la palabra aceptable está relacionada con aprobación, asentimiento, conformidad, consentimiento, beneplácito, acogida, reconocimiento, consentimiento.

⁴⁸ MARTÍNEZ SOLÍS, “La dinámica enunciativa: la argumentación en la enunciación”, Op. cit., págs. 46 y sgtes.

⁴⁹ Ibídem.

su vez, asumir una actitud estratégica al argumentar implica superar reduccionismos argumentativos que no se condicen con las necesidades de este tiempo. No en vano “van Dijk plantea que si queremos explicar lo que es el ‘discurso’, resulta insuficiente analizar sus estructuras internas, las acciones que se logran, o las operaciones mentales (procesos cognitivos) que ocurren en el uso del lenguaje. En este sentido es necesario dar cuenta que el discurso como acción social ocurre en un marco de comprensión, comunicación e interacción que a su vez son partes de estructuras y procesos socio-culturales más amplios”⁵⁰

Así en la argumentación judicial jurídica moderna en el derecho continental prevalecía una racionalidad analítica, un marco teórico de argumentación como cuestión del pensamiento, normativa, monológico, de producto y exclusivamente destinada al contexto de justificación. Por el contrario en nuestros días se abren cada día más las iniciativas teóricas que incorporan la significación de una racionalidad dialéctica, y marcos teóricos como cuestión del lenguaje, dialógica, procedimentales y que admiten la vinculación entre el contexto de descubrimiento y de justificación.

Abundantes voces sustentan la tesis según la cual la argumentación en las decisiones judiciales, más que la demostración, es la que permite asegurar que el papel del juez se desarrolle conforme a los postulados de los Estados constitucionales. Marcas que se señalan como diferencias son: axiomas de la demostración versus premisas de la argumentación, la impersonalidad de la demostración versus la idea de auditorio en la argumentación, carácter intelectual de la demostración versus carácter práctico de la argumentación, verdad, necesidad y reglas de la demostración versus adhesión, persuasión y técnicas de la argumentación.⁵¹

La adjudicación judicial ya no debe ser concebida como un producto de la “conciencia cognoscente” del juez, sujeto individual que razona con argumentos objetivos “con la segura balanza de un método firme”, sino el

⁵⁰ Ibídem.

⁵¹ AGUIRRE ROMAN, Javier Orlando; GARCIA OBANDO, Pedro Antonio y PABON MANTILLA, Ana Patricia. “¿Argumentación o Demostración en la decisión judicial? Una mirada en el Estado Constitucional,” Revista Derecho, Dic 2009, nº 32, págs. 1-29. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0121-8697.

fruto de la discusión entre sujetos que pugnan por hacer valer su interpretación y su interés.⁵²

Reiteramos que el juez continental no decide al margen del contexto social, su actuación se inserta en un debate que es exterior a él, que es público y por lo tanto se hace necesario destacar que urge comprender a la argumentación judicial como intersubjetiva.⁵³

Admitir y destacar dicha intersubjetividad requiere utilizar una noción compleja de argumentación. La incorporación de sus perspectivas dialécticas y retóricas, no solo facilitan la admisión de visión estratégica en la argumentación, sino que además le otorgan herramientas de ineludible consideración a la hora de pensar una argumentación estratégica.

5. Conclusión

En síntesis creemos que admitiendo las conclusiones de Ciuro Caldani (que hemos ya citado), en cuanto afirma que “si no hay razonamiento estratégico judicial no hay al fin estrategia jurídica general, y sin ésta la sociedad marcha a la deriva”, si además consentimos, que el juez continental no decide al margen del contexto social, que su actuación se inserta en un debate que es exterior a él, que la “*fuerza de convicción*” de las adjudicaciones judiciales en mucho se realiza cuando ellas se insertan en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate,⁵⁴ se comprende porque debemos hacernos cargo del sentido estratégico de toda argumentación judicial.

Tal como lo hemos señalado, entendemos que para reconocer y efectivizar dicho sentido, es necesario asumir una noción compleja de la noción de argumentación.

Agregando a lo anterior el maestro rosarino resaltaba: “estimamos que los jueces han de estar a la altura del sentido estratégico que pueden y

⁵² GARCÍA AMADO, José A., “Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica”. <http://www.geocities.com/jagamado/bogotaart.html>. (20.10.10).

⁵³ Ibídem.

⁵⁴ CIURO CALDANI, “La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo”, Op. cit., págs. 602 y ss.

deben dar a su actividad, realizando con la mayor conciencia y de la medida más legítima las posibilidades de su tarea”.

Creemos además (aunque escapa su desarrollo a las posibilidades de este trabajo) que para ello se hace también imprescindible admitir la complejidad del contenido de la adjudicación judicial, cuestión que hace a la materia sobre lo que se argumenta.

LA ESTRATEGIA JURÍDICA, UNA DEUDA DEL DERECHO ACTUAL^(*)

La vida es de cierto modo una gran estrategia.

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI^()**

Resumen: Se aprovechan las perspectivas del integrativismo de la teoría trialista del mundo jurídico para evidenciar la necesidad del desarrollo de la Estrategia Jurídica.

La teoría trialista, elaborada básicamente por Werner Golschmidt, sostiene que el Derecho debe ser construido con repartos (dimensión sociológica) descriptos e integrados por normas (dimensión normológica) y valorados ambos por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica). Los repartos son adjudicaciones de lo que favorece o perjudica la vida (“potencia” e “impotencia”) que provienen de la conducta de seres humanos determinables. El trialismo es una de las respuestas al desafío de la complejidad, muy destacado en nuestros días.

Abstract: We benefit from the perspective of the Trialist Theory of the Juridical World's integrativism, to present the need for the development of Legal Strategy. The trialist theory, basically elaborated by Werner Goldschmidt, states that Law must be constructed with partitions (sociological dimension) described and integrated by norms (normological dimension) and both appreciated by a complex of values that culminates in justice ("dikelogical" dimension). Partitions are allotments of what favours or damages the life ("power" and "powerlessness") which come from the behaviour of determinable human beings. Thus, trialism becomes one of the answers to the challenge of complexity, which is so outstanding in our days.

Palabras clave: Estrategia Jurídica – Integrativismo – Tridimensionalismo – Trialismo – Dimensión sociológica – Repartos – Dimensión normológica – Dimensión dikelógica

Key words: Legal Strategy - Integrativism - Tridimensionalism - Trialism - Sociological Dimension - Partitions - Normológica Dimension – Dikelogical Dimension

a) La necesidad de la estrategia jurídica

1. Entre las graves limitaciones que produjo en el pensamiento jurídico la escuela de la exégesis, con su deductivismo silogístico, se encuentra el empobrecimiento de las perspectivas estratégicas en los abogados litigantes⁶⁸. Se promovió la radicalización de la referencia de los abogados a la

(*) Publicado en "Estrategia Jurídica", Rosario, UNR Editora, 2011. El libro contiene además otros trabajos relacionados con el tema.

(**) Profesor titular de la UNR – Profesor emérito de la UBA. E-mail: mciuroc@arnet.com.ar

⁶⁸ Pueden v. nuestro estudio "Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 23, págs. 17 y ss. y nuestra comunicación a las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social; "La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas", en "Investigación y Docencia", Nº 32, págs. 25/6; "Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia", en "Investigación ..." cit., Nº 33, págs. 9/17; "Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)", "Investigación ..." cit., Nº 36, págs. 21/31.

V. CLAUSEWITZ, K. V., "De la guerra", trad. Francisco Moglia, Bs. As., Need, 1998, págs. 109 y ss. y 153 y ss. En su origen, la estrategia era la ciencia y el arte del general. Asimismo en relación con el tema cabe referir, por ejemplo, MACHIAVELLI, Niccolò (Maquiavelo), "El Príncipe" y "Escritos Políticos" (rec.), trad. Juan G. de Luaces, 6^a. ed., Madrid, Aguilar, 1966; "Del arte de la guerra", trad. Manuel Carrera Díaz, 2^a. ed., Madrid, Tecnos, 1995; SAWYER, Ralph D., "El arte de la estrategia. Técnicas No Convencionales para el Mundo de los Negocios y la Política. Sun Tzu", trad. Ralph D. Sawyer - Mauricio Prelooker. Bs. As., Distal, 1999; CELERIER, Pierre, "Geopolítica y Geoestrategia", trad. Jorge E. Atencio, 3^a. ed., Bs. As., Pleamar, 1979, págs. 51 y ss.; COLLINS, John M., "La gran estrategia. Principios y prácticas", trad. Coronel D. Jorge D. Martínez Quiroga, Bs. As., Círculo Militar, 1975; CROZIER, Brian, "Teoría del conflicto", trad. Teresa Piossek Prebisch, Bs. As., Emecé, 1977; LEVAGGI, Gero, "Herramientas para análisis de marketing estratégico", 1^a. reimp., Bs. As., Universo, 1998; KARLÖF, Bengt, "Práctica de la estrategia", trad. Federico Villegas, Barcelona - Bs. As., Granica, 1993, págs. 71 y ss.; ANDREWS, Kenneth R., "El concepto de estrategia de la empresa", trad. Ramón Forn Valls, Madrid, Orbis, 1984, págs. 11 y ss.; ANSOFF, H. Igor, "La estrategia de la empresa", Orbis, Madrid, 1985, págs. 123 y ss.; LAMBIS, Jean-Jacques, "Marketing Estratégico", 3a. ed., Mc Graw Hill, CARRION MAROTO, Juan, "Estrategia: de la visión a la acción", 2^a. ed., Madrid, Esic, 2007 (http://books.google.com.ar/books?id=8_PwIoGOa6QC&pg=PA24&lpg=PA24&dq=Estategia+posici%C3%B3n+dominante&source=bl&ots=B8ZwTmWLtm&sig=0YEh9Baw

actividad tribunalicia y estatal. Según sus postulados, los planteos estratégicos eran perspectivas que correspondían sólo al legislador. Luego, la “teoría pura” apartó lisa y llanamente al pensamiento jurídico del político.

La comprensión dinámica del Derecho, que exige el *aprovechamiento de las oportunidades* para su realización y se nutre con la problemática de la toma de *decisiones*, ha resultado marginada por la creencia en un mecanismo y un formalismo ajenos a la realidad⁶⁹. La conciencia estratégica que debe tener el hombre de Derecho ha quedado excesivamente desplazada a los ámbitos de la Política y de la Economía.

EEDVuYOojNrrQM--p34&hl=es&ei=_EKJTMOeGIL_8AbB28hV&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CC4Q6AEwBzgU#v=onepage&q=Estrategia%20posicion%C3%B3n%20dominante&f=false , Diplomado Superior de Gerencia en Marketing, 31-3-2011; PARDOS, Valentín Sebastián, “Estrategia jurídica y táctica procesal”, en pags. 22 y ss., Economist & Jurist, año 2002, vol. 10, nº 60, http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=ANUALIDAD&revista_busqueda=10592&clave_busqueda=2002 , 2-4-2011; Diálogo Estratégico con el Futuro, DESF, <http://personal.telefonica.terra.es/web/franciscomanso/index.htm> , 3-4-2011; Vínculo Jurídico, Revista 5, Enero-Marzo 1991, La Táctica y la Estrategia Jurídicas, el Ejercicio Profesional y otros temas, Entrevista con el Lic. Roberto Almanza, <http://www.uaz.edu.mx/vinculo/webrvj/rev5-10.htm> , 2-4-2011; Rankia, Grandes estrategas: Sun Tzu, <http://www.rankia.com/blog/llynares/364690-grandes-estrategas-sun-tzu> , 3-4-2011; Flaco, Centro Digital de Vanguardia para la Investigación en Ciencias Sociales, Región Andina y América Latina, <http://www.flacsoandes.org/dspace/simple-search?query=estrategia> . 7-4-2011; CLACSO, buscar estrategia, <http://www.biblioteca.clacso.edu.ar/> , 7-4-2011; Naciones Unidas Consejo Económico y Social, Qué es el examen ministerial anual, <http://www.un.org/es/ecosoc/newfunct/amr.shtml> , 7-4-2011.

Pueden c. además, v. gr., las voces "Estrategia" en el "Diccionario Enciclopédico Hispano-American ...", Montaner y Simón - Sociedad Internacional, t. VIII, págs. 1047 y ss.

Asimismo c. El Arte de la Estrategia, <http://www.personal.able.es/cm.perez/index.htm>. 30-3-2011; El Arte de la Estrategia, Estrategias de Oriente, <http://www.personal.able.es/cm.perez/estoriente.htm> , 30-3-2011; El Arte de la Estrategia, Estrategias de Occidente, <http://www.personal.able.es/cm.perez/estoccidente.htm> , 30-3-2011; El Arte de la Estrategia, Del Arte de la Guerra, Maquiavelo, <http://www.personal.able.es/cm.perez/delartedelaguerra.htm> , 30-3-2011; El Arte de la Estrategia, El Arte de la Prudencia, Baltasar Gracián, <http://www.personal.able.es/cm.perez/prudencia.htm> , 30-3-2011; El Arte de la Estrategia, De la Guerra, Karl Von Clausewitz (frases escogidas), <http://www.personal.able.es/cm.perez/clausewitz.htm> , 30-3-2011.

En cuanto al Plan Estratégico Rosario Metropolitana cabe c. <http://www.perm.org.ar/> , 7-4-2011.

⁶⁹ Es posible c. nuestro "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976, pág. 51.

La estrategia jurídica, y su integración con la táctica respectiva, han sido dejadas de lado por la frecuente referencia al Derecho hecho en el pasado, ignorando que éste tiene un fuerte sentido de *futuro*, donde ambas ocupan lugares destacados.

2. Karl von Clausewitz, uno de los más grandes elaboradores de la teoría de la táctica y la estrategia en el ámbito militar, consideró a la *táctica* como la preparación y conducción de los encuentros; la utilización de las fuerzas armadas en los encuentros. Entendió a la *estrategia* como la combinación de los encuentros para lograr el objetivo de la guerra; la utilización de los encuentros para realizar ese objetivo. La táctica y la estrategia han de estar integradas y se *nutren reciprocamente*; el propio Clausewitz aclaró que la "equivocación consistiría en otorgarle a las combinaciones estratégicas un poder independiente de los resultados tácticos"⁷⁰.

La comprensión histórico-filosófica del militar prusiano, discutible en diversos aspectos pero esclarecedora de importantes despliegues de la *dinámica de la vida*⁷¹, puede ser proyectada más allá de la guerra, a la cual él se remitió. Clausewitz señaló que la guerra es una disputa de intereses que sólo se distingue de otras disputas porque se resuelve con el derramamiento de sangre⁷².

Mucho es lo que viene haciéndose para desarrollar la estrategia en los ámbitos económico y político general, y a nuestro parecer corresponde también su proyección en el terreno jurídico⁷³. Se puede conceptualizar a la *estrategia*

⁷⁰ V. CLAUSEWITZ, K. V., "De la guerra", trad. Francisco Moglia, Buenos Aires, Need, 1998, pág. 113. Uno de los primeros que utilizaron la palabra "estrategia" en tiempos modernos fue el archiduque Carlos, enemigo del gran estratega Napoleón Bonaparte.

⁷¹ Cabe c. por ej. VILANOVA,

⁷² CLAUSEWITZ, op. cit., pág. 149.

⁷³ V. RIES, Al - TROUT, Jack, "Marketing de guerra", ed. revisada, trad. Swap, S. A., Madrid, McGraw-Hill, 1998; DUVERGER, Maurice, "Introducción a la política", trad. Jorge Esteban, 1^a reimp., Barcelona, Ariel, 1968, pág. 176; GABLENTZ, Otto Heinrich von der, "Introducción a la ciencia política", trad. Víctor Bazterrica, Barcelona, Herder, 1974, págs. 435 y ss.; TROTSKI, León, "Lecciones de octubre", en "El gran debate (1924-1926) León Trotksi-Nicolai Bujarin-Grigori Zuroviev", trad. Carlos Echagüe, Córdoba, Pasado y Presente, 1972; PERON, Juan Domingo, "Conducción política", Bs. As., Freeland, 1971, pág. 124; GOYRET, José Teófilo, "Prospectiva y estrategia", en "Estrategia", N° 4, espec. págs. 75 y ss. y 88 y ss.

jurídica como la ordenación de los medios para lograr el objetivo general de Derecho perseguido y a la *táctica jurídica* como los medios específicos para el cumplimiento de esa estrategia⁷⁴.

De manera paralela a la jerarquización de las particularidades de los casos, hay que atender estratégicamente al *Derecho en su conjunto*. La táctica se ubica en el enfoque "*microjurídico*" y la estrategia posee sentido "*macrojurídico*". Uno de los puntos de vista que el Derecho debe reasumir es el macrojurídico, que ha dejado demasiado en manos de economistas y políticos, con detrimento de lo que a él le corresponde aportar.

El saber jurídico se enriquece con la consideración de los *intereses* en juego, de modo que no ha de extrañar que lo investigado con referencia a la guerra como disputa de intereses sirva para comprender mejor al Derecho. La comprensión estratégica permite tomar *conciencia*, de cierto modo "*científica*", de mucho de lo que los abogados que ejercen la profesión aprenden y hacen en la *práctica* extrauniversitaria.

3. En todo planteo jurídico hay al menos una estrategia oculta, una "*criptoestrategia*". En cada concepción del Derecho, cada teoría de sus fuentes, cada teoría del funcionamiento de las normas, etc. hay una estrategia más o menos consciente que conduce a determinados resultados, beneficiosos o perjudiciales para ciertos recipientes. Así, por ejemplo, respecto de las sucesivas "habilitaciones" en sentido amplio que va planteando la teoría "pura" del Derecho ("facultamiento" -"habilitación" en sentido estricto-, marco de posibilidades interpretativas, norma hipotética fundamental) puede reconocerse al fin una criptoestrategia de permisividad de lo que los sucesos vayan

En el campo económico, en la década de 1980 donde aparecen trabajos de Planificación Estratégica. Nombres como los de Robert Steiner, Peter Drucker, Michel Porter, Al Ries y Jack Trout entre otros. En la década de 1990 la Estrategia empresarial pasó a tener mayor desenvolvimiento; cabe hacer referencia a Peter Senge, Michel Hammer, L.E. Muñiz, George Yip, Jan Calzon y Gary Hamel. Hoy hay una aproximación de distintas corrientes en los modelos de Gestión Estratégica y Estrategia Empresaria.

Asimismo puede c. por ej. ADORNO, Theodor, "Filosofía de la nueva música", trad. Alberto Luis Bixio, Bs. As., Sur, 1966, pág. 14. La estrategia es posible en todas las áreas de la conducta. Incluso hay importantes "juegos estratégicos", como el ajedrez.

⁷⁴ C. en relación con el tema por ej. D'UBALDO, Hugo Oscar, "Los Abogados y el nuevo Marketing", Bs. As., Ediciones Profesionales, 1998; "Marketing para Abogados", Bs. As., D&D, 1996.

produciendo. Aunque en una "primera instancia" el planteo kelseniano "logiciza" ⁷⁵ cualquier sistema, liberal o no, en lo más hondo (y en alguna concordancia con el relativo liberalismo de su autor) hay cierto "liberalismo cósmico" de permisión de lo que acontezca.

4. Como hemos de desarrollar, la estrategia del Derecho, que exige una comprensión *integrada* y *dinámica* de lo jurídico, suele estar mutilada y oculta en las diversas *asignaturas inconexas* de los estudios respectivos. La consideración del pasado, que como tal es inmodificable, puede ser compartimentalizada y estática, pero la realización protagónica del porvenir requiere una comprensión al fin integrada y dinámica, con sentido estratégico. Los estudios de Derecho suelen estar demasiado ceñidos a la "necropsia", apartándose de la comprensión plena de la vida que el hombre de Derecho debe ayudar a resolver.

b) Los antecedentes de la estrategia jurídica

5. Mucho es lo que en la estrategia del Derecho puede aprenderse de la *cultura política y jurídica clásica*. Uno de los maestros al respecto es Maquiavelo ⁷⁶. Como le agradaría decir a Lassalle, se trata en un grado relevante de hacer jugar a las fuerzas sociales (factores de poder) con miras al objetivo buscado ⁷⁷. Gény indicaría que hay que considerar los datos de los que se parte para saber qué se puede y se debe construir ⁷⁸. Schmitt expresaría que se ha de obtener el desenvolvimiento deseado en la relación amigo-enemigo ⁷⁹. En un nivel tal vez más profundo, cabe considerar a la estrategia en la línea de interés marxista de las vinculaciones entre la "infraestructura"

⁷⁵ Formaliza.

⁷⁶ MACHIAVELLI, Niccolò (Maquiavelo), "El Príncipe" y "Escritos Políticos" (rec.), trad. Juan G. de Luaces, 6^a ed., Madrid, Aguilar, 1966.

⁷⁷ LASSALLE, Fernando, "¿Qué es una constitución?", trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

⁷⁸ GÉNY, F., "Science et technique en droit privé positif", París, Sirey.

⁷⁹ SCHMITT, Karl, "El concepto de lo político", trad. "Hechos e Ideas", en esa revista, nos. 74-75, págs. 43 y ss.

y la "superestructura" de la sociedad⁸⁰.

En perspectivas generales, las concepciones "*organicistas*" suelen tener más posibilidades estratégicas que las "*contractualistas*", pero el éxito al respecto depende de que se posea el sentido dinámico de lo concreto. La estrategia jurídica está también emparentada con la idea que, a veces con un exagerado signo utilitario, considera al Derecho una ingeniería social⁸¹.

6. La comprensión estratégica estuvo claramente presente en las grandes realizaciones de nuestra juridicidad del siglo XIX, de manera principal en la Constitución Nacional apoyada en el pensamiento alberdiano y en el Código Civil, obra de Vélez Sársfield impulsada por Mitre y Sarmiento. Se compartan o no sus contenidos, es notorio que Alberdi y Sarmiento tenían proyectos de país muy desarrollados, que se ocuparon de hacer explícitos, de fundamentar y de comenzar a concretar. Esa referencia estratégica es mucho mayor que la que se evidencia en el discurso y el hacer jurídicos de nuestros días.

c) *Los alcances de la estrategia jurídica*

7. Es cierto que la abogacía posee una larga y valiosa trayectoria casuística y tribunalicia, pero la propia solución de cada caso se enriquece con la perspectiva estratégica. Para contratar, casarse, penar, demandar y contestar demandas, etc. es esclarecedor saber cuáles son los significados de lo que se hace en los conjuntos de la vida personal o social a los que se refiere la estrategia. Los puntos de vista de la *parte* y el *todo* se enriquecen recíprocamente.

Es beneficioso que el abogado deje de ser pretendidamente idóneo para cualquier desempeño político, como ha sucedido durante largo tiempo, pero consideramos imprescindible que esté en condiciones de comprender el panorama de conjunto de la convivencia y de dialogar con los otros especia-

⁸⁰ V. MARX, Carlos, "El capital", trad. W. Roces, 17^a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1982; "Crítica del Programa de Gotha", Organización Editorial, Bs. As., 1971.

⁸¹ POUND, Roscoe, "Introducción a la Filosofía del Derecho", trad. Fernando Barrancos y Vedia, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1972.

listas al respecto. Es cierto que el sentido de lo concreto del caso auxilia a los abogados para no caer en las utopías que se desenvuelven con más frecuencia en otras especialidades sociales, pero ese sentido resulta crecientemente insuficiente. Si las tendencias siguen como suelen ir, los abogados serán, cada vez más, sólo formalizadores o esribientes de los economistas y esto nos resulta obviamente insatisfactorio. El abuso de la estrategia puede ser totalitario, pero la radicalización opuesta acaba en un individualismo incluso contraproducente⁸².

8. Sin la estrategia jurídica cunde la desorientación en la actividad constitucional, legislativa, ejecutiva, judicial, de investigación, docencia, etc.

Ante un caso, el abogado debe saber, por ejemplo, si le conviene o no avanzar por las vías civil, administrativa o penal; procesal judicial, arbitral, conciliatoria, etc. para lograr no sólo el propósito táctico sino el objetivo estratégico de su cliente. Ha de comprender los significados no sólo jurídicos, sino económicos, sanitarios, científicos, artísticos, antropológicos, etc. de lo que le corresponde hacer. Debe tener en cuenta, por ejemplo, que ganar un pleito puede significar el aislamiento económico y la ruina de la empresa que pretende defender, que la imposición de una pena puede ser incluso contraproducente multiplicando la criminalidad, etc. La célebre historia de Pirro II, que reconoció los graves riesgos que puede tener una victoria ("Con otra victoria como ésta estoy perdido"), contiene enseñanzas que los hombres de Derecho no deben desconocer.

Al decir de Clausewitz, "el tipo de proceso mental y la formación siempre fluctuante de los acontecimientos reclaman de la persona que actúa la totalidad del aparato mental de sus conocimientos para que pueda tomar las decisiones precisas en todos (los) lugares y los momentos"⁸³.

El abogado necesita una correcta estrategia jurídica que le permita *participar* lúcida y eficazmente en las estrategias de las otras áreas de la vida social que, por el contrario, sin esa capacidad puede llegar a trabar o a servir en exceso. Para alcanzar los objetivos superiores del Derecho y de la política en general, el jurista ha de ser *diestro y eficiente*.

⁸² En relación con los abusos de la perspectiva estratégica cabe tener en cuenta por ej. POPPER, Karl R., "La sociedad abierta y sus enemigos", trad. Eduardo Loedel, Bs. As., Orbis, 1985.

⁸³ CLAUSEWITZ, op. cit., pág. 144.

Sin perjuicio del panorama estratégico que debe desplegarse en todo planteo del Derecho, la consideración académica y científica de la estrategia tiene un lugar específico en la *Teoría General del Derecho* entendida como estudio no sólo de los elementos comunes a todos los fenómenos jurídicos sino del complejo del Derecho⁸⁴. Uno de los campos para la mejor comprensión de las tácticas y las estrategias es el *análisis de casos*. En cada caso confluyen la importancia de lo particular y lo general, pero hay que analizar también los "casos de estrategia".

Según ya referimos, es beneficioso que *cada vida humana* se desenvuelva de modo más o menos consciente con una perspectiva estratégica que abarca, entre muchas otras, una estrategia jurídica. Aunque la vida suele ser más "sabia" que nuestros proyectos, la "astucia" de nuestra existencia requiere una perspectiva vital de conjunto, cierto despliegue estratégico⁸⁵.

d) Los contenidos de la estrategia jurídica

a') El mundo jurídico en general

9. 1. En términos del *integrativismo tridimensionalista* de la *teoría trialista del mundo jurídico* podría expresarse que la estrategia ha de atender a las totalidades respectivas de los despliegues *sociológicos*, *normológicos* y *axiológicos* y se vincula más con el *orden de repartos*, con el *ordenamiento normativo* y con el *régimen sacionormológico de justicia*⁸⁶. A diferencia de

⁸⁴ Es posible c. nuestro estudio, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI, "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho", en "El Derecho", t. 150, págs. 859 y ss. Asimismo, nuestros "Derecho ..." cit. y "Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993. Cabe c. v. gr. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), "La sfida della complessità", trad. Gianluca Bocchi y otros, 10^a. ed., Milán, Feltrinelli, 1997.

⁸⁵ Es cierto que cada persona, en muchos casos los clientes, tiene su propia estrategia vital, pero también lo es que su abogado debe comprenderla y asesorarla en la mayor medida posible.

⁸⁶ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6^a. ed., 5^a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1^o976; "Estudios de

esas visiones de conjunto, la táctica se relaciona específicamente con el *reparto y la norma* *aislados* y con su *justicia*.

En el marco estratégico y táctico es importante reconocer en plenitud la realidad social, normativa y axiológica de la que se *parte*, a cuál se pretende *llegar* y cómo se ha de recorrer el *camino* para lograrlo. Vale que, como lo viene haciendo la teoría trialista, se integren las perspectivas de lo jurídico en una vasta *complejidad pura* de la *realidad social*, las *normas* y los *valores* y de sus alcances *materiales, espaciales, personales y temporales*⁸⁷. En lo material, se han de tener en cuenta sobre todo las diversas *ramas* del Derecho (Derecho Constitucional, Administrativo, Penal, Procesal, Civil, etc.).

También son relevantes las relaciones estratégicas con el resto del *mundo político*, es decir, la *política económica, sanitaria, científica, artística, religiosa, educacional, de seguridad*, etc.⁸⁸

Además de Derecho, hay que saber en alguna medida, por las dimensiones jurídicas, *Sociología del Derecho* y *Sociología General; Lingüística, Lógica y Metodología y Filosofía de la Justicia*; por las ramas del Derecho y la Política, *Economía, Biología, Medicina, Arte, Religión, Pedagogía, Antropología*, etc. y por el conjunto de la teoría jurídica *Filosofía del Derecho*. El Derecho y su estrategia se inscriben, al fin, en el *mundo cultural todo*⁸⁹.

Hay un *complejo de saberes de la Estrategia Jurídica* que incluye, en torno de la *Teoría General de la Estrategia Jurídica*, los horizontes

"Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Filosofía de la Jurisdicción", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998; "La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio de Derecho, http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundo_juridico/article/view/961/795 , 4-4-2011; "Metodología Dikelógica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas", 2007; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> , 4-4-2011.

⁸⁷ En lugar del despliegue integrador trialista, las construcciones estratégicas pueden referirse más a lo jurídico sociológico, lo jurídico normológico o a lo jurídico dikelógico, es decir, pero una pretensión que no tenga en cuenta debidamente el despliegue sociológico no merece ser llamada estrategia.

⁸⁸ Entendemos que el Derecho es política jurídica, una rama del mundo político signada por los requerimientos del valor justicia..

⁸⁹ La *estructura ministerial* es en gran medida expresión de una estrategia gubernamental.

Pueden v. nuestras "Bases jusfilosóficas ..." cits.; Cartapacio de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp> , 4-4-2011.

expuestos precedentemente y también la *Historia de la Estrategia Jurídica* y la *Estrategia Jurídica Comparada*⁹⁰. El trialismo forma la trama básica del complejo.

a'') Dimensión sociológica

9. 2. 1. 1. En términos *jurístico-sociológicos* dinámicos hay que lograr el mayor aprovechamiento de las *oportunidades*. Esto es especialmente relevante en la estrategia. Caben despliegues estratégicos de más *conducción repartidora* o *espontaneidad de las distribuciones* de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar; de disímiles construcciones de los repartos, con distintos repartidores, recipiendarios, objetos, formas y razones; de más autoridad o autonomía y de más planificación gubernamental o ejemplaridad.

Las adjudicaciones son siempre realizaciones de la *fuerza*⁹¹ vinculadas a la *vida humana*⁹². El reparto puede ser considerado una *acción jurídica*⁹³. La estrategia se desenvuelve en el curso de la fuerza y de la acción.

9. 2. 1. 2. En cuanto a *repartidores y recipiendarios*, son fundamentales el reconocimiento de los *protagonistas*, en especial el *autoconocimiento* de los repartidores y su capacidad de adoptar *decisiones* lúcidas, que no sólo requiere *erudición* sino *creatividad* y *audacia*. Suele hablarse, en estos sentidos, de visión, capacidad de conjetura, intuición, experiencia y ciencia. Toda estrategia supone *conjeturar* cómo se desenvolverán los acontecimientos y cómo decidirán los demás e *influir* para que ocurra lo deseado. En el caso de la estrategia judicial, requiere en gran medida conjeturar cómo decidirán los jueces e influir para que hagan lo deseado⁹⁴. Esto necesita conocimientos

⁹⁰ Son muy importantes la *investigación*, la *docencia*, la *profesionalidad* y la *extensión* en Estrategia Jurídica, en *grado y posgrado*.

⁹¹ No necesariamente el poder, que es la fuerza ejercida sobre otro.

⁹² La noción de vida humana es difícil de determinar, pero nos es imprescindible referirnos a ella porque es lo que más nos importa.

⁹³ Es posible c. por ej. NINO, Carlos S., "Introducción a la Filosofía de la acción humana", Bs. As., Eudeba, 1987.

⁹⁴ Cabe recordar The Path of the Law, Oliver Wendell Holmes, Jr., 10 Harvard Law Review 457 (1897), http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm , 28-3-2011; Project Gutenberg's, The Common Law by Oliver Wendell Holmes Jr., <http://www.gutenberg.org/cache/epub/2449/pg2449.html> , 28-3-2011.

jurídicos y, como ya referimos, de cierto modo metajurídicos: de Psicología, Sociología, Economía, etc.⁹⁵ Incluso son relevantes los despliegues profundos que constituyen la personalidad, sea o no de manera consciente. Toda actitud estratégica es también en relación con una *concepción del mundo*⁹⁶. En el comienzo de su obra “Courts on Trial” Jerome Frank se apoya en el filósofo Horace Kallen para sostener “The important thing is to have faith but not illusions, and to risk action on this faith”⁹⁷. También es relevante la *persistencia*. Aunque la expresión parece hoy excesiva, por el pequeño espacio que se ha dejado al Derecho, hay que educar *estrategas jurídicos*.

Es necesario apreciar quiénes pueden ser *colaboradores u oponentes*, individuales o colectivos. Importa cuidar con quiénes se trata (v. gr. se contrata, se litiga, etc.). Es relevante que los repartidores sepan apreciar cuál es el *espacio táctico y estratégico* que debe mediar entre ellos, estableciendo, por ejemplo, soluciones de acercamiento, distanciamiento, etc. También lo es la *comunicación* (publicidad, propaganda, educación, etc.).

Hay que *educar* para la estrategia jurídica, pero no sólo *teórica* sino *prácticamente*. Ya referimos que un despliegue de la estrategia es siempre el *estudio de casos*⁹⁸. Entre lo que se teoriza sobre la estrategia y la estrategia real suelen haber muy importantes diferencias. Como los abogados han de ser estrategas, en todos sus desempeños, las Facultades pueden hacer mucho para informarlos y formarlos, incluso cultivando su intuición, pero no pueden asegurar totalmente los resultados. Es grave, pero quizás inevitable, que los “mejores” alumnos, con mejores clasificaciones, no resulten siempre los mejores abogados en ninguna de las áreas de actividad respectivas.

⁹⁵ Es posible c. FRANK, Jerome, “Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice”, 3^a. ed. Princeton University Press, Nueva Jersey, 1973.

⁹⁶ Toda estrategia se ubica consciente o inconscientemente en un lugar en el universo.

Interesa v. JASPER, Kart, “Psicología de las concepciones del mundo”, trad. Mariano Marín Casero, Madrid, Gredos, 1967.

⁹⁷ FRANK, op. cit., contraportada.

A nuestro parecer, hay que tener la astucia de Maquiavelo y la grandeza de San Francisco de Asís.

⁹⁸ Es posible ampliar en nuestro trabajo “El ámbito de la decisión jurídica (La construcción del caso)”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 24, pág. 57/64. También CHAUMET, Mario E., “Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles”, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/28/44>, 3-4-2011; ENTELMAN, Remo E., “Teoría de conflictos”, Barcelona, Gedisa, 2002.

Las potencias e impotencias pueden tener distintos grados de *profundidad* y esto ocurre con las tácticas y las estrategias. Hay tácticas jurídicas superficiales, “*cotidianas*”, y profundas, es decir, “*vitales*”. En principio, las estrategias son vitales, aunque a veces sus concepciones son superficiales.

9. 2. 1. 3. Son necesarias construcciones estratégicas que empleen más repartos *autoritarios* o *autónomos* y *planificación gubernamental* o *ejemplaridad*; en términos de valores respectivos, que satisfagan más el poder o la cooperación y la previsibilidad o la solidaridad. También hay estrategias con un *orden* más o menos intenso, incluso con *anarquía* y su “disvalor” la arbitrariedad.

La solución de un caso, v. gr., de un contrato, una pena o un pleito, debe reconocerse en la permanente tensión entre *acuerdo* y *controversia*. Vale tener en cuenta que el contrato es un recomenzar “pacífico” que no ha de ocultar la tensión subyacente; la pena no ha de ser la negación de la socialidad integral de la persona y el pleito no es necesariamente la conclusión de toda posibilidad de acuerdo. Suelen ser importantes las *estrategias asociativas*. Es relevante establecer cuál es el *grado de fuerza* que se desea ejercer sobre el resto de la sociedad.

La estrategia tiene que ver especialmente con los *planes* y los *medios* para alcanzar *propósitos* y *objetivos*⁹⁹. Es relevante tener propósitos a corto, mediano y largo plazo. Los primeros suelen ser más fáciles de realizar que los últimos. La noción trialista de plan de gobierno posee aquí especial significación.

La solución estratégica requiere que en alguna medida se construya un *tejido social* que la soporte y la lleve al éxito. A menudo los vínculos se *entrelazan*, por ej. cuando se apoya la compraventa en el crédito documentando, el transporte, etc.; cuando se complementa la pena con la promoción social¹⁰⁰.

⁹⁹ En los casos en que se emplea la diferenciación, los propósitos tienen menos exactitud que los objetivos.

¹⁰⁰ Es posible recordar, en relación a la compraventa, por ej. ORTEGA PASCUAL, Fernando, "Sea buen vendedor", 18^a. ed., México, 1978. Cabe c. v. gr. nuestro trabajo "Los contratos conexos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999.

9. 2. 1. 4. En toda estrategia es necesario contar con la debida *información*, *calcular* bien las decisiones y *economizar* energía (no gastar energía innecesariamente). La estrategia debe apoyarse en el reconocimiento puntual y general de la *posición* en que uno se *encuentra* en determinada situación y de la posición a la que desea *llegar* realizando las *maniobras* que resulten convenientes. Una estrategia jurídica requiere información, cálculo de las decisiones y economía de energía en todos los aspectos referidos.

La estrategia ha de tener muy en claro la verdadera “*naturaleza*” (clave) del problema; los *frentes estratégicos* donde están las partes; el *frente de operaciones*, campo donde se desarrolla el conflicto (v. gr. el espacio procesal, contractual, etc.); las *posiciones estratégicas* (v. gr.; en el planteo procesal, la demanda y su contestación); la especificidad de las *potencias* y las *impotencias* (es decir los beneficios y los costos) y hacia dónde se desea *llegar*.

Una buena estrategia debe considerar las *fortalezas* y las *debilidades*; ha de tener en cuenta los *límites necesarios* que impone la naturaleza de las cosas ¹⁰¹. Debe ser factible. Importa tener el *pertrechamiento* necesario (capital, trabajo, naturaleza, etc.) y la *disposición* requerida. Es imprescindible saber cuáles son los *recursos* con que se puede sostener una decisión (v. gr. un pleito), cuál es la *comprensión* (judicial, social, etc.) que pueden obtener las posiciones propias y ajenas, etc.

Suele ser digna de atención la apertura de *varios frentes*, con sus conveniencias y sus riesgos. Puede ser útil arreglar un caso para mantener otros, abrir varios planteamientos para debilitar las presiones, etc. Vale diferenciar *sectores*, por ejemplo, en el proceso, atendiendo a la articulación o no de incidentes, considerando el resultado final deseado, que ha de ir más allá del propio proceso. Es relevante encontrar la *dimensión apropiada* del caso. Puede ser conveniente *probar suerte* con casos menores. A veces hay que actuar de manera directa y en otros casos por intermediarios. Una táctica a menudo referida es la de *dificultar la movilidad* del adversario, aunque sea incluyéndose uno mismo, como puede suceder con el “embarrar la cancha”.

Es relevante que la estrategia sea *razonable* para quienes han de realizarla, activa y pasivamente. Si lo es genera ejemplaridad. Sin embargo,

¹⁰¹ Los límites pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos. En cuestiones vitales las decisiones de futuro se replantean.

la irracionalidad puede desorientar beneficiosamente. Las tácticas y las estrategias jurídicas requieren a menudo clima social.

Tiene significación la perspectiva estratégica del conjunto de la estatalidad y de la totalidad de la sociedad y el mercado. Mucho pueden influir los medios de comunicación social.

Siempre es importante atender a la *vanguardia* pero también a la *retaguardia*, v. gr. las reservas, asimismo hay que considerar la posibilidad de *caminos alternativos* y la *retirada*. En todo caso hay que preguntarse qué sucederá *después* del contrato, la pena, el pleito, etc. A veces es conveniente cortar la retirada del enemigo y en otros casos facilitarla. Hay que sacar los mayores efectos posibles de las victorias.

En cuanto a los caminos alternativos, el abogado no tiene que aferrarse a una solución de "juris-dicción" y puede optar por una reelaboración jurídica, económica, etc; no debe confundir la solución de controversias con la vía judicial, optando, cuando sea necesario, por el arbitraje, la mediación, la simple renegociación, etc.¹⁰² Es más, el pleito ha de ser la última opción, no la primera. Si hay que ganar, hay que hacerlo en principio sin luchar. Se debe estar atento, recordando lo contrario de lo que se vive, por ejemplo, el desorden en el orden y el orden en el desorden. Cabe apreciar vinculaciones verticales y horizontales de "*o-posición*" y de "*com-posición*".

La referencia al *complejo* estratégico abarca el *sistema legal* y de *solución de controversias*. La "ley" y la "jurisdicción" deben ser comprendidas como partes de cada solución, incluso con carácter de posiciones que pueden manejarse en un intercambio. Una frase muy vieja y limitada, pero

¹⁰² V. CALCATERRA, Rubén Alberto, "Mediación Estratégica", Barcelona, Gedisa, 2002; El modelo estratégico de mediación. Supuestos y fundamentos, <http://www.mediacion-ucm.es/publicaciones/modelo%20estratgico%20de%20mediacin.pdf>, 3-4-2011; Estudio Calcaterra-Sánchez Penzo, Métodos RAD- Resolución Alternativa de Disputas, http://www.calcaterra-abogados.com.ar/metodos_rad_modelo.htm, 3-4-2011; FLACSO/ México, La mediación, estrategia para la solución del conflicto y mejorar la convivencia escolar: estudio comparativo en escuelas primarias del estado de Sonora, Zarzuela Gárate, Luis Rey/ Rascón Enríquez, Jorge Alfonso, <http://conocimientoabierto.flacso.edu.mx/tesis/164>, 3-4-2011.

Es posible ampliar asimismo en nuestros artículos "Comprensión jusfilosófica de la negociación, la mediación y el arbitraje", en "Investigación ..." cit., Nº 27, págs. 17 y ss.; "Aportes metodológicos trialistas sobre la mediación (Comprensión integral de los "lugares" jurídicos y de su "desplazamiento")", en "Investigación ..." cit., Nº 30, págs. 19 y ss., <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/792/603>, 4-4-2011.

de significación para lo que afirmamos, indica que "más vale un mal arreglo que un buen pleito". Puede ser táctica y estratégicamente conveniente ceder la jurisdicción y el régimen legal a cambio de otras ventajas. Es posible que estratégicamente valga perder unos derechos para ganar otros. En el marco estratégico, lo que importa en esta perspectiva es el *patrimonio*, el *negocio*, la *empresa* y la *persona*, no sólo *una compraventa*, *un pleito*, etc.. Hay que entender cada pleito con sus propias tácticas pero dentro de las perspectivas estratégicas, por ejemplo, del negocio y la empresa. Una estrategia es "en" una sociedad que la condiciona. Toda estrategia ha de ser *adecuada* y *sostenible*.

Según hemos de desarrollar, ante el *cambio jurídico*, la estrategia tiene que ser suficientemente *modificable*, muchas veces hay que cambiar el frente incluyendo v. gr. soluciones transadas. Como los comportamientos de las personas y al fin los acontecimientos son poco previsibles, frente a los defensores de la planificación se suele llegar a cuestionar su propia posibilidad¹⁰³.

Es relevante atender al *efecto sorpresa*, para no ser víctima de él y poder utilizarlo. Esto suele conectarse con la *celeridad*. No hay que confundir la estrategia con la *estratagema*, caracterizada, por ejemplo, por la astucia, la destreza y el fingimiento, ni con la *chicana*, donde la mala fe es mayor.

9. 2. 2. Para comprender los sentidos de la estrategia jurídica hay que atender a las *categorías básicas* de la dimensión sociológica: la *causalidad*, la *finalidad "objetiva"* que "encontramos" en los acontecimientos y la *finalidad subjetiva*; la *posibilidad* y la *realidad*. Como varias de estas categorías son "pantónomas" (pan=todo; nomos=ley que gobierna) y no están íntegramente a nuestro alcance, es necesario fraccionarlas para hacerlas accesibles, produciendo *certeza*. Los cambios de la pantonomía de la finalidad objetiva hacen a veces difícil establecer cuál es el grado de *éxito* o de *fracaso* que se ha producido.

¹⁰³ Cabe hacer referencia a ideas más favorables a la planificación, de Michael Porter y más críticas de Henry Mintzberg (puede c. v. gr. Buenas Tareas, http://www.buenastareas.com/search_results.php?query=Mintzberg , 1-4-2011).

Acerca del planeamiento estratégico puede v. por ej. Foro de Ciencia y Tecnología para la Producción, Seminario: Planeamiento Estratégico, Balanced Scorecard y Mapas Estratégicos; "The Executed Premium", <http://www.forocytp.org.ar/?p=699> , 6-4-2011.

b'') Dimensión normológica

9. 3. 1. En los enfoques *jurístico-normológicos* hay proyecciones estratégicas en diversas *partes* de las normas; de más abstracción, por el empleo de normas *generales*, o de más concreción por el uso de normas *individuales*; de recurso a diversas *fuentes* formales; de distintas soluciones en la tensión entre los autores de las normas y los encargados de su *funcionamiento*; de disímiles grados de institucionalidad o negocialidad de los *conceptos* y de diferentes relaciones entre las normas en el conjunto del *ordenamiento*.

Tres perspectivas estratégicas particularmente interesantes en la dimensión normológica son las de la estructura, las fuentes y el funcionamiento de las normas.

9. 3. 2. La *estructura de la norma*, abarca un *antecedente* que capta el sector social a reglamentar, y una *consecuencia jurídica*, que capta la reglamentación, ambos con características positivas y negativas que deben estar presentes y ausentes para que la norma funcione; esa estructura es muestra, en cada parte, de distintas tácticas jurídicas. Las características positivas del antecedente plantean la táctica de la formación básica mayor o menor de los casos; las características negativas del antecedente muestran, v. gr., posibilidades tácticas relacionadas con el fraude a la ley¹⁰⁴ y la no exigibilidad de otra conducta; las características positivas de la consecuencia jurídica presentan la reglamentación básica, que llega a adquirir soluciones complejas como el reenvío jusprivatista internacional, y las características negativas de la consecuencia jurídica se manifiestan en el rechazo del orden público, la prescripción de la obligación y de la pena, el indulto, etc.

En la reglamentación del fondo de los casos son relevantes las decisiones tácticas de coactividad y dispositividad. En el campo jurisdiccional, tácticas que merecen atención son la exclusividad y la concurrencia¹⁰⁵. Cada una de estas tácticas compone una relativa estrategia contenida en la norma.

¹⁰⁴ El fraude a la ley es muestra de un conflicto estratégico entre el legislador y los autores de la maniobra.

¹⁰⁵ Son asimismo importantes las tácticas de plantear en el caso la prórroga, el forum shopping y el fraude jurisdiccional.

9. 3. 3. Las distintas *fuentes formales*, con el empleo más intenso de la constitución formal, los tratados, las leyes, los decretos, los contratos, los testamentos, etc., con más o menos flexibilidad o rigidez, elasticidad o inelasticidad, participación y jerarquía, son diversas maneras del uso de las fuerzas sociales que poseen relevancia estratégica y táctica. La denominación de las estrategias y las tácticas jurídicas suele referirse en general a las fuentes formales, v. gr. de la Constitución, las leyes, los casos resueltos en las sentencias, los contratos, etc. (estrategia constitucional, legislativa, del caso “x”, etc.).

Una táctica relevante puede ser apropiarse del espacio del *discurso* en la argumentación¹⁰⁶ y en las fuentes de conocimiento (doctrina)¹⁰⁷.

9. 3. 4. El *funcionamiento* de las normas, que abarca tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis y la transversalidad de la argumentación es un campo estratégico de posibilidades de creación enormes, al punto que puede tener resultados inesperados desde el punto de partida.

9. 3. 5. Es estratégicamente relevante constituir *derechos y personas jurídicas*.

La dimensión normológica del mundo jurídico es *lógica* de los repartos y de la estrategia.

c'') Dimensión dikelógica

9. 4. 1. 1. Desde el punto de vista *jurístico-dikelógico* son desplegables sentidos estratégicos de referencias a *distintos valores*¹⁰⁸; a

¹⁰⁶ Cabe recordar ARISTOTELES, “Retórica”, en “Obras”, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, págs. 113 y ss., también Scribd, <http://es.scribd.com/doc/6080981/Aristoteles-Retorica> , 4-4-2011. V. Seminario de Retórica, Lillian von der Walde Moheno, <http://www.waldemoheno.net/Retorica/Recursos.htm> , 4-4-2011. C. asimismo PERELMAN, Ch.–OLBRECHTS-TYTECA, L., “Tratado de la Argumentación. La nueva Retórica”, trad. Julia Sevilla Muñoz, 1^a. reimp., Madrid, Gredos, 1994; ATIENZA, Manuel, “Las razones del Derecho”, 3^a. reimp., “Teorías de la Argumentación Jurídica”, Biblioteca Jurídica Virtual, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710> , 4-4-2011.

¹⁰⁷ Como ocurrió en la jurisprudencia de conceptos.

diversas clases de justicia; a diferentes legitimaciones de los repartos aislados y a disímiles legitimaciones del régimen.

El *complejo de valores*, que culmina en la *justicia*, abarca otros valores como la utilidad, la salud, la verdad, la belleza, etc. Toda estrategia tiene en sí cierto sentido de *utilidad*, diversificado en el juego de las tácticas respectivas. Un valor muy relevante es también la *destreza*.

Vale tener en cuenta los valores que establece una estrategia y la medida en que se han alcanzado. En este sentido, corresponde atender a las importantes investigaciones que se han hecho en el campo denominado “*balanced scorecard*”¹⁰⁹.

9. 4. 1. 2. La visión estratégica del Derecho se hace más intensa cuando se advierte que hay *clases de justicia* que se remiten más al todo o al conjunto de las adjudicaciones, v. gr. justicia "gubernamental" (proveniente del todo), integral (dirigida al todo), de participación, relativa y general (orientada al bien común). Sin embargo, ha de contener asimismo justicia de otras clases, v. gr. “*partial*”, sectorial, de aislamiento, absoluta y particular, más próximas a las tácticas. La estrategia puede ser más polilogal (con diversas razones de justicia); la táctica puede ser más monologal (con una razón de justicia), aunque quizás nunca integralmente monologal porque rompería la estrategia. Según los casos, la estrategia tiene más despliegues de justicia rectora o correctora y "de llegada" o "de partida". La equidad corresponde a una crisis de la estrategia.

¹⁰⁸ Utilidad, salud, verdad, belleza, santidad, amor, etc., culminando, según la propuesta trialista, en la *justicia*.

¹⁰⁹ Balanced Scorecard es un método para medir las actividades en términos de la estrategia. Se mide si se alcanzan las pretensiones de ésta. A menudo moviliza a la gente hacia el pleno cumplimiento de su misión.

Pueden v. KAPLAN, Robert S. – NORTON, David P., “Balanced Scorecard. Translating Strategy into Action”, Boston, Massachusetts, 1996, http://www.amazon.com/Balanced-Scorecard-Translating-Strategy-Action/dp/0875846513#reader_0875846513, 6-4-2011; The Free Library by Farlex, Robert Kaplan and David Norton: the balanced scorecard, <http://www.thefreelibrary.com/Robert+Kaplan+and+David+Norton%3A+the+balanced+scorecard.a0151189062> , 6-4-2011; Gerencia de Mercado, Luis Eduardo Ayala Ruiz – Ramiro Arias Amana, sobre origen, concepto, perspectivas, evolución, <http://www.3w3search.com/Edu/Merc/Es/GMerc094.htm> , 6-4-2011; Balanced Scorecard Institute, <http://www.balancedscorecard.org/BSCResources/AbouttheBalancedScorecard/tabid/55/Default.aspx> , 6-4-2011. También hay que tener en cuenta la perspectiva de “*dashboard*”.

9. 4. 1. 3. En el mundo jurídico las *valoraciones* de justicia se refieren principalmente a la totalidad de las *adjudicaciones* razonadas, pasadas, presentes y futuras. A su vez, abarcan complejos en lo personal, temporal, espacial y material y comprenden más o menos consecuencias. Todo esto significa *pantomomía* de la justicia (pan=todo ; nomos=ley que gobierna). Como esa totalidad nos es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla cuando no podemos conocer o hacer más produciendo *seguridad jurídica*. Las estrategias y las tácticas son construidas según desfraccionamientos y fraccionamientos.

Las aplicaciones de la justicia a la realidad suelen ser resueltas de manera relativamente simplificada según *orientaciones* brindadas por *criterios generales*, pero a veces se considera que estos criterios son falsos o no sirven para los casos planteados. Las particularidades de los grandes problemas¹¹⁰ hacen que con mucha frecuencia deban ser superados por valoraciones completas, exigentes de intensa *creatividad*. La estrategia y la táctica requieren muchos criterios generales orientadores, pero una estrategia que lleva a la guerra reclama valoraciones completas.

9. 4. 2. Proponemos adoptar como *punto de partida* de la *construcción* de la *materialidad* de la justicia el *principio supremo* que Goldschmidt presentó con carácter objetivo y natural: adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en persona. Desde este punto de vista pueden valorarse el reparto aislado y el régimen.

9. 4. 2. 1. Los *repartos* aislados de la estrategia, movimientos tácticos, pueden legitimarse en cuanto a los *repartidores* por la *autonomía* producida por el acuerdo de los interesados, la *infraautonomía* democrática y la *aristocracia* de la superioridad moral, científica o técnica. La democracia resulta también un título legitimante de la estrategia en su conjunto.

Los repartidores se encuentran, también en la estrategia, con el problema de la *responsabilidad* por sus *propios repartos* y por el *régimen*. Esto significa a menudo responsabilidad más táctica o estratégica. Un gran problema es poder detectar cuáles son el “lugar” y el alcance de la responsa-

¹¹⁰ A veces se entiende que un problema es una tensión entre el ser y el deber ser.

bilidad de un repartidor. Siempre hay que abarcar la táctica y la estrategia, pero la referencia a la estrategia debe ser especialmente ponderada. No hay que desconocerla, tampoco exagerarla. Por ejemplo: un constituyente y un legislador tienen casi siempre más responsabilidad estratégica que un juez.

La justicia de los *recipients* puede surgir de la atención a las *necesidades* (merecimientos) o la *conducta* (méritos); de la referencia de los *objetos* a la vida, la propiedad, etc.; de la *audiencia* y de la *fundamentación*. Los repartos de la estrategia jurídica deben tener legitimidad en todos estos enfoques. En cuanto a los objetos, es relevante que sean encaminados a un “*desarrollo sostenible*”¹¹¹ de la condición humana. La Economía contribuye a esclarecer que hay estrategias jurídicas principales de *producción* (objetos), *distribución* y *consumo* (recipients).

9. 4. 2. 2. Según los requerimientos del *régimen de justicia*, una estrategia jurídica debe ser *humanista*, con despliegues tácticos preferentemente *abstencionistas*, pero también *intervencionistas*. Para concretarse, la estrategia humanista ha de apoyarse en tácticas de *protección* del individuo contra los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.).

c') Los despliegues especiales

a'') La materia, las ramas del mundo jurídico

10. Las especificidades del mundo jurídico tienen una muy relevante perspectiva en cuanto a la *materia*, es decir, en las *ramas* respectivas¹¹². Se trata de áreas diferenciadas socio-normo-dikelógicamente. En esa composición material se encuentran *tradicionalmente* el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo, el Derecho Internacional

¹¹¹ Pueden v. por ej. Europa, Síntesis de la legislación de la UE, Crecimiento y empleo, http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/growth_and_jobs/index_es.htm, 7-6-2011, Estrategia a favor del desarrollo sostenible, http://europa.eu/legislation_summaries/environment/sustainable_development/l28117_es.htm, 7-4-2011.

¹¹² Es posible ampliar en nuestro trabajo “Nuevas reflexiones sobre la complejidad de las autonomías jurídicas”, en BENTOLILA, Juan José (coord.), “Introducción al Derecho”, Bs. As., La Ley, 2009, págs. 151 y ss.

Público, el Derecho Internacional Privado, etc. Hoy, sobre todo con miras a la nueva sensibilidad referida a los derechos humanos, cabe atender a *nuevas* ramas que son despliegues *transversales* llamados a enriquecer a los anteriores: el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de Menores, el Derecho Ambiental, etc.

La estrategia jurídica ha de valerse del complejo de esas ramas en diversas composiciones, que tienen distinta importancia táctica. En ese marco, el Derecho Constitucional, el Derecho Civil de los Contratos y el Derecho Internacional suelen estar en franco ascenso. La relación entre *Derecho de fondo* y *Derecho Procesal* es siempre, táctica y estratégicamente, muy importante. Los movimientos tácticos del proceso influyen mucho en la proyección estratégica del mismo, obviamente la relación inversa es notoria.

b'') El espacio, las personas y el tiempo

11. También hay especificidades y consecuentemente tácticas y estrategias *espaciales* (v. gr. de países), *personales* (de grupos, por ej. lingüísticas, de partidos políticos, etc.) y *temporales* (v. gr. referidas a períodos, a la vida de una persona, de una institución, etc.).

Un *partido político* suele ser, por ej., una fuerte propuesta específica de tácticas y una estrategia específicas (v. gr. difiere según sea liberal, socialista, etc.). De cierto modo, una *nación* es una estrategia vital compartida.

Aunque a veces se abusa en su invocación, las estrategias que hacen a las *cuestiones de Estado* por sobre la circunstancialidad de los partidos políticos y las conveniencias particulares suelen tener alta significación, no sólo para la existencia misma de los Estados sino para el bien de los particulares. La errática suma de tácticas puede resultar perjudicial para la mayoría de los individuos¹¹³.

¹¹³ A diferencia de varios de los países de la región, la *Argentina* brinda muy escasa consideración a sus cuestiones de Estado. Como la expresión cuestiones de Estado está a menudo desprestigiada, se usa muchas veces “*políticas de Estado*” (son las que forman parte de la estrategia central de un país). Para que haya realmente políticas de Estado no basta con que sean enunciadas (v., en relación con el tema, Presidencia de la Nación Argentina, Políticas de Estado, http://www.casarosada.gov.ar/index.php?Itemid=34&id=24&option=com_content&task=view, 3-4-2011). El cálculo electoral suele predominar sobre los intereses perdurables del país, v. gr., en cuanto a solidez institucional. En

Las tácticas y las estrategias deben hacer que las referencias a las materias, los espacios, las personas y los tiempos tengan *consistencia*.

e) *Los modelos de estrategia jurídica*

12. Existen numerosos *modelos* de estrategia de Derecho, más *juridicistas, economicistas, religiosos*, etc. Por ejemplo: en el capitalismo y el socialismo la estrategia jurídica es más economicista que la planteada en términos religiosos en el Islam.

La más ágil concepción estratégica, con una excepcional capacidad de *adaptación* a los cambios, pesando y asumiendo lúcidamente las ventajas y desventajas de conjunto de cada respuesta, es uno de los motivos que llevan a la asombrosa supervivencia del *capitalismo*. El criterio de conveniencia concreta le permite aprovechar al máximo las posibilidades de obtener ventajas de cada situación, sin apegarse a la defensa de posiciones inconvenientes. La visión estratégica capitalista admite una permanente "recomposición". Tal vez la adaptabilidad a las nuevas posibilidades haya sido una de las causas importantes del triunfo del capitalismo sobre el comunismo.

13. Hay modelos de estrategia que se apoyan en la *excelencia propia*, en el expansivo *relacionamiento con los demás* y en el *enfrentamiento con los opositores*, que es especialmente análogo a la guerra. En la teoría económica suele hablarse, de cierto modo respectivo, de las estrategias "del producto", "del consumidor" y "de la competencia"¹¹⁴. Los modelos no son

cambio en política exterior la estrategia (política) brasileña parece ser, incluso, heredera de la portuguesa.

También es relevante atender a las *políticas públicas* que, de cierto modo, son estrategias parciales, quizás tácticas, dentro de la estrategia general del país (es posible c. CIPPEC, <http://www.cippec.org/Main.php?do=newsArticlesShow> , 7-4-2011; Políticas públicas en México, <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/040609095627.html> , 3-4-2011; Las políticas públicas y los compromisos de la investigación, Las políticas públicas: algunos apuntes generales, Edith F. Kauffer Michel, http://cgpp.app.jalisco.gob.mx/images/pp_apuntes.pdf , 3-4-2011). A veces se dice que las políticas públicas son las ejecutoras de la estrategia.

¹¹⁴ Acerca del diverso marketing del producto, del consumidor y de la competencia, v. por ej. RIES-TROUT, págs. XIV y ss.

excluyentes y pueden presentarse combinaciones, por ej. de excelencia y enfrentamiento.

a') La excelencia

14. La estrategia de *excelencia* se traduce en el perfeccionamiento de la propia posición. Este es, v. gr., el modelo que durante años persiguió en la economía Henry Ford (célebre además por la organización de su sistema de producción). Vale recordar la frase: "Usted puede comprar un Ford del color que desee, siempre y cuando sea negro".

Con miras a la excelencia es importante la obtención de *derechos sólidos* y pueden cobrar particular relieve las normas de *control de calidad* en sentido genérico, en lo económico, administrativo, legislativo, judicial, etc. En términos axiológicos, la estrategia de la excelencia se apoya de modo especial en la *legitimación aristocrática*, surgida de la superioridad moral, científica o técnica.

La calidad y continuidad en la formación universitaria es uno de los despliegues posibles de la estrategia de excelencia.

b') El relacionamiento

15. Cuando se trabaja con una estrategia de *relacionamiento con los demás* (los otros integrantes de la sociedad en general, los co-contratantes, los consumidores en especial, etc.), hay que considerar la *complementariedad* de los derechos y deberes y atender en especial a la vinculación a través de las normas que provean las *formas de los repartos* (negociación, adhesión, etc.), la *propaganda*, el servicio de *mantenimiento*, la atención del *reclamo*, la *educación*, etc. Si hay jurisdicción, es *voluntaria*. En el despliegue axiológico, la estrategia de relacionamiento se basa de manera especial en la *legitimación autónoma* y sus derivadas (paraautónoma¹¹⁵, infraautónoma¹¹⁶ y criptoautónoma¹¹⁷), todas emergentes, con distintos alcances, del acuerdo de los interesados.

¹¹⁵ Surgida del acuerdo de los interesados en cuanto a los repartidores, v. gr. en el arbitraje.

¹¹⁶ Emergente del acuerdo de la mayoría, como en la democracia.

¹¹⁷ Producida por el acuerdo que brindarían los repartidores si conocieran el reparto, por ej. en la gestión de negocios ajenos sin mandato.

c') El enfrentamiento

16. En otros casos hay una estrategia de *enfrentamiento* que lleva a competir, con afinidades con la guerra, a menudo producida por dificultades en la excelencia y sobre todo en la expansión, v. gr. por la imposibilidad de ampliar el espacio estratégico. Entonces importa más ocupar el ámbito del adversario. Se ha llegado a decir que "En la actualidad, la naturaleza real del marketing es el conflicto entre las corporaciones, y no la satisfacción de las necesidades y deseos humanos"¹¹⁸. En las relaciones entre los partidos políticos la estrategia de competencia suele predominar sobre las de excelencia y de nuevos relacionamientos.

En este tipo de estrategia de enfrentamiento cobran particular importancia la *fuerza relativa* de los derechos y deberes y las normas que rigen la *competencia*. El proceso en jurisdicción *contenciosa* es una muestra muy expresiva.

Cuando de competir se trata, vale recordar que en general la tendencia es el triunfo del *más poderoso* y que, como lo señaló Marx, se produce con frecuencia la *concentración del capital*. Es posible que David vuelva a vencer a Goliat, pero no hay que olvidar que suele afirmarse que Goliat estaba gravemente enfermo. La estrategia de enfrentamiento se encuentra *en principio* en una situación de "antiautonomía", carente de legitimidad, pero ésta puede surgir al fin, v. gr., del beneficio para terceros.

La estrategia de competencia puede tener sentidos *defensivos* y *ofensivos*, sean éstos *frontales*, de *flanqueo* o de *guerrilla*.

a'') La defensiva

17. La *estrategia defensiva* puede producirse cuando el estratega está instalado en la posición que desea; se trata de ganar sin pérdida. La defensa puede consistir en la *consolidación* de la propia posición (formalización de los derechos, aseguramiento de pruebas, acciones meramente declarativas, creación de cuerpos defensivos, etc.) o en el *rechazo* del ataque (v. gr. contestación de la demanda).

Una buena estrategia defensiva puede ser el *autoataque* a través de la

¹¹⁸ RIES-TROUT, op. cit., pág. XVII.

renovación constante de la propia posición (v. gr. con nuevos productos, nuevas marcas, "autodemanda" para obtener precedente favorable, etc.).

También hay que estar dispuesto a *bloquear* los movimientos ofensivos de los otros con la mayor eficacia posible. La búsqueda de situaciones de inembargabilidad y el arraigo en juicio favorecen la actitud defensiva. Suele aconsejarse a quien actúa a la defensiva que en lo posible *reserve medios*, utilizando sólo lo necesario para mantener a la parte oponente bajo control. No hay que gastar, en un contrato, un proceso, etc., recursos innecesarios.

18. Desde el Derecho Romano se sabe con gran claridad de la felicidad de los que poseen, podría decirse de los que ocupan la posición (vale recordar el proverbio "beati sunt possidentes"). Las ventajas de quien está "en la posición", a veces aunque sea sólo de hecho, son evidentes. Quien ocupa la posición deseada tiene a menudo dos oportunidades para la acción, rechazando el ataque o al fin recuperando lo que perdió.

Al decir de Clausewitz, el objetivo de la defensa es *resguardar* y, como esto es más fácil que vencer, si los instrumentos de los dos bandos son similares, la defensa es más sencilla que el ataque¹¹⁹. Sin embargo, aunque se comience en la defensiva al fin suele ser necesario atacar.

b') La ofensiva

19. La *estrategia ofensiva* debe ser realizada por quien quiere avanzar desde afuera de la posición deseada. Puede ser *frontal*, de *flanqueo* y de *guerrilla*.

El ataque *frontal* requiere fuerzas suficientes para el conflicto en plenitud. Los principios ofensivos frontales suelen ser hallar una *debilidad en el punto fuerte* del defensor para atacarlo y lanzar el ataque en un *frente tan estrecho como sea posible*. Lo más importante no es encontrar una debilidad marginal, sino apreciar la debilidad *inherente* a la fuerza del adversario, por ejemplo, atacar al acreedor en la fuerza que tuvo o tiene sobre el deudor con un alcance que limite la legitimidad de su crédito. Si se trata de una empresa grande, el punto débil puede ser v. gr. la lentitud en el aprovisionamiento o en la toma de decisiones.

¹¹⁹ CLAUSEWITZ, op. cit., pág. 220.

El empleo de un frente estrecho puede significar discutir una parte del derecho del oponente donde el propio derecho puede llegar a ser más fuerte. El beneficio de pobreza es una vía procesal para favorecer tácticamente a la ofensiva.

20. La estrategia ofensiva de *flanqueo* es adecuada para los competidores más pequeños, más débiles, que no pueden desarrollar un ataque frontal pero pueden encontrar un espacio donde cumplir la regla de convertirse en los más poderosos *relativamente*, quizás porque ese espacio no le interese a los más fuertes. En el flanqueo -como en la guerrilla- la sorpresa tiene gran importancia. Hay que contar con los medios necesarios para detectar el sector de ataque y mantenerse en lo que se conquiste. Vender productos especiales que tal vez de momento no interesen a los dominadores del mercado o ganar cuestiones procesales marginales -v. gr. de inembargabilidad de un bien- pueden ser estrategias de flanqueo.

21. La estrategia ofensiva de *guerrilla* es apropiada para quienes son tan débiles que no pueden afrontar otra. Las reglas que suelen recomendarse al respecto son localizar y tratar de ocupar un área lo bastante pequeña como para *poder defenderla*, aunque sea momentáneamente, no actuar como pueden hacerlo *por su fuerza* los poderosos y estar preparado para *retirarse* en el momento que sea necesario.

Para ejemplificar en especial las características de la guerra de guerrillas se dice que si los Estados Unidos de América hubiesen podido convencer a Vietnam para que enviara a sus soldados a instruirse en los centros militares del país americano, el resultado de la guerra entre ambos hubiese sido inverso. Se entiende que el soldado norteamericano puede tener comportamientos "pesados" y burocráticos que el de la guerrilla no se puede permitir.

Sería catastrófico constituir jurídicamente una empresa que ha de librar principalmente "guerrilla" con el peso de una sociedad anónima. La guerrilla puede adquirir aspectos procesales, por ejemplo, en la forma de chicanas¹²⁰.

¹²⁰ Otras posibilidades de clasificación son las referidas al aumento, la reorganización o la reducción del espacio; a la diferenciación, la integración y la mimetización; al

Quien obra desde una posición dominante debe decidir en qué medida aceptará o ignorará los retos, a veces de entretenimiento, del flanqueo y la guerrilla.

f) Las variaciones estratégicas

22. Al fin es sumamente importante saber dar a los *casos* la *composición socio-normo-dikelógica* más conveniente. Con tal objetivo, hay que lograr los despliegues de distribuciones, repartos, planificación, ejemplaridad, límites, normas, fuentes, valores, materia, espacio, tiempo, personas, etc. que brinden los resultados mejores¹²¹.

Vale aprovechar la gran cantidad de *opciones* que expone la construcción del mundo jurídico trialista y para hacerlo es muy esclarecedor utilizar el *método de las variaciones*, que modifica imaginariamente el caso y su posible solución para apreciar los puntos de vista más representativos.

El movimiento de las *fuerzas* empleadas en la estrategia requiere la traza de *caminos jurídicos*, la constitución de *hitos* y la formación de *enclaves* y *paradigmas* sustentados por los hitos supremos¹²². El paradigma liberal se vale de los hitos de la propiedad privada y la libertad de contratación y cada propiedad y cada contrato son en él un enclave al respecto. También puede hacerse referencia a enclaves de derechos adquiridos, cosa juzgada, etc. Asimismo son enclaves y también hitos, en lo personal, figuras jurídicas como las de Alberdi, Vélez Sársfield, etc.

crecimiento y la reducción.

¹²¹ Un ejemplo de construcción del caso en la estrategia en que se incluyó el Código Civil argentino puede v. en nuestro trabajo “Un ejemplo del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico”, publicado en este mismo volumen.

Una frase que se repite desde la matemática a la política es divide y vencerás.

¹²² Es posible ampliar en nuestros “Aportes a la Culturología Jurídica. Los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica”, “Investigación y Docencia”, Nº 38 (2005), págs. 9/49, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/875/706> , 28-3-2011.

Consideramos hitos “*hitos*”, en un sentido, a las indicaciones de la *dirección* o la *distancia* en los caminos y de la delimitación de los terrenos y, en otro sentido, a *los sucesos, personas o cosas clave y fundamentales* dentro de un ámbito o contexto.

23. Atendiendo a la teoría de las *respuestas jurídicas*¹²³ es posible señalar que las estrategias y las tácticas pueden movilizarse según “*plusmodelación*”, “*minusmodelación*” y *sustitución* de los casos en lo jurístico sociológico, normológico y dikelógico.

Senderos al respecto pueden ser, v. gr., en la *dimensión sociológica*, la plusmodelación, la minusmodelación o la sustitución de las distribuciones de la naturaleza (agregar, quitar o sustituir recursos naturales) y las influencias humanas difusas (agregar, quitar o sustituir posibilidades económicas, religiosas, lingüísticas, etc.) y la plusmodelación, la minusmodelación o la sustitución en los repartos (cambiando en esos sentidos los repartidores, los destinatarios, las potencias y las impotencias, las formas y las razones) y su orden (variando el plan de gobierno o la ejemplaridad). En la *dimensión normológica* se trata por ej. de la plusmodelación, la minusmodelación o la sustitución en las formalizaciones. En la *dimensión dikelógica* pueden emplearse, v. gr., la plusmodelación, la minusmodelación o la sustitución de los valores. En la *parte especial*, son utilizables la plusmodelación, la minusmodelación y la sustitución en los despliegues materiales, espaciales, personales y temporales.

Si varían los repartidores o los destinatarios hay una *transmudación* activa o pasiva de los repartos; cuando cambian las potencias y las impotencias hay *transustanciación*; si se modifica la forma hay *transformación* y si varían las razones hay *transfiguración*. La variación en la clase o la ordenación es *transmutación*.

Por ejemplo: en cuanto al Subsistema no Contributivo de Asignación Universal por Hijo, establecido por decreto de necesidad y urgencia de la Presidenta Argentina, cuando se proponía, con más acierto, su fijación por ley, se ha producido una táctica de plusmodelación del papel repartidor de la Presidenta y una minusmodelación del rol respectivo de los legisladores¹²⁴.

¹²³ Se puede 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., Nº 37, págs. 85/140), <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/959/793>, 4-4-2011.

¹²⁴ V. Infoleg, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/159466/norma.htm>, 5-4-2011, decreto 1602/2009; Clarín, lunes 19, octubre 2009, Carrió reivindicó su proyecto de asignación por hijo y criticó el del gobierno, <http://old.clarin.com/diario/2009/10/19/um/m-02022260.htm>, 5-4-2011; es posible c. incluso <http://answers.yahoo.com/question/index?qid=20110330045710AAfHP67>, 5-4-2011.

Esto significa que se ha generado una trasmudación activa de la solución, aportando como transmudación pasiva más potencia de apoyo popular al poder administrador. En cuanto a las fuentes, hubo una plusmodelación del decreto y una minusmodelación de la ley.

A veces se plantean, v. gr., problemas tácticos tensos de *sustitución material* entre las indemnizaciones civiles y laborales; entre la sucesión, el usufructo y la sociedad, etc. En ciertos casos se produce una táctica de *plusmodelación personal* incorporando a un actor en un proceso para provocar una excusación o viabilizar una recusación.

Una táctica relevante puede ser “intercambiar” despliegues, v. gr., hondura material por extensión espacial, personal o temporal¹²⁵. El matrimonio entre personas del mismo sexo, aprobado en la Argentina por ley 26618¹²⁶, fue planteado estratégicamente como exigencia de igualdad, sin entrar al planteo esencialista que pretendían algunos sectores religiosos. Tal vez se cambió la profundidad material por la ampliación personal.

Un caso estratégicamente mal construido puede destruirse: si es demasiado grande puede “*estallar*” (explotar) y si es demasiado pequeño puede hacer *implosión*, de modo que no se obtendrán los resultados pretendidos. Una estrategia que a veces se practica es el *vaciamiento* del caso (por ejemplo, en sentido material patrimonial)¹²⁷.

Todos esos cambios modifican la viabilidad y la legitimidad de las estrategias.

24. Las posiciones de la vida jurídica son muy *cambiantes*, de modo que hay que estar atentos para responder con una estrategia adecuada a cada

¹²⁵ Las extensiones recientes de la Unión Europea muestran ampliación espacial a cambio de debilitamiento de la profundidad material.

¹²⁶ V. Infoleg, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/buscarNormas.do;jsessionid=169EED265018E2F7CBAF95F60345A0BB>, 5-4-2011.

¹²⁷ Tratando de encontrar las distintas variaciones de las respuestas jurídicas puede decirse que cuando la plusmodelación se refiere a lo ideal (normativo o axiológico) y lo fáctico la respuesta se expande, si se dirige sólo a lo ideal, se produce su inflación, y si se presenta sólo en lo fáctico se presenta su sobreactuación. Si la minusmodelación se refiere a lo ideal y lo fáctico la solución se reduce, si se dirige exclusivamente a lo ideal se presenta su deflación, y si apunta sólo a lo fáctico se origina su vaciamiento. Según que la sustitución se produzca en todos los despliegues o principalmente en uno de ellos se produce su suplantación total, ideal o fáctica.

una. Por ejemplo: se debe estar en guardia para variar a tiempo la estructura de una sociedad cuyo papel estratégico en el mercado debe cambiar; para modificar la táctica si la propia posición se ha debilitado con una sentencia de primera instancia adversa, para negociar ante la toma de rehenes, etc. A veces conviene demorar los pronunciamientos, en otros casos, acelerarlos. La amplitud de posibilidades incluye las chicanas, el *per saltum*, etc.¹²⁸

La incapacidad para *adaptarse* a los cambios de magnitud y posición suele ser una de las causas importantes del fracaso.

25. Las perspectivas estratégicas del Derecho y su dinámica resultan especialmente imprescindibles en una época como la actual, en que parece cambiar la *era* de la historia. Los avances tecnológicos (v. gr. en cuanto a la información y las comunicaciones), la globalización/marginación, las variaciones en el papel del Estado y la integración, podrían dar lugar a una nueva edad, pero creemos que los desarrollos genéticos, en particular en la genética humana, constituyen más una *nueva era*¹²⁹. Estas novedades requieren una comprensión estratégica dinámica que los hombres de Derecho debemos adquirir. El abogado no puede seguir limitado a los pleitos ante los tribunales estatales y a pesadas trabas burocráticas.

La formación estratégica del jurista posee una gran importancia estratégica. Es muy insatisfactorio continuar pensando, enseñando y practicando el Derecho en el *siglo XXI* con moldes que se impusieron con alcances mutiladores en el *siglo XIX*¹³⁰. El integrativismo tridimensionalista trialista aporta mucho para superar esta situación.

¹²⁸ Un caso interesante de temporalidad se debate en estos días en Italia, en relación con la situación del abogado Mills, respecto del cual habría pruebas de una corrupción prescripta por poco tiempo (El País.com Internacional, El Supremo italiano establece que el 'caso Mills' ha prescrito, http://www.elpais.com/articulo/internacional/Supremo/italiano/establece/caso/Mills/ha/prescrito/elpepunkt/20100225elpepunkt_15/Tes, 7-4-2011).

¹²⁹ Los cambios corresponden a variaciones en las fuerzas y las relaciones de producción.

¹³⁰ En el horizonte del tema, en relación con la teoría de los juegos, v. por ej. HARDIN, Russell., "game theory", en AUDI, Robert (ed.), "The Cambridge Dictionary of Philosophy", 2^a. reimp., Cambridge, Cambridge University Press, 1997, págs. 292/3; asimismo cabe atender por ej. RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10^a imp., Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1980, págs. 150 y ss.

ESTRATEGIA Y TÁCTICA EN EL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

MILTON C. FEUILLADE (*)

Resumen: Cuando se presenta el caso con elementos extranjeros y el operador jurídico se apresta a resolverlo, toma decisiones estratégicas y tácticas. Se debe mirar el caso desde la jurisdicción al exequátor, el primer paso es condición del último en una concepción sistémica del derecho. El normativismo alejó el análisis doctrinal de la realidad del litigio y por lo tanto de los abogados. El integrativismo tridimensionalista remarca este error y otorga respuestas. Se puede decir que el Derecho Procesal Internacional es el conector de las relaciones jurídico espaciales entre los Estados.

Palabras clave: Estrategia. Táctica. Derecho Procesal Internacional.

Abstract: When presented the case with foreign elements and the operator is preparing to resolve legal, strategic and tactical make decisions. It looks at the case from jurisdiction to exequatur; the first step is the last condition in a systematic conception of law. Normativism away doctrinal analysis in reality of the case and therefore lawyers. The three-dimensional theory of law remarks this error and provides answers. It can be said that the International Procedural Law is the connector of juridical spatial relationships between States.

Key words: Strategy. Tactic. International Procedural Law.

Sumario:

- I. Introducción. II. Estrategia y táctica en los distintos operadores jurídicos. A. Del legislador. B. Del juez. C. Del abogado. III. Estrategia, táctica y pluralidad de fuentes. IV. Las malas prácticas. V. Conclusión.

* Investigador del CONICET. Email: miltonfeuillade@hotmail.com

I. Introducción

La palabra estrategia posee tanto acepciones militares como jurídico procesales en su misma etimología y no es extraño porque después de todo el proceso judicial es el modo pacífico de resolver controversias y por lo tanto heredero directo de la guerra¹.

De este modo, la estrategia es el arte de dirigir las operaciones militares, el arte o traza de dirigir un asunto y para las matemáticas, en un proceso regulable, se entiende como el conjunto de reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento².

La táctica es entendida como el arte que enseña a poner en orden a las cosas, el método o sistema para ejecutar o conseguir algo, la habilidad o tacto para aplicar ese sistema y en lo militar es el arte de disponer, mover y emplear la fuerza bélica para el combate³.

Ambas son necesarias y se complementan. Cuando se presenta el caso con elementos extranjeros y el operador jurídico se apresta a resolverlo, toma decisiones estratégicas y tácticas⁴.

¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estrategia jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011, pág. 97, donde dice: “El saber jurídico se enriquece con la consideración de los intereses en juego, de modo que no ha de extrañar que lo investigado con referencia a la guerra como disputa de intereses sirva para comprender mejor al Derecho. La comprensión estratégica permite tomar conciencia, de cierto modo “científica”, de mucho de lo que los abogados que ejercen la profesión aprenden y hacen en la práctica extrauniversitaria”. Sobre el proceso moderno y la solución pacífica de las controversias ver: BERIZONCE, Roberto O., “Derecho Procesal Civil actual”, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1999, Cap. I.

² REAL ACADEMICA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, estrategia, <http://lema.rae.es/drae/?val=estrategia>, 3-1-2013.

³ REAL ACADEMIA, op. cit., táctica, <http://lema.rae.es/drae/?val=t%C3%A1ctica> , 03/01/13.

⁴ VON CLAUSEWITZ, Karl, “De la guerra”, Librodot.com, 2002, en Internet: www.librodot.com , 10/01/2013, 172 ps., p. 75, donde dice: “Afirmamos, en consecuencia, que la guerra no pertenece al terreno de las artes o de las ciencias, sino al de la vida social. Es un conflicto de grandes intereses, resuelto mediante derramamiento de sangre, y solamente en esto se diferencia de otros conflictos”. Aclaración importante es que esta obra es muy anterior al surgimiento del Derecho Internacional Humanitario y de la

Junto al conflicto tradicional de leyes, la visión tripartita que asume al conflicto de jurisdicciones y de reconocimiento de sentencia extranjeras, como aspecto nuclear del Derecho Internacional Privado ha sido en gran parte estratégico⁵. A ello nuestra visión necesariamente sistémica del caso y a la hora del desarrollo del proceso, para que cada una de las tres partes no quede como compartimientos estancos le incluimos la cooperación jurisdiccional de primer y segundo grado en todos sus aspectos⁶.

La resolución del caso comienza con el diseño de un plano cual arquitecto dibuja un edificio o como el oficial que se para delante de la maqueta del escenario de guerra⁷.

Se mira el caso desde la jurisdicción al exequáтур, el primer paso es condición del último. Si se entabla la acción ante un juez incompetente o si la notificación no posee todo requisito de garantía de defensa, a la postre y con suerte, será un mero papel no reconocible o inejecutable.

La concurrencia jurisdiccional otorga opciones estratégicas, donde se miden costos, tiempos, efectividad del resultado concreto.

El estar antes países más o menos ratificantes, o con amplia ratificación pero poco cooperantes influye en el camino a tomar.

Si existe un juego donde el azar es cero, porque todo depende de la táctica y la estrategia, dado que en definitiva reproduce una batalla, sin lugar a dudas es el ajedrez. El proceso visto como tablero donde si es necesario para dar jaque mate al rey, un peón debe avanzar cada escaque hasta coronarse dama implica a nuestro criterio la analogía de las posibles jugadas,

prohibición del uso de la fuerza fuera del marco del Consejo de Seguridad o de la legítima defensa individual o colectiva, por ello debe leerse en el actual contexto.

⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos - SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "Derecho Internacional Privado"; Madrid, Civitas, 2001, págs. 85 y ss.; CIURO CALDANI, op. cit., pág. 130, donde dice: "La relación entre Derecho de fondo y Derecho Procesal es siempre, táctica y estratégicamente, muy importante. Los movimientos tácticos del proceso influyen mucho en la proyección estratégica del mismo, obviamente la relación inversa es notoria".

⁶ Ver nuestro trabajo: "Cooperación Jurisdiccional Internacional", Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2011, 348 págs.

⁷ CIURO CALDANI, op. cit., pág. 86, donde dice: "La elaboración de estrategias depende en gran medida de la producción de diagnósticos y pronósticos completos, como los permite el integrativismo tridimensionalista trialista. En base a éstos se han de tomar las mejores decisiones. Los tipos de estrategia, principalmente de excelencia, relacionamiento y enfrentamiento defensivo y ofensivo, frontal, de flanqueo y de guerrilla, se comprenden mejor cuando se cuenta con la riqueza de perspectivas del integrativismo trialista".

donde la primera luego de la jurisdicción asida es la efectividad de la notificación personal y garantías de defensa material y temporal, es la primer defensa alrededor del rey, que luego y de ser necesaria, pueden incluso volcarse al ataque, se puede ver a la cautelar como un enroque y al incidente como una jugada de distracción o avance de posiciones.

Coincidimos con Ciuro Caldani cuando denota que el normativismo alejó el análisis doctrinal de la realidad del litigio y por lo tanto de los abogados. El integrativismo tridimensionalista remarca este error y otorga respuestas. A su vez el estudio científico del Derecho dejó la estrategia de lado a diferencia de la economía y la política⁸.

II. Estrategia y táctica en los distintos operadores jurídicos

Se puede decir que el Derecho Procesal Internacional es el conector de las relaciones jurídico espaciales entre los Estados.

La firma de un Tratado de Cooperación es estratégica, su implementación con celeridad y eficiencia por las Autoridades Centrales es táctica. Ambas con el fin último de realización de la justicia se constituyen en espacios vitales⁹.

⁸ CIURO CALDANI, op. cit., pág. 89, donde dice: “Entre las graves limitaciones que produjo en el pensamiento jurídico la escuela de la exégesis, con su deductivismo silogístico, se encuentra el empobrecimiento de las perspectivas estratégicas en los abogados litigantes. Se promovió la radicalización de la referencia de los abogados a la actividad tribunalicia y estatal. Según sus postulados, los planteos estratégicos eran perspectivas que correspondían sólo al legislador. Luego, la “teoría pura” apartó lisa y llanamente al pensamiento jurídico del político. La comprensión dinámica del Derecho, que exige el aprovechamiento de las oportunidades para su realización y se nutre con la problemática de la toma de decisiones, ha resultado marginada por la creencia en un mecanicismo y un formalismo ajenos a la realidad. La conciencia estratégica que debe tener el hombre de Derecho ha quedado excesivamente desplazada a los ámbitos de la Política y de la Economía”.

⁹ Ibíd., pág. 111, donde dice: “Las potencias e impotencias pueden tener distintos grados de profundidad y esto ocurre con las tácticas y las estrategias. Hay tácticas jurídicas superficiales, “cotidianas”, y profundas, es decir, “vitales”. En principio, las estrategias son vitales, aunque a veces sus concepciones son superficiales”.

El Código Civil Argentino contiene carencias y lagunas normativas¹⁰ en el Derecho Internacional Privado en General y en lo que hace a la jurisdicción internacional en particular, propio del tiempo en que fue redactado, donde nuestra materia estaba aún en surgimiento y le faltaría mucho desarrollo. La jurisprudencia a lo largo del tiempo ha ido realizando una gran labor integradora, de interpretación y sistematización¹¹, a los efectos de en definitiva lograr la finalidad de la realización de la justicia¹². Estas carencias y lagunas son corregidas en el proyecto de Código Civil unificado actualmente en estado legislativo¹³.

A. Del legislador

En la estrategia del legislador podemos referirnos al marco convencional y al derecho interno debe haber una coordinación y coherencia entre los Tratados y la ley interna donde se requiere una coordinación inter federal del convenio internacional.

¹⁰ Puede verse nuestro trabajo: “Competencia internacional civil y comercial – elementos judiciales en el proceso internacional”, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, 339 ps.

¹¹ Solamente a modo ejemplificativo baste citar los casos: “Gobierno de la República del Perú c. S.I.F.A.R.”. (fallos: 220:936), sentencia del 30 de julio de 1951. “Emilia Cavura de Vlasov v. Alejandro Vlasov”. (fallos: 246:287), sentencia del 25 de marzo de 1960. “Behrens, Germán Federico o Hermann Friedrich s. sucesión ab intestato”, dado por la SCBA, el 13 de junio de 2007.

¹² CIURO CALDANI, op. cit., pág. 45, donde dice: “El funcionamiento de las normas exige relaciones a menudo tensas entre los autores de las normas (v. gr. legisladores), los encargados del funcionamiento (por ejemplo los jueces) y el resto de la sociedad. Sobre todo son relevantes el reconocimiento de carencias históricas (porque no se hicieron normas, por olvido o novedad de los problemas) y la producción de carencias dilectológicas (donde se rechazan las normas por considerarlas injustas). Las carencias exigen la elaboración respectiva, sea por recurso a la justicia formal o material, con perspectivas de analogía y remisión a los principios generales. Desde el punto de vista del ordenamiento normativo, las carencias pueden ser denominadas lagunas y la elaboración puede ser llamada integración. Al final, los autores de las normas y los encargados del funcionamiento, como todos los repartidores, hacen lo que quieren dentro de lo que pueden, aunque han de querer lo justo. El funcionamiento debe lograr la realización de la justicia”.

¹³ Puede verse el proyecto completo y sus fundamentos en Internet: <http://www.nuevo codigocivil.com>, 13/01/13.

La estrategia procesal internacional es parte del marco del manejo de las relaciones internacionales del Estado, tanto en la jurisdicción que es norma de naturaleza federal¹⁴, como en el resto de los ámbitos de cooperación.

Junto a la política ratificadora debe haber una táctica de funcionamiento, que si el legislador por error no la prevé es tarea de los jueces ser corregida¹⁵, por ello la responsabilidad estratégica es mayor en el legislador¹⁶.

En la acción del legislador está la centralización o descentralización, antigua cuestión para los argentinos entre el interior y Buenos Aires y el modo en que en términos trialistas se realizan los “repartos”¹⁷, es así que a nivel general y local están las Autoridades Centrales como estrategia de certeza y certeza¹⁸ y que no siempre es lo más rápido y de allí el tratamiento entre jueces de frontera o iniciativas como el DECI en la Provincia de Mendoza¹⁹.

En lo que hace a la codificación del Derecho Internacional Privado, el nuevo Código Civil plasma las actuales estrategias²⁰.

B. Del juez

En la estrategia y táctica del legislador denotamos que el juez debe llegar al caso ejercer una función correctora. Sobre esto quisiéramos poner

¹⁴ UZAL, María Elsa, “Algunas Reflexiones Sobre Temas de Derecho Procesal Internacional”, L.L., Tomo 1998 - E, sec. doctrina, págs. 1075 a 1080, pág. 1077; BOGGIANO, Antonio, “Curso de Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, Tomo I, pág. 100; “Conflictos de Jurisdicción Internacional Ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación - Cuestiones Federales de Jurisdicción Internacional”, E.D., T. 62, ps. 619 a 628, p. 627 in fine.

¹⁵ CIURO CALDANI, op. cit., pág. 43, donde dice: “El Código Civil se instala en el nivel legislativo, apoyado en normas generales, pero requiere el empleo de los niveles judicial y contractual, constituidos de modos predominantes por normas individuales. Pese al legalismo, el destino de las normas del Código Civil dependía mucho de las normas de las sentencias”.

¹⁶ Ibíd., pág. 121.

¹⁷ Ibíd., págs. 29 y ss.

¹⁸ BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, “El Papel de la Autoridad Central: Los Convenios de la Haya y España”, R.E.D.I., Vol. XLV – 1993, Nº 1, págs. 63 a 79.

¹⁹ En internet: <http://www.jus.mendoza.gov.ar/organismos/deci/deci.php> , 17-10-2012.

²⁰ Pueden verse los fundamentos en Internet: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf> , 13-01-2013.

ejemplos concretos. Ejemplo 1: Una mujer reclama alimentos para sus hijos, respecto del padre de los menores que se ha ido a vivir a España y abre jurisdicción en la Provincia de Santa Fe y planea realizar el trámite del pedido de pobreza que por las diferentes convenciones que nos unen con el mencionado reino son reconocibles. Resulta que si se solicita antes o simultáneamente con la demanda, suspende el curso de ésta²¹, el pedido tarda unos seis meses y aparte, una vez otorgado, la declarada pobre, cuando solicita que se libre exhorto de notificación le decretan que previamente pague los gastos del proceso de pobreza. Como solución y a nuestro criterio y fundándose en el interés superior del niño a partir de la ley 26061, y muchos argumentos más que exceden el ejemplo el juez perfectamente puede conceder efecto devolutivo a los casos alimentarios y eximir del pago de costa alguna hasta el momento del fin del proceso.

Aflora marcadamente en las relaciones iusprivatistas internacionales y a la hora de traducirlas al proceso la “globalización/marginación”²² y para ello pondremos el Ejemplo 2: Una mujer reclama alimentos para sus hijos a su marido que se ha ido a vivir a la República de San Marino. Debe notificarse la demanda y la mencionada República establece que para el gasto de notificación por la Convención de la Haya de 1965 sobre Notificación de actos en el Extranjero debe realizarse un depósito de € treinta mediante transferencia. Por el cepo cambiario dicha transferencia se toma como una operación de comercio exterior y su costo es de U\$D setenta y cinco. La función judicial de forma correctora y correcta ordenó la apertura de una cuenta judicial y que acrediándose la pobreza para litigar se realice la transferencia sin gastos.

En definitiva, toda realización de la justicia concreta pasa tanto en el plano procesal interno como internacional en atender respetuosamente las particularidades, es decir una interpersonalidad del derecho²³.

²¹ Conforme art. 333 del C.P.C.C.S.F.

²² ALTERINI, Atilio A. – NICOLAU, Noemí L. (dir.), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani”, Buenos Aires, 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, págs.41 a 56, “Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización”, Investigación y Docencia, N° 32, págs. 9 a 14.

²³ Ver nuestro trabajo: “La interpersonalidad en la Cooperación Jurisdiccional internacional”, I y D, N° 44, Rosario, 2012, págs.79 a 91.

C. Del abogado

El abogado debe conjeturar cómo se desarrollará el proceso y tratar de influir para que el juez decida tal como lo pide²⁴, destruyendo la juridicidad de lo invocado por la otra parte²⁵.

En la estrategia y táctica del abogado, podemos partir de la prórroga y la concurrencia jurisdiccional permiten al abogado desde la jurisprudencia, volcarse por la tendencia en la interpretación del derecho y luego esa sentencia en el exequáutur estará imbuida de esa casi inmunidad que es el principio de no revisión del fondo.

Instituciones como el arraigo en juicio favorecen la actitud defensiva y el beneficio de pobreza es una vía procesal para favorecer tácticamente la ofensiva²⁶.

Las medidas cautelares como estrategia se convierten muchas veces en el fondo. Es como cuando una escaramuza gana la guerra. Sin ir más lejos en el caso de la Fragata ARA Libertad ante el tribunal de Hamburgo “la cautelar fue el fondo”, porque liberado el buque, sólo queda discutir la cantidad y cuantificación de las reparaciones²⁷.

El caso debe verse completo, con las posibilidades de resultados, los costos, el tiempo, los caracteres de las partes, sus necesidades y ansiedades²⁸.

²⁴ Sobre lo conjetural y el derecho puede verse: RAMOS, Néstor Alejandro, “La filosofía de Miguel Reale”, Mar del Plata, UFASTA, 2011, 134 págs., CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, En Internet: <http://www.Cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795> , 11-01-13

²⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estrategia jurídica” cit., pág. 185, donde dice: “Si, v. gr., se pretende una táctica procesal judicial contenciosa, hay que reconocer la juridicidad, en este caso, las categorías jurídico-sociológicas en que se sitúan todas las partes y los jueces, procurar destruir la juridicidad favorable a las otras partes y acercar las de los jueces a las propias a través de detonantes y puentes respectivos, v. gr., se debe lograr que la realidad y las finalidades objetivas aparezcan contrarias a lo que invocan las otras partes y son como uno las invoca, de modo que los jueces formen sus finalidades subjetivas en tal sentido y procuren su realización”.

²⁶ Ibíd., págs. 137 y 138.

²⁷ Pude verse el fallo de medidas provisionales en Internet: <http://www.itlos.org/index.php?id=222&L=1> , 13-01-2013.

²⁸ CIURO CALDANI, “Estrategia jurídica” cit., págs. 113 y 114, donde dice: “En toda estrategia es necesario contar con la debida información, calcular bien las decisiones y

III. Estrategia, táctica y pluralidad de fuentes

El Derecho Procesal Internacional en la Argentina, está caracterizado por la pluralidad de fuentes. Por ejemplo en lo que hace a exhortos o cartas rogatorias entre Tratados bilaterales y multilaterales, sumado al derecho interno nos encontramos con siete fuentes²⁹.

Parecería que siempre es bueno ratificar todo, pero consideramos que no es así. El mosaico de fuentes, aunque éstas dejen abierta la posibilidad de

economizar energía (no gastar energía innecesariamente). La estrategia debe apoyarse en el reconocimiento puntual y general de la posición en que uno se encuentra en determinada situación y de la posición a la que desea llegar realizando las maniobras que resulten convenientes. Una estrategia jurídica requiere información, cálculo de las decisiones y economía de energía en todos los aspectos referidos. La estrategia ha de tener muy en claro la verdadera “naturaleza” (clave) del problema, los frentes estratégicos donde están las partes, el frente de operaciones, campo donde se desarrolla el conflicto (v. gr. el espacio procesal, contractual, etc.), las posiciones estratégicas (v. gr., en el planteo procesal, la demanda y su contestación), la especificidad de las potencias y las impotencias (es decir los beneficios y los costos) y hacia dónde se desea llegar. Una buena estrategia debe considerar las fortalezas y las debilidades, ha de tener en cuenta los límites necesarios que impone la naturaleza de las cosas⁴³. Debe ser factible. Importa tener el pertrechamiento necesario (capital, trabajo, naturaleza, etc.) y la disposición requerida. Es imprescindible saber cuáles son los recursos con que se puede sostener una decisión (v. gr. un pleito), cuál es la comprensión (judicial, social, etc.) que pueden obtener las posiciones propias y ajenas, etc. Suele ser digna de atención la apertura de varios frentes, con sus conveniencias y sus riesgos. Puede ser útil arreglar un caso para mantener otros, abrir varios planteamientos para debilitar las presiones, etc. Vale diferenciar sectores, por ejemplo, en el proceso, atendiendo a la articulación o no de incidentes, considerando el resultado final deseado, que ha de ir más allá del propio proceso. Es relevante encontrar la dimensión apropiada del caso. Puede ser conveniente probar suerte con casos menores. A veces hay que actuar de manera directa y en otros casos por intermediarios. Una táctica a menudo referida es la de dificultar la movilidad del adversario, aunque sea incluyéndose uno mismo, como puede suceder con el ‘embarrar la cancha’”.

²⁹ Nos referimos específicamente a: Los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, la CIDIP I sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y su Protocolo Adicional, La Convención de la Haya sobre Procedimiento Civil de 1954, La Convención de la Haya sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Mercantil de 1965, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, dentro del ámbito del Mercosur, denominado de “Las Leñas”, el Convenio entre Argentina y Uruguay sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos.

aplicar aquella que mejor favorezca la cooperación³⁰, no necesariamente es la mejor estrategia del legislador³¹. Sin embargo abre más puertas para la estrategia del abogado.

Los derechos humanos y en especial la jurisprudencia interamericana es a nuestro criterio parte esencial de la estrategia procesal³².

IV. Las malas prácticas

Hay prácticas que pueden definirse como tácticas y estrategias ilícitas, cual infracción en la batalla al Derecho Internacional Humanitario. Es la chicana, que se define como el procedimiento de mala fe, con artimañas, especialmente utilizado en un pleito por alguna de las partes³³. Hacemos nuestras las palabras de Ciuro Caldani cuando dice: “*Es relevante atender al efecto sorpresa, para no ser víctima de él y poder utilizarlo. Esto suele conectarse con la celeridad. No hay que confundir la estrategia con la estratagema, caracterizada, por ejemplo, por la astucia, la destreza y el fingimiento, ni con la chicana, donde la mala fe es mayor*”³⁴.

Esto se constituye en el fraude procesal y la lesión al orden público como aspectos negativos del antecedente y consecuente de la norma procesal. En definitiva, todo operador jurídico debe eliminar la “viveza criolla”³⁵.

³⁰ NOODT TAQUELA, María Blanca, “Applying the most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Co-operation”, Summer Course of International Private Law of Hague Academy, 6 a 12 de agosto, R. des. C., 2012, en prensa.

³¹ Una autora que ha estudiado en profundidad el tema de la pluralidad de fuentes y su interrelación es DREYZIN DE KLOR, Adriana, de la cual puede verse: “El Mercosur: generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, Zavalía, 1997; “El derecho internacional privado en las relaciones Mercosur - Unión Europea”, Revista de la Facultad, ed. Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 5, Nº 2, págs. 53 a 79; “Fuentes jurídicas de la integración regional”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 11, 1996, ps. 407 a 439.

³² Puede verse nuestro trabajo: “El Derecho a un recurso judicial efectivo en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos”, Rosario, Zeus, 2011, 121 págs.

³³ REAL ACADEMIA, op. cit., chicana, <http://lema.rae.es/drae/?val=chicana>, 03/01/13.

³⁴ CIURO CALDANI, “Estrategia jurídica” cit., pág. 118.

³⁵ CIURO CALDANI, “Análisis jusfilosófico de la viveza y el fingimiento (Con especial referencia a la cultura jurídica Argentina) en: “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, 239 ps., págs. 79 a 120.

En el caso de los abogados que dominan el Derecho Procesal Internacional, una mala práctica en la que pueden caer es el abuso de conocimiento respecto de los otros operadores jurídicos.

De los jueces se requiere compromiso con la justicia, basado en la vocación de servicio y hacia un fin humanista, como parte esencial de uno de los poderes del Estado³⁶.

V. Conclusión

Cuando se presenta el caso con elementos extranjeros y el operador jurídico se apresta a resolverlo, toma decisiones estratégicas y tácticas. Se mira el caso desde la jurisdicción al exequáтур, el primer paso es condición del último en una concepción sistémica del derecho.

El normativismo alejó el análisis doctrinal de la realidad del litigio y por lo tanto de los abogados. El integrativismo tridimensionalista remarca este error y otorga respuestas.

Se puede decir que el Derecho Procesal Internacional es el conector de las relaciones jurídico espaciales entre los Estados.

En lo que hace a la codificación del Derecho Internacional Privado, el nuevo Código Civil plasma las actuales estrategias.

En la estrategia y táctica del legislador recae la mayor responsabilidad y previsión y el juez debe llegar al caso ejercer una función correctora en una suerte de equidad del caso concreto. El abogado debe conjutar cómo se desarrollará el proceso y tratar de influir para que el juez decida tal como lo pide para lograr de forma ética el objetivo de ganar el pleito.

³⁶ CIURO CALDANI, “Estrategia jurídico”, pág.. 51, donde dice: “El integrativismo tridimensionalista somete a la realidad social y las normas a las valoraciones de un complejo de valores que culmina en la justicia. De ese complejo forman parte también, por ejemplo, la utilidad, el amor, la verdad, la belleza y la santidad. Entendemos que el valor supremo a nuestro alcance ha de ser el deber ser pleno de nuestro “ser”, la humanidad”.

SOBRE ESTRATEGIA Y PROCESO

ANDREA MEROI^(*)

Resumen: La teoría de conflictos brinda categorías para su análisis estático y dinámico que son esenciales para el abordaje estratégico de su solución. Sin perjuicio de este amplio horizonte, este trabajo se centra en la estrategia del proceso judicial y de cada una de sus etapas, con el propósito de mostrar que son posibles y valiosas las opciones estratégicas a fin de conseguir los objetivos perseguidos.

Abstract: Conflict theory provides categories for static and dynamic analysis, essential for a strategic approach to its solution. Despite this broad horizon, this paper focuses on the strategy of litigation and strategy of each of its stages, trying to demonstrate that strategic options are possible and valuable in order to achieve pursued goals.

Palabras clave: Solución de conflictos – proceso – etapas del proceso – estrategia

Key words: Dispute resolution – procedure – procedure stages – strategy

1. Introducción

Hace ya muchos años, Piero Calamandrei titulaba un memorable estudio en homenaje a Francesco Carnelutti “*Il processo come gioco*”¹, dando cuenta del innegable fenómeno de una conducta procesal determinada estratégicamente por los intereses personales y egoístas de cada uno de los litigantes.

Tanto como medio de solución de conflictos cuanto como sucesión

^(*) Centro de Estudios Procesales (CEP) Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario, Córdoba 2020 – Rosario, 54 341 440 5600 / 480 2635, E-mail: ameroi@fder.unr.edu.ar

¹ CALAMANDREI, Piero, “*Il processo come gioco*”, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1950, I, págs. 23 y ss.

de actos concatenados y dirigidos a un fin², el *proceso* aparece como un espléndido ámbito para los despliegues estratégicos y tácticos.

Remedando a la Real Academia, deberíamos pensar el proceso en clave del “arte, traza para dirigir un asunto” (*estrategia*, 2^a acepción), aspirando también al “conjunto de las reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento” (*estrategia*, 3^a acepción *Mat.*). Al propio tiempo, la estrategia procesal debe acompañarse de un “método o sistema para ejecutar o conseguir algo” (*táctica*, 4^a acepción), incluyendo la “habilidad o tacto para aplicar este sistema” (*táctica*, 5^a acepción).

1.1. Claro está que, como dijimos en otra oportunidad³, el Derecho Procesal se enriquece y adquiere su dimensión más interesante y plena si reivindica para su objeto todo el espectro de “*solución de conflictos*” y no meramente el “*proceso*” (esto es, una de las posibles vías de solución)⁴.

Desde distintos ámbitos de reflexión jurídica se define el *conflicto* como “disputa que comienza cuando una persona (u organización) efectúa un reclamo o demanda a otra que los rechaza”⁵, como la “coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social”⁶. Para el trialismo⁷ se trata de una “controversia entre dos

² Sobre la noción de *proceso*, puede v. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al estudio del derecho procesal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, Primera Parte, págs. 23 y ss.

³ MEROI, Andrea A., “La estrategia y el derecho procesal”, en “Investigación y Docencia”, N° 35, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, enero/diciembre 2002, págs. 49 y ss.

⁴ Construído demasiado desde la óptica del Estado, el Derecho Procesal ha devenido una rama “mutilante”. Hay otros medios que no sean el “proceso judicial” (arbitraje, mediación, negociación) y hay otras ramas con la cual vincularse y enriquecerse en una “complejidad pura” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El juez, el proceso y el Estado en la postmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, N° 33, págs. 19/23).

⁵ FELSTINER, W.L.F. y otros, “The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming”, en “Law and Society Review”, 1980-81, 15, págs. 631-654.

⁶ ALVARADO VELLOSO, op. cit., pág. 14.

⁷ Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico, v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 6^a ed., 5^a reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

o más personas sobre el reparto de potencia y de impotencia”⁸, entre “aquellos que favorece o perjudica la vida”⁹.

Recientemente, en un intento por sistematizar una *teoría de los conflictos*, ENTELMAN lo ha definido como “una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí”¹⁰.

Dentro de las modernas teorías que postulan una “más eficiente administración” de los conflictos, se distinguen *intereses, derechos y poder*¹¹. Un conflicto estaría compuesto por todos estos elementos y su identificación permitiría otros cauces para la *solución*: conciliar intereses, determinar quién tiene razón y definir quién es más poderoso puede ser importante a la hora de decidir qué método será el más adecuado para arribar a aquel resultado.

1.2. Si somos capaces de proyectarnos en ese horizonte mayor, advertiremos que existen numerosos y variados modos de solución de los conflictos que basculan entre extremos de máxima *autonomía de las partes* involucradas en él y de máxima *autoridad de un tercero* llamado a adjudicar la decisión.

La definición de *qué modo* es el más adecuado para *cada conflicto* presupone que es posible establecer una *taxonomía* de esas relaciones sociales incompatibles.

Las categorías de un *análisis estático* del conflicto son de formidable ayuda en esta tarea¹².

Así, en cuanto a los *actores del conflicto*, corresponderá que distinguamos entre actores *individuales* y *colectivos*¹³, que reparemos en el *entorno*¹⁴, en las inevitables *tríadas*¹⁵ y que definamos las *relaciones de poder*¹⁶.

⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6^a ed., Depalma, Bs. As., 1988, pág. 3.

⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

¹⁰ ENTELMAN, Remo, “Teoría de conflictos”, Barcelona, Gedisa, 2002, pág. 49.

¹¹ URY, William L. - BRETT, Jeanne M. - GOLDBERG, Stephen B., “Cómo resolver las disputas”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, págs. 3 y ss.

¹² Cfr. ENTELMAN, op. cit., págs. 75 y ss.

¹³ Íd. íd., págs. 78 y ss.

¹⁴ Íd. íd., págs. 133 y ss.

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Íd. íd., págs. 117 y ss.

En cuanto a los *objetivos del conflicto*, distintas serán las respuestas posibles y adecuadas según aquellos sean:

a) concretos, “aquellos objetivos más o menos tangibles que además —de una u otra manera— son susceptibles de ser pensados como divisibles ... su obtención importa la automática satisfacción de las pretensiones de quien conflictúa por ellos”¹⁷;

b) simbólicos, “aquellos en los que en realidad el objetivo exhibido como tal no es la última meta deseada por el actor en conflicto, sino más bien un representante de otra, lo cual convierte en muy difícil de definir la relación entre el objeto o situación que hace de sustrato depositario del valor y el valor mismo... En ciertas circunstancias los actores tienden a teñir los objetivos concretos agregándoles valoraciones que los convierten en simbólicos, porque les preocupa, más que obtener satisfacción a su valor mediante el logro del objetivo, provocar en su adversario una pérdida”¹⁸; o

c) trascendentes, “aquel[los] en el[los] que en realidad puede decirse que el valor mismo está puesto como objetivo porque no se divisa que esté anexo a un objeto tangible ni divisible”¹⁹.

Finalmente, existen otras múltiples propuestas de clasificación de los conflictos: según sus *alcances o efectos*²⁰, según su *contenido*²¹, según su *naturaleza*²², etcétera. Las características específicas de un conflicto pueden ser determinantes a la hora de definir el modo de solución.

1.3. El análisis posible a partir de estos estudios y disquisiciones dio origen a un movimiento a favor de la búsqueda de los *modos adecuados* de solución de conflictos y al establecimiento de la idea de *Tribunal Multi-puertas*, esto es, una “mesa de entradas centralizada” y un “centro de diagnóstico” instalados en la propia sede jurisdiccional pero que ofrece no sólo ese modo de solución sino una variedad de programas alternativos²³. El

¹⁷ Íd. íd., pág. 101.

¹⁸ Íd. íd., págs. 101-102.

¹⁹ Íd. íd., pág. 103.

²⁰ Cfr. PONDY, L. R., “Organizational conflict: Concepts and models” en “Administrative Science Quarterly”, 1967, N° 12, págs. 296-320.

²¹ Cfr. MOORE, C. W., “Negociación y mediación”, Gernika, Gernika Gogoratz, 1994.

²² Cfr. DEUTSCH, M., “The resolution of conflict: constructive and destructive processes”, New Haven, Yale University Press, 1973.

²³ Cfr. SANDER, Frank E.A., “Varieties of dispute processing” en “The Pound Conference:

modelo se originó en los Estados Unidos, más concretamente en la denominada *Pound Conference*²⁴ y ha tenido altísimo predicamento en el movimiento “ADR/RAD”²⁵.

1.4. Sin perjuicio de la importancia de esos horizontes, nos proponemos centrar estos breves apuntes en la *estrategia del proceso*. Concretamente, en la hipótesis en que los medios autocompositivos de solución de conflictos han fracasado o, quizás ideológicamente, ante un caso en que *ab initio* se decide que la mejor solución es la del proceso judicial.

¿Cómo podemos establecer una verdadera *estrategia*? ¿Cómo mejorar nuestras intuiciones?

2. Estrategias procesales

2.1. Desde nuestra perspectiva, y traspolando enseñanzas de Ciuro Caldani²⁶, una estrategia procesal adecuada debería comenzar por establecer claramente los *objetivos* del cliente (actor del conflicto), “legítimo dueño del proceso”.

Contrariamente a lo que pueda suponerse, se trata de una tarea nada sencilla, entre otras cosas por la posible propia indefinición del interés en conflicto. A menudo sucede que el protagonista “no sabe lo que quiere” o apenas “sabe lo que no quiere”, se muestra perplejo con relación a su voluntad misma. En este caso, es menester una profunda indagación acerca de los *derechos, intereses y poder* del cliente.

Pero todavía más, en toda relación abogado-cliente se presenta el denominado “problema de agencia”: en un punto, los propios intereses del

²⁴ Perspectives on Justice in the Future”, West, A. Levin & R. Wheeler eds., 1979.

²⁵ National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, abril de 1976, organizada por la American Bar Association, la Judicial Conference of the United States y la Conference of State Chief Justices.

²⁶ Alternative Dispute Resolution, por su denominación en inglés, o Resolución Alternativa de Disputas, en español.

²⁶ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, N° 33, págs. 9 y ss.

abogado y del cliente tienden a confluir y, eventualmente, a colisionar²⁷.

2.2. En segundo lugar, será menester listar los *cursos de acción posibles*, acompañados de un sesudo análisis de los costes y beneficios, las posibilidades y los límites (en tiempo, dinero, relaciones humanas, etcétera) de cada una de las alternativas.

El razonamiento *conjetural* adquiere aquí fundamental importancia.

La toma de decisiones es, por cierto, un área relativamente ignorada por el Derecho. Las concepciones que se abren a una perspectiva multidimensional²⁸ del mundo jurídico, particularmente a la dimensión sociológica,

²⁷ Sobre estos problemas, puede v. SHAPIRO, Susan P., “Agency Theory” en “Annual Review of Sociology”, Vol. 31, 2005, págs. 263-284; asimismo, ARCHER, Margaret S., “Being human: The problem of agency”, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

²⁸ Perspectiva que ya se reclama para el derecho procesal. Así, se afirma una “concepción contextual del derecho”, toda vez que “no tiene ya sentido estudiar ni concebir y tanto menos enseñar el derecho procesal exclusivamente en sus aspectos normativos: éstos han sido integrados, precisamente, en una visión en la cual se examinan también los aspectos sociales, éticos, culturales, económicos de los actores (partes, jueces, testigos, etc.), de las instituciones y los procedimientos, la accesibilidad, en suma, del fenómeno procesal para el individuo, los grupos, la sociedad y así, por ejemplo, las costas, la duración de los efectos de los procesos y de la actividad jurisdiccional, como también el impacto que el fenómeno mismo ejerce sobre los individuos, grupos y sociedad. En lugar de una concepción unidimensional, limitada a la determinación de la norma, se propone así una concepción tridimensional del derecho y de su análisis: una primera dimensión es aquella que investiga las premisas, el problema o necesidad o reclamo social que una intervención jurídica dada pretende resolver; la segunda examina la respuesta o solución sobre el plano normativo, pero también institucional y procesal, orientada a resolver aquel problema o necesidad o reclamo social; mientras que la tercera se dirige a examinar críticamente los resultados, sobre el plano social ‘lato sensu’ (económico, político, etc.) que derivan concretamente de tal respuesta o solución en el ámbito de la sociedad. El análisis del jurista se hace así extremadamente complejo, pero también fascinante, por ejemplo, que para promover el inicio de un proceso, se deben observar ciertos preceptos formales, sino que implica además un análisis de los tiempos requeridos para obtener el resultado deseado, de los costos por afrontar, de las dificultades por superar, psicológicas inclusive, de los beneficios obtenibles, etc. A su vez, el análisis del derecho sustantivo no puede limitarse ya a tomar nota, por ejemplo, del hecho de que ciertas normas, incluso a nivel constitucional, proclaman la existencia de determinadas obligaciones y derechos, o la protección del ambiente, de los consumidores o de la salud, sino que debe extenderse a una visión crítica de los instrumentos ofrecidos a los individuos y a los grupos para hacer efectiva tal protección” (CAPPELLETTI, Mauro, “Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo”, México, Porrúa, 1993, págs. 88/89).

destacan que las adjudicaciones producidas por la conducta de seres humanos determinables “se originan en un proceso que abarca el *reconocimiento* de una realidad fáctica situacional y de un complejo de fines respecto de los cuales son posibles diversas conducciones, entre los cuales se *decide* alguno y luego se lo *efectiviza*. Reconocimiento, decisión y efectivización son las tres grandes tareas que originan los repartos”²⁹. Por ejemplo, frente al *reconocimiento* del acreedor de la situación de incumplimiento de su deudor y de las posibles alternativas que tiene para satisfacer su pretensión de cobro del dinero adeudado, puede *decidir* la vía judicial del juicio ejecutivo y *efectivizarla* a través de la promoción de la correspondiente demanda.

Aun en un marco de inevitable *incertidumbre*, es posible tomar decisiones racionales y coherentes toda vez que, al menos, sabemos *algo*.

2.3. De ahí que el proceso de toma de decisión esté compuesto por un conjunto de acciones posibles, un conjunto de posibles consecuencias de estas acciones, unas estimaciones de las probabilidades de cada una de estas consecuencias y un cierto orden de prioridad de los resultados esperados³⁰.

Sucede que el análisis de ese proceso se realiza plenamente cuando se descompone en *categorías* que lo diseccionan: los posibles repartidores, destinatarios, objetos, formas, razones, modos constitutivos del orden, límites; las normas y los valores en juego.

Si esas *categorías de análisis* están en la plena conciencia de quien toma la decisión, el *proceso de escoger una entre varias opciones* tendrá, por lo menos, *razones* y se favorecerá la *conjetura* de las consecuencias de los posibles cursos de acción disponibles.

2.4. Muchos son los aspectos a destacar en ese proceso. Siguiendo en todo este desarrollo a CIURO CALDANI³¹ podríamos enumerar, a título de ejemplo, los siguientes:

- La relación de la elección con *criterios de decisión* que reflejen alguna *racionalidad*;
- El aprovechamiento de las *oportunidades*;

²⁹ CIURO CALDANI, “Aportes...”, cit., p. 13; v. también, del mismo autor, “La conjetura...”, cit., p. 60.

³⁰ LEWIS, H. W., “El arte y la ciencia de las decisiones correctas”, Bilbao, Deusto, 1999.

³¹ “Aportes...”, cit., págs. 13-14.

- La necesidad de reconocer y evaluar en la mayor medida el *problema* y su *solución, conjeturando* los cursos venideros con las *alternativas* posibles;
- La aspiración de obtener con el *menor costo el mayor beneficio*;
- La vinculación con preferencias personales que, muchas veces, ni el propio sujeto conoce a cabalidad;
- El requerimiento de *experiencia y creatividad*;
- La atención analítica y sintética del *escenario*, de los *sujetos participantes* y sus *vinculaciones* de cooperación u oposición;
- El *pertrechamiento personal* (disponibilidades materiales e inmateriales que incluyen la estructura normativa, la información, la patente de invención, la marca, etc.), los *medios de comunicación y de transporte*, la referencia a la *presencia estatal* (colaboradora o perturbadora) y los *objetivos* (de máxima y mínima);
- Los *móviles*, las *razones alegadas* y la *razonabilidad social*, propia y ajena, etcétera.

En un cierto punto, se vuelve necesario poder evaluar las consecuencias de una decisión. Los economistas suelen hablar de «utilidad», de «ganancias y pérdidas», conceptos elaborados con el fin de considerar unas preferencias³².

En suma, la utilidad del resultado esperado determina la ponderación de éste en el proceso de decisión que debe permitirnos tomar las más acordes con nuestras aspiraciones personales.

2.5. Así las cosas, el proceso de decisión debe combinar la lista de posibles acciones, las consecuencias esperadas de cada una de estas acciones, las probabilidades (expresadas de una u otra forma, aunque con la máxima precisión) de cada una de estas consecuencias y, finalmente, el valor de la Satisfacción o del dolor que produce cada uno de estos resultados a la persona que debe tomar la decisión. En base a todos estos datos, hay que

³² Hay casos sencillos en que las consecuencias positivas pueden medirse directamente en moneda; el objetivo de la decisión puede consistir en maximizar el beneficio neto esperado. Sucede que, a veces, el miedo a perder es para mucha gente una motivación más intensa que la esperanza de ganar. Las decisiones no suelen buscar la riqueza en sí misma sino la satisfacción psicológica que la acompaña, algo a tener en cuenta al evaluar los efectos de una decisión.

calcular el valor esperado o utilidad de cada una de las acciones y elegir la mejor³³.

La síntesis se produce con la idea de utilidad o pérdida *esperada*, al ponderar cada uno de los resultados con su probabilidad: a mayor probabilidad mayor ponderación y menor

2.6. Como bien se ha señalado³⁴, existen *modelos* para la toma de decisión:

- el *modelo economicista*, según el cual es menester considerar el problema y las necesidades en plenitud;
- el *modelo de la racionalidad limitada*, según el cual se opta por la primera posibilidad suficientemente satisfactoria y, a lo sumo, dejando la crítica de lo que se obtenga como enseñanza para nuevos casos;
- el *modelo simplificado de la realidad*, según el cual las decisiones se toman haciendo remisión primaria a las anteriores que resultaron satisfactorias, y
- el *modelo del favorito implícito*, según el cual las preferencias dirigen a una decisión que se jerarquiza, excluyendo en principio las otras posibilidades.

En cualquier caso, la investigación sobre estos *modelos* ha de hacerse a la luz de los resultados de los estudios sobre *complejidad*, «*no linealidad*³⁵» y *sincronicidad* de los que dábamos cuenta antes.

2.7. Se ha dicho que “la elaboración de una estrategia judicial adecuada requiere una consideración comprensiva y armónica de todos los factores relevantes involucrados en el litigio”³⁶.

Aunque más no sea por aguda intuición o por experiencias pasadas, el diestro o viejo abogado sabe que “los pleitos se ganan ganándolos, pero también perdiéndolos”. Son innumerables los casos de pleitos ganados a

³³ “La síntesis se produce con la idea de utilidad o pérdida *esperada*, al ponderar cada uno de los resultados con su probabilidad: a mayor probabilidad, mayor ponderación, y menor si la posibilidad es muy pequeña” (LEWIS, op. cit., pág. 45).

³⁴ Ibídem.

³⁵ Si así se permite la traducción del término «*non-linearity*».

³⁶ CUETO RÚA, Julio César, “Estrategias y tácticas en el proceso civil y comercial”, Buenos Aires, La Ley, 2001, pág. 15.

deudores insolventes³⁷ así como los pleitos perdidos luego de desangrar a la contraparte en el camino...

2.8. Es en esta precisa instancia en que entran a tallar las diversas *tácticas*, cobrando sentidos insospechados si no se enmarcan en una *estrategia global* que evite los *recortes problemáticos*³⁸.

Las *tácticas* se dirigen a lograr los objetivos seleccionados y definidos a través de la *estrategia*.

2.9. La planificación comprensiva del conflicto ha de aspirar a neutralizar el riesgo de desarrollos inesperados pero también a facilitar la introducción de ajustes posibles en el caso conforme a necesidades tácticas³⁹.

Son precisamente las *tácticas* las susceptibles de revisión y modificación ante las circunstancias cambiantes del conflicto⁴⁰.

Sin perjuicio de ello, cabe alertar sobre la tentación de los abogados de ganar ventajas tácticas a expensas de desviaciones de sus estrategias, lo que “no parece ser una medida aconsejable (pues) las alteraciones tácticas pueden perturbar el alcance de los objetivos seleccionados por las partes”⁴¹.

2.10. Otra cosa son los cambios significativos o inesperados en el desarrollo de los acontecimientos. Ellos sí “pueden demandar una revisión crítica de los objetivos del plan estratégico para ajustarlo a la nueva realidad.

³⁷ O, peor aún, los pleitos ganados por el distribuidor contra el productor exclusivo de determinada mercadería. V. también, CIURO CALDANI, “Aportes...”, cit., pág. 15, para quien, “por ejemplo: ganar un pleito puede significar la ruina de una empresa, porque se rompe una relación vital para su desenvolvimiento”.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Cfr. CUETO RÚA, cit., pág. 16.

⁴⁰ Id. íd., pág. 17. El propio autor aclara que “no resulta fácil identificar esos sucesos, de muy variadas características y cambiantes exigencias causales. Así, por ejemplo, el juez a cargo del juicio puede ser promovido a una posición de mayor jerarquía normativa. O una de las partes puede cambiar su estado civil, o trasladar de domicilio a una diferente jurisdicción; un perito puede enfermar, o un testigo puede ser detenido por la autoridad pública...”

⁴¹ Ibidem. Resultan aleccionadoras estas reflexiones: “Las partes no deben sacrificar objetivos estratégicos para obtener, en cambio, ventajas tácticas. Por este cambio de rumbo suele pagarse un elevando precio en términos de tiempo, energía, relaciones y perspectivas. Suelen alterarse la coherencia y la claridad de las medidas adoptadas y se corre el riesgo de una errada interpretación de las cuestiones en juego”.

Por eso es siempre aconsejable introducir mecanismos de ajuste, una suerte de válvula de escape, para hacerse cargo de la modificación introducida”⁴².

Elementalmente, “es posible modificar los objetivos a medida que se saben más cosas, aumentando o reduciendo los niveles de exigencia en base a la experiencia o a medida que se va agotando el flujo de alternativas... es lo que se llama una estrategia *dinámica*”⁴³.

2.11. Finalmente, ha de destacarse el *enfoque estratégico*, según se plantee un plan de *excelencia propia* o bien uno de *relación* con los demás. A su turno, estos enfoques pueden ser de *cooperación* o de *oposición* (enfrentamiento), con sus despliegues *defensivos* y *ofensivos*⁴⁴.

Cada uno de estos *enfoques* tiene características y exigencias que los hacen más o menos aptos conforme a la índole del conflicto y de la relación entre las partes. Por ejemplo, para solucionar el conflicto suscitado entre dos partes con una estrecha y duradera relación comercial es altamente probable que la vía más adecuada sea la negociación, la mediación o, a lo sumo, el arbitraje. En cambio, las cuestiones jurídicas novedosas o la disputa entre partes con poder de negociación notoriamente desigual demandarán, seguramente, la heterocomposición pública (proceso judicial).

2.12. Todavía, será posible conjeturar estrategias propias de cada etapa procesal...

3. Estrategias de cada una de las etapas del proceso

3.1. *Estrategias de la demanda*

En cuanto a las estrategias propias de la etapa procesal de afirmación (*demand*a), nos enfrentamos con una dificultad inicial muy significativa: la falta de un adecuado diseño del proceso de derecho continental para brindar herramientas para una “debida demanda”.

⁴² Id. íd., pág. 18.

⁴³ LEWIS, op. cit., pág. 24.

⁴⁴ Cfr. CIURO CALDANI, “Aportes...”, cit., págs. 15/16.

En efecto, y a diferencia del derecho anglosajón, carecemos del procedimiento denominado “*discovery*”⁴⁵ y, aun, del “*pre-trial*”⁴⁶; a diferencia del proceso penal, no tenemos “una IPP” (“investigación penal preparatoria”). En cualquier caso, de lo que realmente adolecemos es de una información adecuada y suficiente para avanzar una pretensión y exhibir un “caso”. El abogado de derecho continental va al proceso a buscar información; el abogado de derecho anglosajón va al proceso a exponer un caso.

Elementalmente, la falta de información expone al presentante de la demanda a la incertidumbre y a un desproporcionado aumento de riesgos. Ello es particularmente así en un sistema que, al propio tiempo, resulta de gran rigidez preclusiva: se demanda “de una vez y para siempre”⁴⁷.

¿Cómo pueden neutralizarse esos riesgos? Bien que parciales, hay remedios: la astucia en la entrevista con el cliente; la conjeta de escenarios posibles (tanto pasados cuanto futuros); las *diligencias preliminares*⁴⁸ o *medidas preparatorias*⁴⁹, tendientes a demandar eficazmente a partir de la mejor definición de los elementos de la pretensión (quién, contra quién, qué y por qué demanda); las investigaciones privadas, que deben incluir la entrevista a potenciales testigos, la consulta a profesionales expertos en el objeto del pleito y un largo etcétera.

Tomada la decisión de demandar,

3.1.1. Existen posibilidades estratégicas en la decisión de *quién demanda*. Y es que a veces, obviamente dependiendo del caso, tenemos verdaderas *opciones* que conllevan ventajas de alguna índole: menores, insolventes, sujetos con responsabilidad limitada pueden ayudar a reducir o circunscribir riesgos causídicos.

⁴⁵ Sobre el tema, puede v. JOLOWICZ, J.A., “On civil procedure”, New York, Cambridge University Press, 2000, págs. 41 y ss.

⁴⁶ Id. id., págs. 48 y ss.

⁴⁷ Vgr., el artículo 243 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe reza: “Los hechos constitutivos de litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ellas, sea cual fuere la calificación que se les hubiese dado”.

⁴⁸ Artículos 323 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁹ Artículos 390 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

En cualquier caso, es ineludible el análisis y la toma de decisión respecto de todos los institutos procesales vinculados con el actor: capacidad jurídica y procesal, eventual representación necesaria y/o voluntaria, legitimación *ad causam*.

Las hoy muy estudiadas y bastante frecuentes *pretensiones colectivas* plantean complejos problemas de *legitimación extraordinaria* que, asimismo, ofrecen variadas alternativas estratégicas⁵⁰.

3.1.2. *Ante quién demando* (ante qué juez lo hago) es una pregunta que plantea frecuentes problemas y, al propio tiempo, brinda opciones que pueden confluir en el armado estratégico.

El abogado debe preguntarse legítimamente “*qué juez le dará la razón*” y qué margen de maniobra existe para su elección.

Por ejemplo, y en cuanto a la *competencia objetiva*, las leyes procesales suelen prever competencias concurrentes, “a elección del actor”. En los últimos tiempos, las pautas de demandabilidad apuntan a tutelar a sujetos considerados débiles jurídicos, incluyendo en el catálogo de aquéllas “el lugar del domicilio de...” el menor, el alimentado, el consumidor, el trabajador, el vecino (en materia ambiental), etcétera.

Cabe también, y por supuesto, manejar estratégicamente las posibilidades de *prorrogar* la competencia (v., en particular, la *prórroga tácita*)⁵¹.

3.1.3. La elección estratégica del demandado (*contra quién demando*) es viable en las hipótesis de múltiples colegitimados (pasivos). Aparecen entonces diversos criterios de opción: ¿el solvente? ¿el más indiscutiblemente responsable? ¿el domiciliado dónde? ¿el que será fuente de más y mejor prueba? ¿sólo uno, algunos o todos ellos?

La decisión no suele ser sencilla: la presencia de múltiples codemandados aumenta las posibilidades de prueba y efectividad de la condena pero, al propio tiempo, suele entorpecer y demorar el proceso.

3.1.4. El objeto demandado (*qué demando*) exige su adecuada identificación y, en su caso, delimitación.

⁵⁰ Respecto de este tema, puede v. MEROI, Andrea A., “Procesos colectivos. Recepción y problemas”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

⁵¹ Acerca de estos conceptos, puede v. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción...”, cit., primera parte, págs. 157 y ss.

Cabe preguntarse si es *estratégica* la descripción genérica o —más aún— ambigua del objeto pretendido. De igual modo, en las pretensiones dinerarias, la falta de determinación del monto demandado puede obedecer a una real imposibilidad de cuantificación o a otros fines (vgr., eludir el pago de tasas de justicia). En estos casos, debe considerarse la eventual derrota en una excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Desde otra perspectiva, el *objeto de la demanda* puede ser utilizado estratégicamente en función de la *subversión de fines* para las que determinado proceso fue pensado o en función del ocultamiento del real objeto perseguido por el actor.

Por ejemplo, la teoría de conflictos distingue entre *objetivos concretos*, *objetivos simbólicos* y *objetivos trascendentes*⁵². A veces, el actor “dice” que pretende “alimentos” pero, en realidad, “quiere” provocar un “daño” al otro.

En otros casos, se utiliza un proceso colectivo invocando la supuesta tutela de intereses de esa índole (“colectivos”) pero, en realidad, se esconde un interés individual, persiguiendo —quizá— algunas de las ventajas de aquel tipo de proceso (gratuidad, eximición de costas, celeridad, etcétera)⁵³.

Se trata de un hecho frecuente, más allá de los juicios de valor (y eventuales sanciones procesales) que pueda merecer.

3.1.5. La causa de la pretensión (*por qué demando*) continúa suscitando encendidos debates procesales. Este elemento de la pretensión ha sido definido como el fundamento o razón en el que el demandante sustenta su petición de tutela jurídica al órgano jurisdiccional⁵⁴. Para algunos, la *causa petendi* está conformada sólo por el o los hechos que fundan la pretensión; para otros, la *causa petendi* debe integrarse —además— con la calificación jurídica que el pretendiente realiza respecto de tal hecho.

Es ya centenaria la disputa entre los partidarios de la teoría “unitaria”, “sustancialista” o del “concurso de normas”, por un lado, y los partidarios de la teoría “dualista”, de la “individualización” o del “concurso de acciones”⁵⁵. En contra de importante doctrina que limita la *causa petendi* a los hechos,

⁵² V., con enorme provecho, ENTELMAN, op. cit., págs. 99 y ss.

⁵³ Sobre el riesgo de subversión de fines en el proceso colectivo, puede v. MEROI, “Proceso colectivo…”, cit., págs. 304 y ss.

⁵⁴ TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, “Causa de pedir”, en “Enciclopedia Jurídica Básica”, Madrid, Civitas, 1995, vol. I, pág. 963.

⁵⁵ *Rectius*, “pretensiones”.

Alvarado Velloso nos enseña que la causa de la pretensión se descompone en dos subelementos: “el primero de ellos, está constituido por el hecho invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual se convierte en la base o fuente del derecho pretendido; el segundo, es la imputación jurídica que el actor efectúa al demandado con motivo de aquel hecho”⁵⁶.

Los problemas se plantean cuando —como ocurre respecto de un número significativo de supuestos⁵⁷— un mismo hecho admite dos o más imputaciones jurídicas. En cualquiera de las corrientes procesales que nos coloquemos, puede ocurrir que respecto de ciertos casos la individualización inicial de una calificación jurídica habilite opciones estratégicas relevantes:

- a) vías procedimentales diversas, tales como juicio ordinario por cumplimiento contractual *versus* juicio sumarísimo por relación de consumo; juicio ordinario por cumplimiento contractual *versus* juicio ejecutivo por cobro de pagaré; juicio ordinario *versus* amparo, etcétera;
- b) carga de la prueba, que difiere, por ejemplo, en función de afirmar la culpa o el riesgo de la cosa; de fundar la pretensión en el derecho civil o en el derecho del consumidor, etcétera;
- c) plazos de prescripción, notoriamente diversos, por ejemplo, en la responsabilidad contractual y en la extracontractual, en el contrato de transporte, en el derecho del consumidor, etcétera;
- d) exculpantes de responsabilidad, que varían, por ejemplo, en la responsabilidad subjetiva y en la responsabilidad objetiva.

En suma, y según las circunstancias del caso, un abanico de posibilidades para el actor a la hora de definir su estrategia procesal.

3.2. Estrategias de la contestación de demanda

En cuanto a las estrategias propias de la etapa procesal de negación (*contestación de demanda*), ante todo corresponderá que quien se encuentra

⁵⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción...”, cit., primera parte, págs. 103-104.

⁵⁷ Vgr., responsabilidad por daños (un mismo hecho y diversas imputaciones jurídicas: dolo, culpa, riesgo de la cosa, deber de responder por el dependiente; responsabilidad contractual *versus* extracontractual, etcétera), responsabilidad por incumplimiento contractual (contratos de derecho civil o comercial *versus* relación de consumo), incumplimiento de una deuda (cumplimiento de la relación causal *versus* cumplimiento de una relación cambiaria; pretensión ordinaria *versus* pretensión ejecutiva), etcétera.

en esta posición realice un estricto análisis de costo-beneficio en la demora. Ese análisis viene determinado por una serie de factores propios del caso, pero también de la realidad socio-económica y de la ley: situación social/familiar/personal/económica del demandado, economía de pleno empleo o en recesión, procesos inflacionarios, tasas de interés (las que paga y cobra el mercado y las judiciales), leyes arancelarias, y un muy largo etcétera. El cuadro de situación que arroje ese complejo cóctel de factores será determinante para preferir un proceso largo y atiborrado de incidentes y recursos, una discreta defensa o, por supuesto, un oportuno allanamiento.

Y es que el demandado tiene *distintos posibles modos de reacción*⁵⁸: abstención (no comparecer al proceso o no contestar la demanda), sumisión (admitir los hechos pero no el derecho —confesión—, admitir el derecho pero no los hechos —reconocimiento—, someterse a la pretensión —allanamiento—), oposición (mera contradicción o excepción), reconvención.

Si opta por contestar la demanda, todavía podrá adoptar una actitud de “mera negativa” de los hechos afirmados por el actor o, por el contrario, dar una “propia versión de los hechos”. Distintos factores pueden incidir en esta opción: la conciencia de la sinrazón y la decisión por una respuesta austera, la convicción de la propia razón y la voluntad de ganar, la seriedad que implica mostrar que ciertos hechos (ya constatados o de fácil constatación) pueden tener otra explicación plausible, etcétera.

3.3. *Estrategias de la prueba*

En cuanto a las estrategias propias de la etapa procesal de confirmación (*prueba*), son varios los elementos a considerar para la toma de decisión estratégicamente óptima:

- a) la regla del *onus probandi* (carga de la prueba) en el caso concreto y los problemas jurisprudenciales que puedan plantearse (“carga dinámica de la prueba” y eventual sorpresa por su desplazamiento en el momento de dictar sentencia; elementalmente, es imperiosa la pesquisa jurisprudencial para realizar un pronóstico más o menos certero);
- b) la situación de sobreabundancia o de escasez probatoria en el caso, pues la primera nos releva del anterior problema (carga de la prueba) y la

⁵⁸ V. la completísima explicación de ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Sistema Procesal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. I, págs. 220 y ss.

- segunda lo pone en el eje de la discusión;
- c) los casos de prueba difícil y las opciones por prueba indiciaria;
 - d) los elevados costes de ciertas medidas probatorias (particularmente, la prueba pericial) y los riesgos de cargar con los gastos causídicos;
 - e) la duración del período probatorio y la definición de a quién favorece y a quién perjudica su eventual clausura “reglamentaria”, etcétera.

3.4. *Estrategias de los alegatos*

En cuanto a las estrategias propias de la etapa procesal de conclusión (*alegatos*), por impertinente que suene, quizá el mayor desafío actual sea lograr que los jueces lo lean. Más allá de *usus* judiciales inmodificables, claramente un alegato bien organizado y bellamente escrito concitará mayor atención que otro rutinario, repetitivo o totalmente prescindible.

Si bien el objeto del alegato es la ponderación de los medios probatorios producidos (y de las lagunas o casos de falta de prueba) a la luz de las afirmaciones de la causa, no es infrecuente que los litigantes aprovechen esta instancia procesal para otros fines estratégicos.

Particularmente en el caso del actor, es la oportunidad que tiene de rebatir la “versión de los hechos” o los argumentos jurídicos del demandado en la contestación de demanda (para lo cual careció de una “duplica” o “réplica”, conforme a los modernos códigos procesales).

También y más allá del destino final del intento, el alegato puede utilizarse para redireccionar las postulaciones en función de los resultados (o de la falta de resultados) probatorios, alterar la calificación jurídica, salvar omisiones de la etapa afirmatoria, etcétera.

3.5. *Estrategias de los recursos*

La impugnación de resoluciones judiciales desfavorables puede ser un legítimo derecho incluido en la garantía del debido proceso, la actitud acrítica de un profesional que no soporta perder o la decisión estratégica de alongar el pleito. En cualquier caso, no debiera perderse de vista que —en recurriendo— puede perderse la *estrategia global del pleito*. Para un análisis profundo y completo es menester tener presente los objetivos *inmediatos* y *mediatos* de toda actividad procesal.

La toma de decisión estratégicamente óptima en el ámbito recursivo debe incluir una sesuda exploración en torno a:

- a) el tiempo y la decisión de recurrir, tanto el de la propia parte como el de la parte contraria (¿a favor y en contra de quién juega el tiempo?);
- b) el coste y la decisión de recurrir, incluyendo un *coste judicial* (típicamente, tasas judiciales, honorarios e intereses) y el *coste extrajudicial* (vgr., renta percibida o dejada de percibir del bien objeto del litigio, obsolescencia de los bienes, etcétera); en ambos casos, tanto el de la propia parte como el de la parte contraria;
- c) las chances de éxito y la decisión de recurrir, con una adecuada investigación que brinde un panorama doctrinario y jurisprudencial sobre la cuestión y —no menos importante— la conjectura acerca de la decisión del tribunal revisor (ya designado) o acerca de quiénes pueden llegar a ser el tribunal revisor⁵⁹.

3.6. *Estrategias de los accidentes e incidentes procesales*

A esta altura, fácil es colegir que estos análisis estratégicos pueden replicarse respecto de otros accidentes e incidentes procesales⁶⁰: medidas cautelares, excepciones previas, incidentes de impugnación y de nulidad, etcétera.

Más allá de algunas especificidades propias que merecerían otro trabajo⁶¹, lo común a todos ellos podría resumirse en un ya señalado⁶² tropiezo habitual del abogado: la tendencia (a veces, tentación irresistible) de distraerse en ventajas tácticas, perdiendo de vista la estrategia. Puede pagarse muy caro.

4. Conclusiones

A nadie escapa el escenario ideal que brinda la solución de conflictos (en general) y el proceso (en particular) para los despliegues estratégicos.

⁵⁹ De nuevo, puede haber alternativas estratégicas (vgr., recursar a algún juez de cámara).

⁶⁰ Acerca de su distinción y conceptualización, puede v. ALVARADO VELLOSO, “Sistema...”, cit., t. II, págs. 151 y ss.

⁶¹ En especial, el manejo estratégico de las *medidas cautelares*. Al respecto, puede v. el excelente trabajo de LAPENTA, Eduardo Víctor, “Aportes para la comprensión de la dinámica del proceso judicial”, en “Cartapacio”, N° 6, 2003.

⁶² V. *supra*, N° 2.9.

Creemos que resulta valioso encarar el estudio científico de la estrategia en la toma de decisiones de cada una de las alternativas que se presentan cuando nos enfrentamos a un conflicto y a la necesidad de su solución.

Tanto las visiones no reduccionistas del Derecho cuanto el conocimiento acabado de las categorías que brinda la teoría general del proceso constituyen herramientas fundamentales en esta empresa.

UNA APROXIMACIÓN A LA ESTRATEGIA CONTRACTUAL^(*)

NOEMÍ LIDIA NICOLAU^()**

Resumen: En este trabajo se analiza la estrategia como pilar fundamental de la negociación contractual que, a su vez, constituye una de las principales herramientas del Derecho contractual de este tiempo. Se reconoce la necesidad de una estrategia jurídica macro para la ordenación del Derecho contractual dentro de un sistema jurídico y para la organización de las relaciones jurídicas dentro de la empresa comercial. En ese diseño se recomienda contemplar la vinculación Derecho, Economía y Políticas públicas y considerar especialmente las nuevas modalidades que las empresas emplean en su constitución y en su actividad comercial. Asimismo se trata la estrategia contractual micro necesaria para la celebración, ejecución y extinción de los contratos en particular. Se hace breve referencia a las aptitudes que debe poseer la persona que diseña la estrategia contractual y se explica que en ella puedan desarrollarse tácticas defensivas, ofensivas y hasta “tácticas de guerrilla”. Por último, se alude a la estrategia pedagógica que urge poner en práctica para mejorar el proceso de enseñanza - aprendizaje del Derecho contractual.

Abstract: This paper analyzes the strategy as a cornerstone of contractual negotiation that, in turn, is one of the main tools of Contract Law nowadays. It recognizes the need for a macro legal strategy for management of Contract Law within a legal system and for the organization of the legal relationships within the business company. In this context, it is important to watch the linkage between Law, Economics and Public Policy and to especially consider the new modalities that companies employ in their constitution and in its commercial activity. This paper also studies the micro contractual strategy that is necessary for the signing, performance and expiration of contracts in particular. It makes brief reference to the skills that the person who designs the contract strategy should possess and explains that in it, defensive and offensive tactics and even “guerrilla tactics” can develop. Finally, it refers to the pedagogical strategy that should be soon implemented to improve the teaching and learning of Contract Law.

Palabras clave: contrato – estrategia – negociación – empresa

Key words: Contract – Strategy – Negotiation – Company

1. En este trabajo se abordarán algunos aspectos de la negociación contractual vinculados a la estrategia y las tácticas, incluyéndose, asimismo, breves consideraciones respecto a la estrategia jurídica macro, relacionada con el denominado Derecho de los contratos y con su enseñanza. Incorporamos estos dos últimos aspectos porque nos parece acertada la afirmación acerca de que “*la estrategia posee sentido “macrojurídico”*” y que debemos reasumir ese sentido que ha sido “*dejado demasiado en manos de economistas y políticos*”, con detrimento de lo que corresponde aportar desde el mundo jurídico¹.

Entendemos la estrategia jurídica “*como la ordenación de los medios para lograr el objetivo general de Derecho perseguido y a la táctica jurídica como los medios específicos para el cumplimiento de esa estrategia*”². Tanto una como otra tienen enorme relevancia en materia contractual.

Por lo general la estrategia que se emplea en la vida social entre los particulares se estudia e investiga vinculada a la organización empresarial y a la negociación de los administradores de empresas y empresarios, pero no se ha advertido lo suficiente acerca de lo que significa para la práctica profesional del abogado. Si bien pueden encontrarse trabajos vinculados a la estrategia y práctica procesal son escasos los que se dedican a la práctica de la negociación y la estrategia jurídica en materia contractual³.

* Elaborado en base a la clase dictada en el Curso teórico práctico sobre Estrategia jurídica, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, julio 2012.

** Investigadora de la Carrera del Investigador científico de la Universidad Nacional de Rosario. Centro de Investigaciones de Derecho civil – Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario. Córdoba 2020 – 2000 Rosario teléfono 0341-4405600 interno 170, E-mail: noemi@nnicolau.com.ar.

¹ CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estrategia Jurídica”, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, UNR Editora, Rosario, 2011, pág. 96.

² Idem.

³ Acerca de la negociación p.v. FISHER, Roger - PATTON, Bruce M. - URY, William, “Si, de acuerdo. Como negociar sin ceder”, trad. Eloísa Vasco Montoya, Edit. Norma, 1985; BEIGNIER, Bernard, “La conduite des négociations”, en “La negociation du contrat, Colloque organisé le 19 mai 1998”, Université des sciences sociales de Toulouse I, RTD com., 51 (3), juill-sept. 1998, pág. 463; ROJOT, Jacques, “La gestion de la négociation”, en “La negociation du contrat”, op.cit. pág. 451; NICOLAU, Noemí Lidia,

Como se dijo, en torno al denominado Derecho de los contratos deben desarrollarse estrategias para lo macro, es decir, estrategias de política legislativa o judicial para adaptar la normativa a la realidad contractual de hoy. Mucho más frecuente es la elaboración de estrategia para lo micro, en referencia a los medios que deben emplearse para la mejor negociación de los contratos que se celebran en la vida de una empresa o de una persona individual. En cuanto a la estrategia para la enseñanza de esta materia a los profesionales del derecho es una preocupación que viene presentándose en los últimos tiempos a los docentes de grado y posgrado. A continuación puntualizaremos algunas ideas básicas para el estudio de esta temática.

2. La estrategia contractual exige, como toda estrategia, ciertas aptitudes en la persona que debe diseñarla. Sea que se trate de una estrategia para lo macro como para lo micro, quien se ocupa de ella tiene que tener una enorme apertura a la realidad unida a un claro sentido de las oportunidades, fuerte apego a la razonabilidad, proceder de buena fe, información completa del área de que se trate, posibilidad de vincularla con el todo, creatividad para resolver los obstáculos que se le presenten, aptitudes de un buen negociador y capacidad para adoptar decisiones en el momento adecuado para hacerlo⁴.

Como es habitual, a mayor complejidad de la cuestión a resolver, será mayor la exigencia de aptitudes y habilidades que se le exijan al estratega. No requiere la misma agudeza estratégica la negociación de un sencillo contrato de locación de inmueble urbano que, sin duda, también la requiere, que un complejo contrato de transferencia internacional de tecnología de larga duración.

Según los especialistas, el diseñador de la estrategia puede situarse en el futuro, en el pasado o en una posición razonable. Si se ubica en el futuro

⁴ “La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas”, en “Lexis Nexis. Jurisprudencia Argentina”, 2002-IV, pág. 1058.

⁴ CIURO CALDANI, op. cit., pág. 102, afirma que “El abogado necesita una correcta estrategia jurídica que le permita participar lúcida y eficazmente en las estrategias de las otras áreas de la vida social que, por el contrario, sin esa capacidad puede llegar a trabar o a servir en exceso. Para alcanzar los objetivos superiores del Derecho y de la política en general, el jurista ha de ser diestro y eficiente”, debe tener no solo erudición sino creatividad y audacia.

organiza sus tácticas para concretar aquello que piensa, si se sitúa en el pasado toma entonces esos patrones para alcanzar su objetivo, mientras que si adopta la postura más razonable se coloca en posición intermedia: aprovecha el pasado con miras al futuro. El pasado será generalmente su propia experiencia, aunque puede ser la experiencia ajena bien aprehendida, el futuro ha de ser lo que piensa el propio estratega, pero confrontado con las posibilidades reales de lograrlo.

3. En cuanto a la estrategia para lo macro jurídico en materia contractual es la que utiliza el buen estadista cuando pretende aplicar sus principios en la vida económica de la sociedad. Puede verse, por ejemplo, lo que sucedió en nuestro país durante la organización nacional con el dictado de nuestros códigos de Derecho Privado que están *claramente vinculados a la estrategia del grupo entonces dominante*⁵. Otro caso paradigmático es la promulgación del Código civil de la Unión Soviética que fuera dictado apenas instalado el nuevo régimen en la Unión de Repúblicas socialistas soviéticas, para adaptar su Derecho civil a la estructura marxista leninista del nuevo Estado, aun cuando debieron utilizarse los conceptos de los viejos juristas⁶.

En estos tiempos, el Derecho de los contratos exhibe una tendencia clara hacia la globalización, que es el fruto de una estrategia para lo macro muy bien organizada y sostenida en el tiempo con tácticas suficientemente puestas en práctica. Se propicia alcanzar amplios despliegues de la autonomía privada y se expande la figura de la negociación. Para sus postuladores el alfa y omega de la contratación es la *lex mercatoria*, por lo que la estrategia consiste en que el Estado guarde silencio y los negocios internos e internacionales, se rijan por las decisiones de los comerciantes.

Todo ello evidencia que, una vez más, la estrategia jurídica está desplazada al ámbito de la economía y quizás, también, de la política. El estratega se ha situado en el futuro y pretende olvidar el pasado que, en este campo, es el derecho estatal codificado civil y mercantil. Se pretende abandonar la estrategia de los grandes estadistas de otros tiempos como Napoleón o Sarmiento, quienes pensaban el Derecho como instrumento fundamental pergeñado por el Estado para la vida cotidiana de los pueblos.

⁵ Idem., pág. 13.

⁶ DAVID, René, “Tratado de Derecho civil comparado”, trad. Javier Osset, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, pág. 314.

Frente a eso, desde otras perspectivas, los juristas proponen una estrategia diferente para encauzar la globalización contractual. Consideran que si bien deben superarse los derechos contractuales internos, hay que impedir que los negociadores internacionales del comercio fijen el derecho consuetudinario, para lo cual hay que abocarse a proyectar un sistema contractual en base a principios jurídicos. De esta manera el estratega se sitúa en el futuro pero no reniega de los patrones del pasado. En esta línea pueden verse la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, el Código europeo de los contratos, elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos, coordinado por el profesor Giuseppe Gandolfi, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, elaborados por la denominada Comisión Lando, e, inclusive, los esfuerzos de juristas latinoamericanos que trabajan este tema⁷.

En cuanto a las tácticas que cabe aplicar en la estrategia jurídica macro de este tiempo parece imprescindible vincular el Derecho de los contratos con la Economía y las políticas públicas. En esa línea se advierte que es nocivo modificar la legislación interna con recepción indiscriminada de modelos extraños y que, en cambio, hay que propiciar la elaboración de un derecho interno que tienda a la aplicación de los usos y costumbres nacionales.

A esos fines, el nuevo derecho contractual debe tener en cuenta la influencia que tienen sobre el régimen general de los contratos las nuevas estrategias macro empresariales. Los negocios contractuales están estrechamente vinculados al mundo de la empresa, de manera que sus estrategias y tácticas deben encontrarse en sintonía con sus estrategias globales. Por ejemplo, las empresas han abandonado, en gran medida, la masificación negocial pura, como fue conocida a mitad del siglo pasado, ya no tienen un único modelo de contrato por adhesión. En las entidades financieras no tienen ya todos sus productos crediticios estandarizados, sino que pueden ofrecerlos adaptados a la necesidad de cada cliente⁸. No es posible, por tanto,

⁷ P.v., NICOLAU, Noemí L., “La armonización del Derecho en América Latina: posibilidad de un marco normativo de principios en materia de Obligaciones y contratos”, en “Roma e America, Diritto romano comune. Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina, Roma, Italia, 2009.

⁸ “En otro orden y más grave aún, aparece el problema de la desmasificación --real o aparente-- del contrato. Los actuales sistemas brindan la posibilidad casi infinita de

tratar esta realidad de los negocios con conceptos pergeñados para responder a una estrategia de mercado fundada sólo en la masificación.

Otro supuesto en el que se aplica lo que venimos exponiendo se muestra en la moderna estrategia macro empresarial que induce, con frecuencia, a que las empresas para su organización institucional abandonen el modelo societario y adopten formas contractuales. La estrategia macro-jurídica debe poner entonces la mira en los contratos de colaboración como herramientas institucionales atendiendo a los problemas que pueden suscitarse por el desplazamiento de la personalidad jurídica.

Por supuesto, la estrategia contractual macro debe vincular el Derecho de los contratos con el Derecho laboral que, a su vez, tiene su propia estrategia. La economía de un país requiere coordinación entre las estrategias contractuales empresariales y las estrategias laborales, en especial las vinculadas a las convenciones colectivas de trabajo y a los contratos individuales.

4. Antes de abordar el diseño de una estrategia contractual para lo micro cabe preguntarse si vale la pena detenerse en ese trabajo que en algunas áreas de la actividad del mercado requiere, inclusive, del trabajo de expertos. La respuesta de los empresarios es categórica, sostienen que haber definido una estrategia contractual para sus diversos negocios ofrece ventajas importantes porque permite alcanzar mayor seguridad jurídica en sus relaciones con clientes y proveedores, detallar los compromisos adquiridos, preparar relaciones amigables y favorables en caso de conflictos y poner en concreto la relación interpersonal entre las personas vinculadas a la empresa⁹.

traducir una misma estrategia de comercialización en múltiples expresiones (negocios individuales, diferentes pero coherentes entre sí), de modo instantáneo. También, la informática por sí, o en conjunción con la robótica permite, o está al borde de hacerlo, que un mismo producto o servicio --que antes era estandarizado en pocas variantes-- pueda ofrecerse con una configuración distinta para cada consumidor, con las correlativas diferencias de precio y condiciones”, ACCIARRI, Hugo, “Contratos clásicos y predispuestos: el contrato como estatuto”, en “La Ley”, 1995-E , pág. 280.

⁹ ¿Porqué utilizar una estrategia contractual en tu empresa?
http://es-es.facebook.com/permalink.php?story_fbid=270442996357661&id=137718986296730., 4-3-2013.

En nuestra opinión la estrategia jurídica contractual en una empresa es uno de los medios para concretar la estrategia global que se ha propuesto como operadora en el mercado. Por ello, quien la elabore debe conocer con certeza las metas y los caminos que se ha propuesto la empresa, el perfil de sus integrantes, y el de los proveedores y clientes a los que se dirigirá.

Al momento mismo de la constitución de la empresa es imprescindible una estrategia contractual acertada, es decir que, quienes la constituyen deben tener claro qué es lo que persiguen, por ejemplo, si pueden realizar aisladamente sus proyectos para lo cual podrán celebrar un contrato constitutivo de una sociedad o resulta preferible aunar esfuerzos con otros, celebrando contratos de colaboración. Guyenot con referencia a las agrupaciones de interés económico o “grupos de interés económico” regulados en el derecho francés, dice que, cuando varios empresarios deciden constituir un grupo con otras empresas se presenta allí una aventura excitante que consiste en diseñar una estrategia que no tiene por finalidad dotar de beneficios al grupo sino que, empleando medios coordinados en el grupo, les permita obtener una rentabilidad de sus negocios que no podrían esperar en forma aislada.

En concreto, quien se aboque a la tarea de pergeñar la batería de contratos para una empresa que, como se dijo, deberá estar integrada por los ya clásicos modelos de contratos para ser celebrados por adhesión deberá también adicionar contratos que permitan una personalización de los negocios. En cada caso habrá que evaluar cuál es el tipo contractual más adecuado a las necesidades de los contratantes, si se recurrirá a contrato típico o se elaborarán modelos atípicos, teniendo en cuenta no sólo los aspectos y ventajas jurídicas sino las económicas, entre las cuales se destacan los aspectos tributarios.

Al momento de la selección de los modelos contractuales que se tomarán como herramientas de la estrategia global es imprescindible hacer un estudio cuidadoso del tipo contractual que seleccionado en tanto sea eficiente para prever el futuro y lograr una distribución equilibrada de riesgos que, como es sabido, es una de las funciones más importantes del contrato.

En esa tarea de selección del tipo si se opta por aquel que resulta más ventajoso para una parte y abusivamente perjudicial para la otra se está ofreciendo un flanco que, con facilidad, podrá ser atacado en el futuro. Por ejemplo, para comercializar unidades a construir en propiedad horizontal se suele ofrecer de manera confusa su adquisición a los consumidores en un

marco en el que la estrategia contractual previó la constitución de un fideicomiso que coloca como fiduciante a quienes pagan sus cuotas creyendo ser simplemente compradores que no tienen por qué asumir el riesgo del negocio. Esa estrategia en nuestro país resulta, sin duda, ventajosa para la empresa oferente de momento, pero implica un riesgo latente, pues podría suceder que los consumidores que hayan adherido al fideicomiso sin estar suficientemente informados sobre la realidad y los riesgos de su contratación, planteen en el futuro la recalificación del contrato suscripto.

La estrategia contractual sólo será exitosa si quienes aplican los contratos diseñados son negociadores preparados que conocen la técnica de la negociación y están imbuidos de los fundamentos de la estrategia global de la empresa y de su contratación. Si no se cuenta con buenos negociadores puede fracasar la mejor estrategia contractual. Quienes tengan a su cargo concretar la estrategia contractual organizada deberán ser entrenados en las técnicas de negociación y en la denominada teoría de los juegos¹⁰.

Por otra parte, en la estrategia contractual micro es necesario, igual que en la estrategia global de la empresa, tener sumo cuidado con los cambios de estrategia, pues deben ser bien fundados, después de un detenido análisis de los perjuicios y los beneficios, en especial, el impacto que puede tener en la relación con los cocontratantes. No se puede virar la estrategia de manera sorpresiva e irreflexiva.

Toda estrategia contractual debe fundarse en comportamientos probos. Los estrategas y quienes aplican los contratos deben formarse en el principio de buena fe lealtad para proceder de buena fe en la captación del futuro del contrato y en la distribución de los riesgos. Se puede ser un hábil estratega, un buen negociador y ser decente¹¹. La buena fe y la diligencia son siempre necesarias entre las partes. En ese sentido es muy ilustrativo el caso que llegó al tribunal supremo de Neuquén en el que se planteó un problema entre un mandante, que cambió su estrategia en la negociación con su deudor, y su mandatario, a quien no se le informó la variación con la diligencia propia de

¹⁰ Acerca de la teoría de los juegos y sus aplicaciones a la resolución de cuestiones sociales p.v. BILBAO, J.M. - FERNANDEZ, F.R., "Avances en teorías de juego con aplicaciones económicas y sociales", Universidad de Sevilla, 1998, <http://www.esi2.us.es/~mbilbao/pdffiles/libro.pdf>, 4-3-2013.

¹¹ Con estas dos últimas palabras concluyen su libro FISHER – PATTON - URY, op. cit., pág. 171.

la buena fe y continuó actuando en mérito a las órdenes recibidas originariamente¹².

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que la estrategia contractual en un marco global empresario tiene importancia al momento de juzgar las responsabilidades empresarias, cuando expresa que para evitar daños en la contratación, a mayor riesgo debe diseñarse una estrategia similar a una delicada filigrana¹³. En el mismo sentido se ha señalado con acierto, respecto a la negociación de un complicado contrato de fideicomiso inmobiliario que el desarrollador, que puede no ser parte del contrato, tiene que tener una estrategia muy cuidadosa¹⁴.

No sólo el encargado de negociar los contratos debe tener cualidades especiales, quien elabora la estrategia debe contar también con la experticia necesaria. Debe ser un profesional con conocimientos y habilidades suficientes para lograr seleccionar al momento de las tratativas previas el tipo contractual más adecuado a los fines perseguidos por los contratantes y redactar los contratos con el mayor cuidado posible atendiendo a las instrucciones que la parte o las partes le hayan proporcionado. El profesional del derecho abocado a esa tarea no puede prescindir del consentimiento de quien realizó el encargo, para lo cual debe proporcionar toda la mayor

¹² El tribunal en su sentencia consideró que una contraorden impartida por el mandante fue sorpresiva para el mandatario al ser justamente lo contrario al objeto encomendado, lo que demuestra un proceder poco convencional por parte del mandante que dista del trato especial que se crea entre abogado y cliente, Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, Cooperativa Telefónica y otros Servicios Públicos y Turísticos de San Martín de los Andes c. Vita, Daniel Enrique, 03/11/2008, en LLPatagonia 2008 (diciembre) , 564.

¹³ Dice la Corte que la participación de las entidades financieras como vendedoras o compradoras de algunas clases de derivados en ciertas operatorias complejas “hace presuponer la implementación de una sofisticada estrategia en el manejo de riesgos, de manera que la pérdida que pudiese resultar de una determinada operación puede estar cubierta por otros contratos o por circunstancias individuales que la ponen a resguardo. Es, precisamente, la elevada especialización que se presupone en estos agentes lo que determina que resulten aplicables a su actuación los principios establecidos por el art. 902 del Código Civil (Fallos: 308:2461)”, CSJN., Johnson & Johnson de Argentina S.A. CEI c. Deutsche Bank S.A. s/cumplimiento de contrato, 24/05/2011, en “La Ley”, 2011-C , pág. 415.

¹⁴ LISOPRAWSKI, Silvio - DEL SEL, Juan María, “Responsabilidad del "developer" en el fideicomiso inmobiliario”, en “La Ley”, 2008-A , pág. 652.

información detallada y explicada para que aquél elija la estrategia y los contratos que le resulten más satisfactorios.

Con miras a diseñar la estrategia, además de los profesionales intervenientes, no puede omitirse considerar la situación de las partes. Por lo general, la parte fuerte tendrá su estrategia pergeñada de antemano, por tanto quien debe precaverse es el débil¹⁵, es el que debe asumir que para lograr sus objetivos deberá superar en sus tácticas la fortaleza de la otra parte, si fuera posible, aunque nadie puede garantizarle el éxito¹⁶. En cuanto a las partes del contrato interesa señalar que los problemas de estrategia se dificultan cuando se trata de partes contractuales plurisubjetivas, pues si en un centro de interés hay pluralidad de personas, se presentarán numerosas cuestiones al momento de acordar una estrategia, dado que resulta imprescindible negociar primero en el interior de la parte plural.

En la redacción de un contrato el primer cuidado estratégico debe ser el análisis profundo de la complejidad de la relación jurídica que se trata de normativizar por cuanto, a mayor complejidad debe recurrirse a una mayor minuciosidad en la redacción de las cláusulas, lo cual no significa mayor número de cláusulas. Por ejemplo, la redacción de un contrato de unión transitoria de empresa o cualquier otro contrato de colaboración semejante, como se trata de organizar el funcionamiento de un grupo de larga duración, necesariamente deberá ser puntillosa y previsora, sin embargo, en materia económica, el contrato debe ser liberado de la carga que implican las cláusulas que no son necesarias en lo que a la regularidad del grupo se refiere porque de lo contrario carece de la flexibilidad necesaria y está expuesto a modificaciones frecuentes con las dificultades que ello puede acarrear en la armonía del grupo¹⁷. Por otra parte, en la redacción de contratos típicos se incluyen muchas veces enorme cantidad de cláusulas que, en definitiva, resultan perjudiciales a las partes porque crean el riesgo adicional de aumentar la eventualidad de incoherencias en el texto del

¹⁵ Es muy interesante la investigación de BELLEY, Jean-Guy, “Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle : une étude de cas”, “Les Cahiers de droit”, 37, 1, 1996, págs.. 37-50. Cita on line: http://id.erudit.org/iderudit/043377ar_4-3-2013.

¹⁶ FISHER – PATTON - URY, op. cit., pág. 114.

¹⁷ GUYENOT, Jean Pierre, “Grupos de interés económico y grupos europeos de cooperación: una tipología redaccional del contrato y del reglamento interno”, en “Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales”, IV , pág. 493.

contrato y no son más que normas ociosas porque ya están previstas en la legislación supletoria.

Durante la ejecución del contrato es relevante hacer uso de una buena estrategia, tanto para el supuesto de cumplimiento como de incumplimiento. Hay que saber qué exigir frente a un incumplidor solvente o uno insolvente. Optar por la renegociación de un contrato o por su extinción implica también emplear una adecuada estrategia, pues puede resultar más conveniente negociar una rescisión amigable haciendo concesiones mutuas, que una resolución con efectos más rigurosos.

Respecto a las conductas tácticas pueden encontrarse, inclusive, en una estrategia contractual. El abogado con experiencia conoce que es posible practicar tácticas defensivas, ofensivas y hasta tácticas de guerrilla. En estos casos los límites estarán siempre fijados por la buena fe lealtad y el abuso de derecho. Por ejemplo, en los contratos de colaboración las partes fuertes suelen aplicar la táctica de guerrilla. El concedente, franquiciante o distribuido, cuando pretenden rescindir unilateralmente sin causa y sin indemnización un contrato de larga duración vigente comienzan a aplicar una táctica de guerrilla que consiste en el asedio permanente a la parte débil, no le proveen mercadería, exigen garantías que es sabido no pueden ofrecer, interrumpen la ayuda crediticia, etc. En estos casos los tribunales han considerado que se trata de prácticas o tácticas abusiva, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Como es sabido, la publicidad, el marketing y la información son cuestiones prioritarias en las relaciones de consumo. En todas ellas es imprescindible elaborar una estrategia adecuada con tácticas que los especialistas conocen en demasía. Por ejemplo, en nuestra opinión ha existido en el marketing comercial una táctica de guerrilla que el denominado Derecho del consumidor ha podido contrarrestar un tanto. Se trata de las campañas publicitarias agresivas que incluyen medios de comunicación oral y escrita a los que se suma envío domiciliario del producto y respuesta postal paga. Los artículos 8 bis y 32 a 35 inclusive de la ley 24240 limitan y en algunos casos prohíben esas prácticas destinadas a acosar al consumidor predisponiéndolo para adquirir de modo compulsivo productos o servicios.

Es interesante, además, considerar la estrategia que resulte más apropiada según la modalidad contractual de que se trate, por ejemplo, si se trata de contratos negociados o predispuestos; contratos tipos o conexos. En los primeros, deberá adecuarse según el caso particular, en cambio, en los

predisuestos corresponde elaborar la estrategia contractual en estricta correspondencia con la estrategia global de comercialización de la empresa, de modo que habrá una estrategia en la redacción, en el perfeccionamiento de cada contrato predisuelto y en la capacitación del personal. En el contrato tipo hay que aplicar tácticas para la negociación de igual a igual y en la conexidad negocial habrá que pensar en una estrategia adecuada a la red de contratos.

Las estrategias empleadas en las redes contractuales han sido duramente juzgadas en una sentencia de la Cámara Nacional comercial: “Esta Sala con la misma óptica, valora que -en determinadas situaciones- las estrategias jurídicas de las nuevas estructuras empresarias ponen en tela de juicio los actuales mecanismos de atribución jurídica y de responsabilidad, los que, en ocasiones, y merecen una readecuación a la realidad socio-económica, fundamentalmente, en relación con la concepción formal del concepto de la empresa y de las operaciones contractuales, que va más allá de la forma jurídica de las manifestaciones externas para llevar a una concepción funcional del negocio jurídico. Así pues, se ha destacado la tendencia a hacer responsables a otros sujetos o a otras empresas que no revisten carácter de contratantes directos y con los que los adquirentes formalmente no contratan, pero que sin embargo participan de esa actividad y comparten un mismo interés económico (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 13.05.09, lo dicho en el voto de la Dra. Míguez, in re "Vázquez Amadeo c/Fiat Auto Argentina S.A. y otro s/ordinario")¹⁸.

En otro juicio el tribunal en relación a las redes de concesionarios, trayendo una certeza afirmación de otra sentencia suya, afirma que “es sabido que en una economía competitiva, el productor puede exigir del revendedor algo más que garantías profesionales, cuando tiene una estrategia a nivel de mercado, a condición de no incurrir en violaciones al principio de razonabilidad, buena fe y abuso del derecho”¹⁹.

Deberá variarse la estrategia según los caracteres del contrato, según se trate de negociar un contrato de cambio o de colaboración, un contrato de ejecución inmediata o de larga duración, gratuito u oneroso, comutativo o aleatorio.

¹⁸ CNCom., sala A, Hock, Ruben Miguel y otro c. Circulo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados, 16/03/2010, en La Ley Online, AR/JUR/12435/2010.

¹⁹ CNCom, sala B, Sadaco S.A. c. Peugeot Citroen S.A. (ex Sevel Argentina S.A.) y otros, 03/09/2010, La Ley Online, AR/JUR/53380/2010.

5. Por ultimo, parece oportuno referir a la estrategia pedagógica requerida para mejorar los logros en la enseñanza del Derecho de los contratos. Esta asignatura se encuentra por lo general ubicada al promediar la carrera de abogacía, de manera que los estudiantes deben poseer conocimientos instrumentales que les permiten acceder de una manera más vasta al manejo de los contratos.

En nuestra opinión los objetivos generales de la materia deben ser contribuir a que el estudiante pueda comprender la moderna concepción del contrato ubicándola en su contexto histórico y social, propiciar la formación de un abogado práctico que sepa participar del ajedrez de la negociación y de un graduado en derecho que sepa poner la materia contractual no solo en el mundo de los negocios sino en el contexto de las políticas públicas, de la economía, y de las cuestiones sociales.

Para el logro de los objetivos señalados entendemos que la mejor estrategia pedagógica es aquella que facilite la comprensión durante todo el proceso de enseñanza aprendizaje que, en definitiva, importa lograr la capacidad e inclinación a usar lo que uno sabe cuando actúa en el mundo²⁰. Sin duda las técnicas o tácticas concretas pueden ser muy variadas pero deben estar directamente vinculadas a cada grupo de estudiantes involucrados en el proceso de enseñanza aprendizaje.

6. En síntesis, si la estrategia es la ordenación de los medios para lograr un objetivo y el contrato es el mejor instrumento para alcanzar los objetivos de una empresa y, en especial, para distribuir equitativamente los riesgos, el estudio de la estrategia jurídica debe convocar a los profesionales del derecho.

²⁰ STONE WISKE, Martha (comp.), “La enseñanza para la comprensión”, Bs. As, Paidós, 1999.

ALGUNOS APORTES PARA ELABORAR UNA ESTRATEGIA JURÍDICA EN EL MERCOSUR DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS MINISTERIOS DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS PARTE

ALICIA M. PERUGINI ZANETTI^(*)

Resumen: Se trata de estrategias pasadas y futuras de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR (RMJM o la Reunión). Se las encuadra en marcos institucionales, jurídicos, políticos, económicos. Requisito previo a la planificación son los estudios comparados de Constituciones Nacionales, tratamiento de los tratados internacionales, competencia de ministerios de justicia y aspectos puntuales de derechos privados y públicos de la Región. Se propicia ampliar las competencias de la RMJM: incorporar cuestiones que hacen el Acceso a la Justicia de los particulares al Tribunal de Asunción; investigaciones puntuales como la precisión de la cláusula democrática y el alcance del término “suspensión” del país que la vulnera. Se propone que, en caso de discrepancia en la interpretación de Protocolos y Acuerdos sea la misma RMJM la que interprete (con sentido decisorio). Se promueve la vinculación de la Reunión con las Cortes de Justicia para realizar un seguimiento de los Protocolos y Acuerdos: obstáculos a la aplicación, dificultades en la interpretación, necesidad de reformas o nuevos acuerdos.. Compromiso de profundizar la incorporación de normas mercosureñas y de controlar su vigencia simultánea. Ante la multiplicidad de fuentes vigentes respecto de un mismo tema se manifiesta la conveniencia de realizar unificaciones precisas para contribuir a la seguridad jurídica. Asegurar el profesionalismo y la estabilidad de quienes negocian tratados. Incorporar nuevas tecnologías para efectivizar el proceso a distancia. Continuar con los Protocolos y Acuerdos sobre jurisdicción internacional.

Abstract: The paper is about the MERCOSUR Justice Ministry Meetings (MJMM). It refers to past and future juridical strategies. Institutional, juridical, political and economic frame. Comparative studies about National Constitutions, relationships between treaties and the internal law and others. Justice Ministries comparative competences. Institutional: i.e. access to Justice for private enterprises. Political: i.e. Democracy clause and results. MJMM must have the authority for

^(*) Dra. Alicia Perugini Zanetti. E-mail: eduardo4conesa@gmail.com

interpretation protocols and treaties. Professional competence and stability of the civil service in charge of negotiating the treaties. Incorporation of modern technologies to implement international legal trials by Internet and videoconferences: Coordination of activities between Supreme Courts and the MJMM in order to control the application of Protocols and Treaties. MJMM proposals about internalization of regional rules and ensure simultaneity of enforcements. Continuity in the process for making treaties on international jurisdiction, among others.

Palabras clave: Mercosur – Reunión Ministros Justicia – Protocolos – Acuerdos – Interpretación - Acceso a la justicia – Tribunal del Mercosur – Cláusula democrática – Suspensión – Estabilidad negociadores

Key words: Mercosur – Justice Ministry Meetings - Treaties - Protocols – Interpretation - Access to Justice - Democracy clause and results - Process for making treaties

I. Introducción

Antes de entrar en el tema es preciso realizar algunas aclaraciones previas.

Se utilizará el término Estrategia no tanto en el sentido de pericia o destreza sino en el de planificación. Es desde esta perspectiva que se analizará la programación o estrategia pasada para pergeñar la futura.

La segunda aclaración se refiere a la delimitación del alcance de lo “jurídico”. Se recuerda que generalmente se menciona a lo jurídico como contrapuesto a lo educativo, cultural, religioso, económico, comercial, social o político, entre otras posibilidades. Esta restricción no se compadece con la realidad: hay un “jurídico” para cada una de dichas perspectivas. Por ejemplo, el “hecho” educativo se “valora” y se elabora una “norma referida a la educación”. Desde una perspectiva trialista “lo jurídico” está integrado por hecho, valor y norma. Desde un ángulo ontológico primero apareció el hecho, luego su valoración y del “diálogo” de ambos surge la norma (descripción de los hechos y la consiguiente reglamentación).

De ahí que sea necesario advertir que – salvo excepciones - el escorzo elegido para este trabajo aborda, principalmente, lo normativo en sus

fuentes formales. Y, además, abarca cuestiones que generalmente competen a los Ministerios de Justicia.

Se estima, además, que ninguna estrategia o planificación es posible sin conocer los marcos institucionales, jurídicos, políticos, orgánicos, personales, funcionales con los que se debe y puede operar. En lo que sigue se comenzará con los “Marcos” (II) para abordar, finalmente, las Estrategias (III).

II. Marcos de referencia

El primer marco que aparece es el orgánico o institucional. El MERCOSUR posee una organización y cualquier proyección jurídica habrá de respetarla.

(1) – Marco institucional del MERCOSUR¹

1. a. La República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay suscribieron el 26 de marzo de 1991 el **Tratado de Asunción**, creando el Mercado Común del Sur, (**MERCOSUR**). El Tratado prevé el establecimiento de una unión aduanera - arancel externo común - y la adopción de una política comercial común. La profundización del arancel externo común y del libre comercio, conllevan al Mercado Común. En realidad el Mercado Común del Sur previsto en 1991 se lograría progresivamente con la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos y el arancel externo común.

Al Tratado de Asunción lo sigue en jerarquía desde la óptica institucional el Protocolo de Ouro Preto. En Diciembre de 1994 se aprobó en Ouro Preto (Brasil) este Protocolo Adicional al Tratado de Asunción. Establece la estructura institucional del MERCOSUR y lo dota de personalidad jurídica internacional. Se adoptaron los instrumentos fundamentales de

¹ SOTO, Alfredo Mario - GONZÁLEZ, Flavio, “Manual de Derecho de la Integración”, Bs. As., La Ley, 2011; MOYA DOMÍNGUEZ, María T., “Derecho de la Integración. MERCOSUR. Instituciones y Fuentes – Unión Europea y Comunidad Andina- Estudio Comparado”, Buenos Aires. Ediar, 2006; Para mas información sobre la estructura institucional visitar www.mercosur.org

política comercial común que rigen la zona de libre comercio y la unión aduanera. Se crea la Comisión de Comercio. Trata, también, de las fuentes MERCOSUR y, aunque rudimentariamente, de la incorporación de normas mercosureñas al derecho interno.

1. b. Para lograr las finalidades y objetivos del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto con el correr del tiempo se fue dotando al MERCOSUR de diversos organismos sin que las innovaciones alteren profundamente la organización que previeron las dos fuentes mencionadas.

Se podría decir que el MERCOSUR reconoce una estructura institucional estricta y una amplia.

1. b. a. Panorámicamente expuesta la estructura institucional estricta que cuenta para el presente trabajo es la siguiente: a)- El Consejo del Mercado Común (CMC) es el más alto órgano y tiene la conducción política. Está integrado por los Presidentes de las Repúblicas y los Ministros de Relaciones Exteriores y Economía de los cuatro Estados Parte (con Venezuela hoy serían cinco Miembros)²; b)- El Grupo Mercado Común (GMC) integrado por funcionarios de Relaciones Exteriores y Economía de los cuatro Estados Parte y vela por el cumplimiento de todas las fuentes mercosurianas. Es el órgano que centraliza todo el “conocimiento del MERCOSUR” e influye por ello mismo en el CMC; c) La Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), integrada por funcionarios y personas especializadas, tiene una función predominantemente técnica. Estos órganos tienen capacidad decisoria y competencia legislativa y su producido – Decisiones, Resoluciones y Directivas, respectivamente –son fuente de derecho del MERCOSUR.

Acompañan al proceso de integración – entre otros órganos – El Parlamento del MERCOSUR, aprobado por ley 25.146 (ex Comisión Parlamentaria Conjunta); el Foro Consultivo Económico-Social (FCES); la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, con sede en Montevideo (SAM).

Desde el ángulo jurídico - institucional se recuerda también al Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR,

² La secretaría Administrativa del MERCOSUR incluye a Venezuela como Miembro Pleno.

suscripto en Olivos, (Provincia de Buenos Aires), el 18 de febrero de 2002, ratificado por la Argentina mediante ley 25.663. El Protocolo de Olivos crea el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) con sede en Asunción. Se recuerda también al Tribunal Laboral Administrativo y al Centro MERCOSUR de Estado de Derecho.

Acerca de si los órganos del MERCOSUR son intergubernamentales (internacionales) o supranacionales no hay opiniones coincidentes en la Argentina. Empero, puede estimarse que tienen características combinadas y complejas, puesto que formalmente son internacionales y teleológicamente “supranacionales”.³

1. b. b. Desde una perspectiva amplia el MERCOSUR está integrado por muchos organismos. Entre ellos, la Reunión de Ministros de Justicia creada en base a la armonización de legislaciones dispuesta en la última parte del artículo 1º del Tratado de Asunción. Precisamente, para cumplir ese cometido la primera Reunión del Consejo del Mercado Común por Decisión N° 8/91 del 17 de diciembre de 1991 creó la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR (RMJM o la Reunión). La Decisión N° 1/95 mantiene -entre otras confirmaciones – a tal Reunión. Está integrada por los Ministerios de Justicia o equivalentes de los cuatro Estados Parte. La Reunión tiene su propio Reglamento (MERCOSUR/GMC/RES. N° 9/94—RMJ/Acuerdo N° 1/94.).

A los fines de colaborar con las Reuniones de Ministros y canalizar las tareas a realizar, se creó la Comisión Técnica de las Reuniones de Ministros de Justicia del MERCOSUR (CTRMJM), integrada por funcionarios de los Ministerios de Justicia y de Relaciones Exteriores de los Estados Partes (CT-RMJM). Las reglas de trabajo se encuentran en el Reglamento mencionado en el párrafo precedente.

La RMJM es relativamente autónoma: elige sus temas, se auto convoca y se expide mediante Protocolos o Acuerdos. Como se ha dicho, si bien no integra puntualmente la estructura institucional estricta del MERCOSUR, pertenece a la estructura amplia y acompaña fuertemente el proceso integrador. Generalmente se reúne cada seis meses. La Reunión es

³ No cabe otra interpretación pues el Tratado de Asunción habla de Mercado Común. Se ha dicho que el MERCOSUR es una organización a mitad de camino de lo internacional hacia lo supranacional, ver GUARDIA, Ernesto de la, “Derecho de los Tratados Internacionales, Bs. As., Ábaco, 1997.

convocada por el Ministro del Estado que tiene la presidencia *pro tempore* del MERCOSUR y es quien preside el semestre.

1. c. Desde el punto de vista institucional, con la RMJM no se creó un órgano legiferante en el sentido que lo es el Consejo y en algunos casos la Comisión de la Unión Europea. El cometido de armonizar las legislaciones hay que hacerlo con la estructura y competencias que se tiene en cada país. Aunque en el MERCOSUR hay varios órganos cuyo producido es fuente de derecho (**1. b. a.**), en el presente trabajo se dará preferencia, como se dijo, a la actividad realizada por los Ministerios de Justicia de los cuatro Estados Parte originarios.

1. d. La tarea legislativa de la RMJM originaria se ha visto modificada por varios Acuerdos de Complementación Económica (ACEs) celebrados por el MERCOSUR. Los primeros fueron con Bolivia (ACE No 36) y Chile (ACE No 35). Ambos de 1996. Más adelante se firmó un Acuerdo Complementación Económica entre la Comunidad Andina de Naciones y el MERCOSUR (ACE 56). Por este Acuerdo se asociaron las Repúblicas de Colombia, Ecuador, Perú, la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia. Esta última reafirmó el vínculo que la ligaba al MERCOSUR y su incorporación como Miembro pleno está pendiente.

Las incorporaciones requirieron algunas adecuaciones. Inicialmente se dictaron, por ejemplo, las Decisiones del CMC Nº 14/96 “Participación de Terceros Países Asociados en Reuniones del MERCOSUR” y Nº 12/97 “Participación de Chile en Reuniones del MERCOSUR”. Estas normas organizaron las modalidades en la participación de los nuevos integrantes en las reuniones de diversos órganos del Mercado Común. También hay reglas especiales para la participación de terceros países en las diversas Reuniones de Ministros, entre las que se encuentran los de Justicia.⁴

1. e. -En el año 2006 solicita ingresar como quinto miembro pleno la República Bolivariana de Venezuela. Los Parlamentos de la Argentina,

⁴ GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico”, actualizado por Alicia M. Perugini Zanetti, 10^a. edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Cap II.

Brasil y Uruguay aprobaron el ingreso de Venezuela. Empero, como en el MERCOSUR se requiere consenso para la toma de decisiones, la falta de aprobación de parte del Paraguay impedía su admisión. Ahora bien, a raíz de los acontecimientos por todos conocidos el Congreso paraguayo destituyó al Presidente por medio de un juicio político. El resto de la comunidad mercosuriana interpretó que la destitución parlamentaria era, en realidad, un golpe institucional y suspendió al Paraguay, invocando la cláusula democrática. Se interpretó, entonces, que habida cuenta de la mencionada suspensión, no había obstáculo alguno para la incorporación de Venezuela.

(2) – Marco jurídico del MERCOSUR

Los órganos mencionados en (1) fueron creados por medio de tratados y, a su vez, habilitan para la generación de nuevas fuentes.

A semejanza de lo que se dijo respecto de una estructura institucional en sentido estricto y otra en sentido amplio, también se puede reconocer un marco jurídico en ambos sentidos. En el sentido estricto, hay que distinguir las normas primarias de las derivadas. Su alcance se limita al MERCOSUR y, en algunos casos, a los Estados Asociados. Todas ellas apuntan a las finalidades, objetivos, organización, misiones y funciones para la obtención de la integración.

El marco amplio refiere a las diferentes instituciones de enclave del MERCOSUR.

2. a. Marco Jurídico en sentido estricto. Conforme a la clásica denominación que la doctrina dio a las fuentes de la hoy Unión Europea hay que reconocer a las normas primarias y a las derivadas.

2. a. a. Normas primarias. Dentro del marco jurídico comunitario en sentido estricto y como norma primaria - se halla el Tratado de Asunción de marzo de 1991 que crea el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Podrían también catalogarse fundacionales y asimilables a las norma primarias los Protocolos de Brasilia, de Ouro Preto, de Olivos. Aunque no se los analizará en este trabajo cualquier estrategia jurídica habrá de tenerlas en cuenta.

2. a. b. Normas derivadas. Son aquellas que tienen origen en la estructura y fuentes creadas a raíz de las normas primarias. Así, las Decisiones emitidas por el Consejo del Mercado Común (CMC), Resoluciones formuladas por el Grupo del Mercado Común (GMC), las Directivas pronunciadas por la Comisión de Comercio (CCM) y cualesquiera otras instituciones productoras de normas que directa o indirectamente se vinculan con el MERCOSUR. Los laudos del llamado Tribunal de Asunción – aunque su competencia nada tiene que ver con la que tiene el Tribunal de Luxemburgo (de las Comunidades o de la Unión Europea) – habrán de respetarse cuando corresponda por las circunstancias del caso.

2. b. Marco Jurídico amplio. De entrada hay que recordar que el MERCOSUR es un sujeto del Derecho Internacional.

2. b. a. Se encuentra enmarcado como Acuerdo de alcance Parcial de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y de la ALADI.

Muchos de los problemas que hacen a las finalidades y objetivos de la OMC como la libre circulación de bienes, servicios, capital y trabajo, la disminución drástica de los aranceles y de las medidas para-arancelarias constituyen también parte del objeto del MERCOSUR.

En lo específico, las fuentes de la OMC tienen jerarquía superior a las del MERCOSUR. La aseveración se funda en dos disposiciones por las cuales no se aplica la cláusula de la nación más favorecida. La primera, es el artículo XXIV del GATT (hoy OMC), que autoriza los acuerdos regionales y las zonas de libre comercio como excepción al principio fundamental de no discriminación, partiendo de la base de que los acuerdos no tienen forzosamente efectos desfavorables para los intereses de terceros países. Se exige que los bloques sean abiertos.⁵

La segunda es la denominada “cláusula de habilitación” convenida en noviembre de 1979 como parte de los resultados de la Ronda Tokio. Sus disposiciones permiten a las partes contratantes del GATT conceder un trato

⁵ De la autora del presente trabajo ver “El MERCOSUR Jurídico entre la Globalización y la Regionalización” en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social N° 24 del 2000. Universidad Nacional de Rosario.

diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, a pesar del requisito de no discriminación.⁶

2 .b. b. Como se dijo en (1. d.)-, el MERCOSUR tiene varios Estados Asociados con los que se han firmado varios Acuerdos de Complementación Económica (ACEs). Esta situación hace no sólo al marco institucional sino también al jurídico. Desde distintos puntos de vista la incorporación de los Estados Asociados es altamente positiva. Estados Asociados es altamente positiva. Son varios los que han adherido a Protocolos y Acuerdos elaborados en la RMJM, como el de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional civil, Comercial, Laboral y Administrativa y el de Asistencia Penal, por ejemplo. La ampliación de las personas en la negociación de los Acuerdos fue y es enriquecedor por el aporte de las ideas. Los problemas que se detallarán más adelante (III.3.d) hacen a lo que – se estima - errores en la política sobre el funcionamiento entre el MERCOSUR y los Estados Asociados y no se debe interpretar en desmedro de lo valioso de la ampliación.

2. b. c. Dentro del marco jurídico amplio hay que tener en cuenta también a los centros productores de normas jurídicas: la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y especialmente la UNCITRAL; la Organización de Estados Americanos (OEA), en especial el Comité Jurídico Interamericano y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (DIPr.); la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (La Haya); la UNIDROIT y cualquier otro centro productor de normas.

3. Marco político del MERCOSUR

Para que se advierta la importancia de esta perspectiva se recuerdan los efectos que algunos acuerdos políticos alcanzados han tenido, en los hechos, en la Región. Se mencionarán sólo algunos.

⁶ Inicialmente se pretendió presentar al MERCOSUR en el GATT invocándose la cláusula de habilitación bajo el paraguas de la ALADI pero al mediar observaciones de los países industrializados acerca de las características del MERCOSUR se justificó su tratamiento bajo el procedimiento del artículo XXIV del Acuerdo General, que comprende el caso de las Uniones Aduaneras.

3. a. Los cuatro Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile constituyeron el "**Mecanismo de Consulta y Concertación Política**". Permite unificar posiciones comunes de alcance regional que van más allá de lo económico y comercial.

3. b. También se recuerda a la "**Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR**", así como el **Protocolo de Adhesión de Bolivia y Chile** a dicha Declaración fuera elaborada en la X Reunión del Consejo del Mercado Común (San Luis, 25 de Junio de 1996). Se realizó la importancia de las instituciones democráticas, "condición indispensable para la existencia y el desarrollo del MERCOSUR."

3. c. No menos importante desde la perspectiva de la Argentina fue la **Declaración de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile** reafirmando su respaldo a los legítimos derechos de la República Argentina en la disputa de soberanía sobre la cuestión de las Islas Malvinas. Tratado en la X Reunión del CMC mencionado arriba.

3. d. La cuestión democrática reaparece en la Reunión del Consejo del Mercado Común de julio de 1998. Los presidentes de los Estados Parte del MERCOSUR y de las Repúblicas de Bolivia y Chile firmaron el "**Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático**", en el que reitera el compromiso democrático. Además, se reafirma que la democracia es una condición de la integración.

3. e. La "**Declaración Política del MERCOSUR, Bolivia y Chile como zona de Paz**" compromete a los seis países en la no beligerancia como elemento esencial para la integración regional. Para el logro de este alto objetivo se acordó fortalecer los mecanismos de consulta y cooperación sobre temas de seguridad y defensa existentes entre sus países y promover..." su progresiva articulación y realizar esfuerzos conjuntos en los foros pertinentes para avanzar en la consolidación de acuerdos internacionales orientados a lograr el objetivo del desarme nuclear y la no proliferación en todos sus aspectos."

3. f. También pertenece al marco político lo que se llamó "El Relanzamiento del MERCOSUR" del año 2000). Tuvo entre sus objetivos

fundamentales reforzar la Unión Aduanera. Se prevé la coordinación de las políticas económicas nacionales. Se reconoció el rol central que tienen la convergencia y la coordinación macroeconómica asegurando conductas previsibles y no perjudiciales para los socios. Se propuso lograr la adopción de políticas fiscales que aseguren la solvencia fiscal y de políticas monetarias que garanticen la estabilidad de precios.

Se estableció que las modificaciones tendientes a proteger sectores productivos deban ser consensuadas entre los Miembros: menos discrecionalidad y más coordinación. Se pretendió tener una política comercial común que apunte a fortalecer los procesos de apertura e inserción en los mercados mundiales que, hasta ese momento, realizaban los cuatro socios individualmente. Los “...elementos enunciados precedentemente - mayor compromiso, certidumbre en la estructura arancelaria, no aislacionismo de los flujos de comercio internacional y salto cualitativo -, se logra reducir el riesgo para invertir en el MERCOSUR y, por lo tanto, se fomentan nuevas inversiones de empresas regionales y extranjeras, que tratan de aprovechar las ventajas y los atractivos del mercado ampliado...”

Los Estados Partes decidieron priorizar el tratamiento de las siguientes temáticas: (a) acceso al mercado; (b) agilización de los trámites en frontera (plena vigencia del Programa de Asunción); (c) incentivos a las inversiones, a la producción, a la exportación, incluyendo las Zonas Francas, admisión temporaria y otros regímenes especiales; (d) arancel Externo Común; (e) defensa Comercial y de la Competencia; (f) solución de controversias; (g) incorporación de la normativa MERCOSUR; (h) fortalecimiento institucional del MERCOSUR; (i) relaciones externas.

3. g. Tiene un sello marcadamente político la creación - a raíz de un proyecto brasileño - de la Comunidad Sudamericana de Naciones (UNASUR) a partir de la unión del CAN, el MERCOSUR y Chile. Hay que tener en cuenta, entonces, la Declaración de Cuzco del 8 de diciembre de 2004, basada en la Resolución 59 del XIII Consejo de Ministros de ALADI del 18 de octubre de 2004. La suscribieron: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Venezuela y Uruguay. La primera Secretaría *Pro Tempore* la ejercería la República del Perú.

3. h. También hay que recordar la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), que tiene como uno de sus cometidos

supervisar la democracia en los países miembros.⁷

3. i. Un efecto político de proporciones se produjo con la destitución que el Congreso paraguayo hizo del Presidente Lugo. Los restantes países mercosureños suspendieron al Paraguay, por un lado, e incorporaron a Venezuela por otro. Se recuerda que el único país que no había aprobado la incorporación de Venezuela al MERCOSUR era el Paraguay. Todo ello como consecuencia de la aplicación de la cláusula democrática y la interpretación por parte del resto de los Estados MERCOSUR de que se trató de un golpe de Estado institucional.

4. Marco Económico

La integración busca básicamente el desarrollo económico por la vía de la división del trabajo, la especialización, la competencia, la ampliación del mercado, las economías de escala. Una de las finalidades de toda integración es mejorar el nivel de vida de los pueblos y promover la mejor distribución del ingreso.

Dentro de los objetivos deberá asegurarse que los países de menor desarrollo económico relativo tengan igualdad de oportunidades en relación a aquellos más avanzados.

En un marco de integración los países habrán de coordinar sus políticas macroeconómicas, particularmente cambiarias, monetarias y fiscales para consolidar el crecimiento y atenuar las fluctuaciones económicas. Se podrá establecer, adicionalmente, mecanismos de mercado tendientes a equilibrar el comercio entre ellos.

Además, en el planeamiento de las inversiones internas públicas y privadas de cada país se deberá dar prioridad a aquellas obras de infraestructura económica que favorezcan la integración.

Uno de los cometidos resaltados en el Tratado de Asunción fue la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, cometido que

⁷ Recientemente el Presidente chileno Sebastián Piñera pasó la presidencia *por tempore* al presidente cubano Raúl Castro. (Ver “Raúl Castro, custodio de la democracia...”, artículo de Santiago A. Cantón publicado en La Nación el martes 29 de Enero de 2013, sección Opinión, pág. 19).

desapareció formalmente en las fuentes posteriores al Protocolo de Ouro Preto y reapareció varios años después.

III – Estrategias Jurídicas (pasadas y futuras)

En los primeros tiempos del MERCOSUR - y como presupuesto para planificar la estrategia jurídica de los Ministerios de Justicia de la Región - fue preciso realizar tareas previas de reconocimiento. Había que fundamentar la actividad legisladora de dichos Ministerios. Fue ineludible quehacer comparar las organizaciones ministeriales propias y ajenas en general y las competencias de los Ministerios de Justicia en particular. Otra inexcusable labor fue la comparación de derechos. Tampoco se podía avanzar sin aclarar el alcance del término “armonización” del artículo 1º del Tratado de Asunción que “legitima” la competencia de los Ministerios de Justicia. Se requería conocer los medios con que se contaba para alcanzar los fines y las facilidades y obstáculos normativos y personales. La tarea realizada en los primeros años echó las bases a partir de la cual operar y – con las adecuaciones debidas - es de ineludible referencia para la estrategia jurídica futura.

1.

El reclamo de la armonización de las legislaciones es más complejo de lo que parece y hubo que comenzar con la “armonización de los Ministerios de Justicia”. En efecto, para avanzar en la selección de temas se estudió, analizó y comparó las incumbencias de los Ministerios de los cuatro Estados Parte comprometidos en el proceso de integración.

1. a. Para ello había que estar en claro sobre la propia competencia. Desde la perspectiva argentina se estudió la ley de Ministerios y la orgánica del Ministerio de Justicia de la Nación. Las competencias aparecían muchas veces superpuestas con la de otros Ministerios argentinos. Es decir, determinados problemas aparecían en dos, tres o más ministerios. La pista la daban dos términos, “entender” y “participar”. El primero significa que el Ministerio de Justicia tiene la responsabilidad primaria. El segundo que esa institución acompaña forzosamente la labor de otros Ministerios.

1. b. Uno de los principales obstáculos que se advirtieron fue respecto a las diferencias de competencias y responsabilidades que cada Ministerio mercosuriano tenía. En efecto, se detectaron desigualdades en las incumbencias o responsabilidades primarias. Tal el caso del Ministerio de Educación y Cultura de la República Oriental del Uruguay que es el que se encarga de muchas de las cuestiones que en los demás Estados competen a los de Justicia. En Paraguay el Ministerio de Justicia comprende, asimismo, el de Trabajo. En el Brasil es Ministerio de Justicia y Seguridad. En la Argentina las incumbencias son fluctuantes, pero al tiempo de creación de la Reunión, era sólo Justicia. Como se recuerda después incluyó Seguridad, luego agregó Derechos Humanos. Ahora nuevamente Justicia y Derechos Humanos.

1. c. Las diferencias impactan en la selección de los problemas a ser regulados. Por ejemplo, el Brasil propuso como tema – acorde con la incumbencia del Ministerio de Justicia brasileños - la protección del consumidor cuestión que está muy bien regulada en ese país. La Argentina no podía aceptarlo pues la responsabilidad primaria se encuentra en el Ministerio de Economía (lo cual habla a las claras de la importancia que se da al consumidor en nuestro país). Más adelante, la Argentina propuso como tema a la RMJM la validez internacional del documento electrónico. Al Ministerio de Justicia del Brasil se le hacía difícil aceptarlo pues la cuestión era de competencia del Ministerio de Tecnología. Otro problema llevado a la mesa de trabajo fue el de traslado de personas condenadas en un Estado al país de su nacionalidad. Esta vez fue el Uruguay el que rechazaba la propuesta pues el problema pertenecía al Ministerio del Interior.

En síntesis, las diferentes incumbencias y responsabilidades han tenido mucho que ver en la selección de los temas a tratar en el marco de la Reunión, pues lo que es responsabilidad primaria para el Ministerio de Justicia de un Estado puede no entrar dentro de las incumbencias del Ministerio de otro Estado.

1. d. La cuestión de las competencias internas y las diferencias de responsabilidades era una cuestión poco fácil de “armonizar”. Se presentaron algunas ideas para superar estas diferencias. La primera de ellas, propugnaba demandar una reestructuración de los Ministerios, a través de decretos del respectivo poder competente, generalmente los Poderes Ejecutivos. Otra vía de solución, más realista, y que tuvo algún éxito fue la de la concertación de

acuerdos internos entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio competente de tal modo que puedan trabajar coordinadamente. Uruguay dio el ejemplo al acordar entre los Ministerios trabajar conjuntamente el problema del traslado de las personas condenadas. En el camino hubo que eliminar muchas propuestas sumamente interesantes que presentaban los distintos Ministerios según sus prioridades, pues no compatibilizaban las áreas de incumbencia

La concurrencia de competencias según los ámbitos constituye un problema común a todos los países y no sólo a los del MERCOSUR. Sólo que en este caso es menester trabajar coordinadamente.

1. e. También era inevitable comparar los derechos fundamentales de los Estados Parte. No es posible llevar adelante ninguna estrategia jurídica sin conocer los contenidos programáticos y orgánicos de las Constituciones Nacionales. También se tornó necesaria la comparación del tratamiento de la jerarquía entre las convenciones internacionales y el derecho interno. Por último, elegido los temas conforme a las necesidades de la Región había que echar una ojeada al tratamiento del problema en los derechos internos.

1. e. a. El margen de “maniobra” posible - en cuanto a cuestiones llevadas a la negociación – tendrá que adaptarse a los contenidos de las Constituciones Nacionales. Había que identificar con precisión la regulación de las integraciones, el régimen de reformas de la Constitución, la jerarquía entre Tratado y ley interna, los bienes inalienables de cada Estado, el tratamiento al extranjero, las competencias internas, entre otros tantos temas.

De la comparación de las constituciones nacionales surge una gran asimetría con la Constitución brasileña. Desde lo orgánico – institucional sólo la Argentina y el Paraguay contienen normas precisas sobre la integración. En la CN argentina la delegación de competencias a órganos “supranacionales”, exige que tal delegación se realice en condiciones de reciprocidad e igualdad. Normas de tenor semejante tiene la Constitución paraguaya. En cambio el Brasil y el Uruguay contienen una referencia genérica: se procurará lograr integraciones.

En lo económico, la Constitución brasileña dispone que todos los recursos naturales del Brasil son inalienables. Una norma de este calibre no la tiene la Argentina. Ello significa que el Brasil como Estado Brasil como Estado o las sociedades brasileñas pueden acceder a nuestros recursos naturales. Empero la Argentina y los demás Estados se encuentran impedidos por

una cláusula de la Constitución brasileña de acceder a los bienes brasileños.

En lo personal, la Constitución brasileña no admite la extradición de los nacionales y no hay una cláusula equivalente argentina. Además, Brasil tiene un sistema de reforma de su Constitución flexible, mientras que el sistema argentino es rígido. Durante la presidencia de Fernando Enrique Cardozo se reformó la Constitución brasileña y el gobierno argentino expuso al Presidente su preocupación por las asimetrías apuntadas. Pese a ello no fueron objeto de tratamiento.

Sólo algunos ejemplos de las múltiples diferencias entre las Constituciones.

1. e. b. Relación jerárquica entre las convenciones internacionales y fuentes de origen interno. De gran significación para todo proceso de integración es el tratamiento de convenciones, acuerdos, tratados formales y no formales y Protocolos en relación al derecho interno. La Constitución Nacional argentina (CNA) establece en el artículo 75 inciso 22 que los tratados prevalecen sobre las leyes. Recoge así lo preceptuado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸, que dispone que un Estado no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27).⁹ La Convención de Viena de 1969 rige también para Paraguay y Uruguay, no así en el Brasil que, por lo menos hasta hace muy poco tiempo, no la había ratificado.

1. e. c. En el funcionamiento de los tratados la Argentina hace ya muchos años adoptó la tesis monista con supremacía del Derecho Internacional. No así el Brasil que no varió su tesis dualista. Esta posición obstaculiza la incorporación de tratados al requerir firma, aprobación legislativa, ratificación y nueva aprobación por el Poder Ejecutivo para

⁸ Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Viena 23 /05/ 1969 Fue aprobado por ley 19.865)

⁹ En ese sentido también se pronunció la Asamblea General de las Naciones Unidas (art. 13 Resolución de la Asamblea General. O.N.U. No. 375/IV/1949) según la cual todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional y no puede invocar disposiciones de su propia Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir con su deber. El Estado incurre en responsabilidad internacional por el incumplimiento.

hacerla vigente en el país.¹⁰ Otro problema de envergadura es la “homologación”¹¹ que la legislación brasileña exige para la cooperación internacional y que estaba en cabeza del Supremo Tribunal Federal (hoy la competencia es del Superior Tribunal de Justicia).¹²

1. f. La “armonización” de legislaciones del artículo 1º última parte del Tratado de Asunción era un término clave.¹³ Aclarar su alcance es, en parte, posterior a la identificación de los problemas a ser regulados. Primero se revela el problema, luego se opta por una solución y por último se cuestiona acerca de la modalidad – como se verá más abajo – que habrá de elegirse para elaborar la norma. En lo que sigue se da por sentado que se parte del organismo correcto, es decir el que tiene competencias para hacerlo.

Antes de seguir adelante hay que aclarar que conforme a la voluntad de los autores del artículo 1º, la armonización prevista preveía sólo los problemas que se suscitan con el libre comercio y la unión aduanera. ¡Se asombraron cuando advirtieron cuán lejos de su voluntad había llegado la mentada palabra! Siguiendo a Werner Goldchmidt se puede decir que no se respetó la interpretación histórica. Empero conforme diría el maestro había carencias normativas que era menester integrar.¹⁴

1. f. a. La armonización es un concepto amplio – y por ello indeterminado – que requiere ser precisado. Para comenzar puede enfocárselo desde

¹⁰ GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes”, 6ª. edición, Buenos Aires, Depalma, 1978. Capítulo de las fuentes.

¹¹ SARACHO CORNET, Teresita N., “Medidas Cautelares en Procesos de Integración. El Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR”, en “MERCOSUR – Unión Europea. Cooperación Jurídica Internacional. Sentencias y Laudos Extranjeros. Exhortos – Medidas Cautelares. Derecho Comunitario. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.”, RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, Organizador y compilador. Intercontinental editora. ECSA – AL, European Community Studies Association – América Latina, págs. 179 y ss. Acerca de la homologación ver págs. 182 – 183.

¹² Competía al Supremo Tribunal Federal “la homologación de las sentencias extranjeras y la concesión del exequatur a las cartas rogatorias, que pueden ser conferidas por el reglamento interno a su Presidente”. Hay jurisprudencia al respecto. Site www.stj.gov.br

¹³ GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional Privado” cit., Numeral 33 e.

¹⁴ Ver GOLDSCHMIDT, “Introducción Filosófica al Derecho”, l. c. Capítulo del funcionamiento de las normas.

diferentes ángulos. Se parte de la idea de que el concepto de armonización no excluye el de unificación, antes bien, lo comprende: ¡se puede armonizar unificando! Es conveniente, entonces, echar un vistazo al alcance de esta expresión.

1. f. a. a. La unificación involucra que normas de idéntico contenido rijan en todos los Estados Partes. Pueden unificarse normas sustantivas civiles, comerciales, laborales, administrativas, constitucionales.

* La unificación de normas sustantivas, a su vez, podrían serlo en su totalidad – un Código Civil o Penal. Esta sería una tarea sumamente ardua y no hay que perder de vista la experiencia europea: los países mantienen, en principio, sus respectivos derechos sustanciales.

* También se puede unificar algún problema específico, como podría serlo la elección de algunos de los principios claves en efectos y consecuencias de los contratos: *pacta sunt servanda y rebus sic stantibus*.¹⁵

1. f. a. b. Ante un caso de derecho privado con elementos internacionales también se pueden unificar normas de conflicto. Como se recuerda, resuelven un problema mixto indirectamente – la mayor parte de las veces -. Para ello se utiliza una norma indirecta o de conflicto que conduce a un derecho aplicable. La circulación de bienes y servicios origina conflictos mixtos, es decir, involucran a más de un Estado. La creciente y progresiva movilidad en el ámbito del MERCOSUR requiere de normas que distribuyan la aplicación del derecho de aquel país con el cual el caso tenga más significativos contactos. Por otra parte es mucho más dócil la unificación de las normas indirectas o de conflictos porque respetan la singularidad dentro de la diversidad.¹⁶

¹⁵ NICOLAU, Noemí L., “El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”, publicado en “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani”, en ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (dir.), Carlos A. Hernández., Bs. As., La Ley, 2005, págs. 423 y ss.

¹⁶ Ver de la autora del presente trabajo: “Algunos Aportes para la Integración Latinoamericana a través del Derecho”, en Actas del Congreso sobre Unidad Latinoamericana. Cartagena, Colombia 1986. Se puso de realce la ductilidad del Derecho Internacional Privado como instrumento de la integración.

1. f. a. c. También pueden ser objeto de unificación las normas procesales internacionales. Este camino ha sido, precisamente, el que se llevó a cabo en la primera etapa de la Reunión de Ministros de Justicia (1991 – 2004) y que ha dado sus frutos (III.3. e., III 3. f. y III 3. i.)

También se puede unificar normas procesales de carácter interno, como por ejemplo, las que hacen a los plazos o a los términos, o –aunque se discute si es sustancial o procesal- a la prescripción.

1. g. La armonización y la unificación, a su vez, pueden instrumentarse ya sea a través de tratados, o mediante la elaboración de leyes modelo que adoptarán los países, o sencillamente por una decisión unilateral de cada Estado de imitar algún texto normativo de otro. Este último ha sido un método utilizado en muchos países en los que se ha recurrido a los derechos estimados ejemplares mediante imitación con el recurso a las fuentes. Basta ver en nuestros códigos y leyes la influencia que la normativa de otros Estados ha tenido.

La adopción de uno u otro procedimiento implica formalidades diversas para su elaboración y consecuencias diversas en su aplicación. Un Tratado obliga, mientras que la adopción interna de una norma por otra de un texto único modelo, o el mejor derecho de un Estado, en principio no compromete al Estado que lo adopta.

1. h. La armonización exige un estudio previo comparativo. De ésta surgirá si las diferencias existentes son sustanciales o implican solamente diferentes determinaciones o precisiones de principios semejantes. Del análisis, por ejemplo, de la materia contractual, se pueden principios diferentes que alteran profundamente la solución. Puede pensarse en el problema de las responsabilidades por incumplimiento y en el tratamiento que se le da al abuso del derecho, al caso fortuito o fuerza mayor, o a la lesión enorme. En última instancia al juego de los principios latinos de “*rebus sic stantibus*” y “*pacta sum servanda*”.

1. i. La armonización tiene como objetivo que las normas de los Estados integrados no adolezcan de una asimetría tal que beneficie a unos Estados *in totum* en detrimento de otros. Ello significa impedir el “negocio del derecho” generalizado y abusivo. En realidad, en el mundo económico –comercial, el interés económico y la conveniencia es un imperativo esencial,

aceptable y que requiere respaldo. Empero, cuando los particulares, por ejemplo, constituyen sociedades o realizan contratos – alentados por la libre circulación de personas, servicios, bienes y factores productivos- en el Estado cuyo derecho más le conviene su generalización puede perjudicar la política legislativa general de equilibrio. Dar la espalda a las asimetrías es peligroso. Uno de los más caros objetivos de la integración es que los países integrados constituyan un solo territorio a ciertos efectos para que haya más oportunidades para todos los habitantes y para que todos países ganen.

1. j. La armonización tiene como objetivo que las normas de los Estados integrados no adolezcan de una asimetría tal que beneficie a unos en detrimento de otros. Ello significa impedir el “negocio del derecho” espurio. Que los particulares, por ejemplo, constituyan sociedades o realicen contratos – alentados por la libre circulación de personas, servicios, bienes y factores productivos- en el Estado cuyo derecho más le conviene y, además, que desde la perspectiva de la política legislativa general esa situación acarree problemas. En realidad en el mundo económico – comercial, el interés económico y la conveniencia es un imperativo esencial, aceptable y que requiere respaldo. Sin embargo, desde la macro política legislativa dar la espalda a las asimetrías es peligroso. Uno de los más caros objetivos de la integración es que los países integrados constituyan un solo territorio a ciertos efectos para que haya más oportunidades para todos los habitantes y para que todos países ganen.

1. k. Del intercambio de ideas acerca de la tarea que se tenía que realizar, afortunadamente, se descartó la unificación de normas sustantivas en su totalidad. Ya es bastante difícil acordar temas puntuales como para acometer la tarea ciclópea de unificar la materia de los códigos. Empero, se resolvió ir estudiando la identificación de algunas normas sustantivas esencialmente asimétricas. Que cada Estado construya el ordenamiento normativo a la medida de sus habitantes – como decía Mancini – pero, al mismo tiempo, reconocer en éstas las que pueden ser un obstáculo a la integración.

2. Capacidades

Había que hacer mérito de las capacidades, estudio, formación,

experiencia de los funcionarios seleccionados para la tarea. Como en todo lo humano había que estar atentos a las personalidades. También repercute en la actividad de los funcionarios su ubicación precisa en la orgánica de los Ministerios y su grado de influencia.

2. a. En la mayoría de los Ministerios de Justicia (MJ) se asigna la labor de armonización jurídica del MERCOSUR a un área que tiene un cúmulo de competencias ajena a la integración en la que ésta es una tarea más. Ello resta tiempo y dedicación a quien tiene a su cargo cuestiones comunitarias. La organización orientada a la integración no ocasiona mayores obstáculos: se necesita la voluntad política de reorganizar el propio Ministerio, asignándole a un área determinada la responsabilidad primaria para resolver un género de problemas.

2. b. Otro problema advertido es la falta de especialización de los funcionarios en cuestiones internacionales en general y de integración en especial. Tampoco es un obstáculo insalvable. Se pueden dar diversas soluciones: (a) incorporar a los Ministerios a especialistas o designar a los que ya hay acotando sus funciones; (b) capacitar a los funcionarios; (c) celebrar acuerdos con universidades para que sus especialistas – honorario mediante – aporten soluciones a los problemas planteados. Estas políticas agilizarían y enriquecerían sustancialmente las negociaciones y mejoraría el cometido asignado y permitiría una fluida y permanente comunicación con sus pares en la región.

2. c. Quizá uno de los obstáculos más importantes ha sido la rotación de los funcionarios asignados a la tarea de elaboración de normas. Nuevo Ministro, nuevo funcionario comenzando generalmente de cero. Hay que destinar una o dos sesiones para informar los datos imprescindibles: procedimientos de la reunión, frecuencia de reuniones, tema del día, consensos alcanzados. En este último caso algunas veces fue necesario volver a tratar varias veces en el semestre un mismo tema pues llegaban nuevos delegados sucesivos de diferentes países. Cuando el nuevo funcionario se imbuía de la dinámica de las negociaciones y se contaba con una persona ya muy capacitada se volvía a fojas cero con un nuevo cambio. La mayor parte de las veces hay que destacar el empeño, la responsabilidad y vocación de servicio de quienes anónimamente trabajaron – y trabajan - en la elaboración de

normas. Pero sea como fuere, un funcionariado estable, bien preparado y con vocación integradora es camino directo al éxito de la labor. En cambio, un funcionario con escasa preparación – si además viene investido de cierto poder – es obstáculo permanente para el éxito de las negociaciones.

2. d. Si el negociador no se siente seguro en el tema en análisis y no es fuerte en el Ministerio que lo envía, el éxito de las negociaciones es ilusorio. Según la personalidad del negociador, la falta de conocimientos y preparación debida en los funcionarios de confianza de algún Ministro ocasiona, en los hechos, su falta de intervención constructiva en las negociaciones con críticas no siempre acertadas. Antes bien, entorpecedoras. Acuerdos que podrían haber llevado un año y medio se extendieron por el cúmulo de problemas – no jurídicos - que aparecían en las negociaciones. Quien sabe que no sabe y pretende saber más de lo que sabe, produce una sobre actuación abrumadora. Posiblemente envidia a los funcionarios idóneos y responsables. Podría estimarse esta observación como banal en un trabajo académico. Nada más lejos de la realidad. Helmut Schoeck, el autor de una magnífica tesis sobre la envidia que fue traducida a muchos idiomas se lamentó amargamente por las cosas que hubiera logrado el mundo si la quinta pata de la envidia no hubiere detenido al carro.

2. e. Otra cuestión a tomar en consideración era la organización interna de cada Ministerio. Cuanto más cerca está la unidad que se ocupa de la armonización de legislaciones del Ministro generalmente más rapidez en la toma de decisiones. Claro está depende de la confianza intelectual y moral que tenga el Ministro del funcionario.

3. Elaboración de normas

Una vez reconocidos los diferentes Marcos, conocido los enclaves constitucionales, convencionales, la organización de los Ministerios, las competencias del área respectiva, las capacidades personales, las fuentes jurídicas comunes (que se verá en 3. c. a.) había que ocuparse de la elección de los temas a tratar teniendo en cuenta las necesidades de la Región. Con la elección de o de los temas a tratar comienza la etapa de elaboración de normas, propiamente dicha.

3. a. La elección puede provenir de los Presidentes de los Estados, los Ministros de Justicia, cuando la cuestión lo amerita los Ministerios de Relaciones Exteriores. La mayoría de las veces los temas fueron propuestos por la Comisión Técnica y aceptados por sus respectivos Ministerios.

3. a. a. Por ejemplo, por el “Comunicado Conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile (diciembre de 1997) se instruyó a la Reunión de Ministros de Justicia la armonización de las legislaciones en todas las áreas de la lucha contra el Crimen Organizado (Narcotráfico, Contrabando de Armas, Tráfico de Precursores Químicos, Terrorismo, Lavado de Dinero y demás Delitos Conexos). El informe terminado fue presentado al CMC.

3. a. b. Los Protocolos y Acuerdos que se enumerará más abajo fueron propuestas elevadas a los Ministerios respectivos por la Comisión Técnica.

3. a. c. La creación de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR fue propuesta por Relaciones Exteriores.

3. b. Oportunidad de la elección. El Ministerio de Justicia del Estado que tiene la presidencia del MERCOSUR en el semestre convoca a sus pares. En caso que en el semestre anterior no se hubiera concluido el tratado, acuerdo o protocolo en el que se venía trabajando, la nueva sede presidencial continuará con las negociaciones. La mayoría de los Protocolos o Acuerdos llevaron alrededor de dos años para su elaboración, por ello generalmente se negociaron en todos los países.

3. c. Los temas elegidos. La libre circulación de personas, bienes, servicios, factores productivos trajo como consecuencia que muchos de los casos sean mixtos. O sea, con elementos nacionales y extranjeros. Tres grandes problemas había que resolver: Jurisdicción nacional,¹⁷ derecho

¹⁷ DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Algunas Reflexiones sobre la Cooperación Jurisdiccional Internacional en torno a la calidad del Derecho de la Integración”, publicado en RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (org. y comp.), “MERCOSUR – Unión Europea. Cooperación Jurídica Internacional. Sentencias y Laudos Extranjeros. Exhortos –

aplicable, cooperación internacional. Habida cuenta que una integración multiplica las relaciones privadas internacionales se podía predecir que el Derecho Internacional Privado (DIPr.) y el Derecho Comparado tendrían un descollante lugar.

3. c. a. Para la primera reunión de Ministros¹⁸ y desde la perspectiva del DIPr. el Ministerio de Justicia argentino preparó un completo relato de las fuentes y normas que regían en la región: Tratados de Montevideo de 1940 (Argentina, Paraguay y Uruguay), Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs, Argentina, Paraguay y Uruguay), Convenciones elaboradas por la Conferencia de La Haya (mayormente Argentina. Paraguay y Uruguay ratificaron la Convención de Sustracción Internacional de Menores), tratados Bilaterales. De la comparación surgió un entrelazado jurídico de proporciones con Paraguay y el Uruguay no así con el Brasil con el que teníamos escasas normas comunes. Desde luego no había ratificado los Tratados de Montevideo, ni la CIDIPs. Tampoco las Convenciones de La Haya.

El embajador brasileño de ese momento - Thompson Flores – comunicó en el siguiente encuentro que su país no tenía voluntad política de ratificar ningún tratado fuera del MERCOSUR. Es interesante destacar que con posterioridad el Brasil ratifica casi todas las Convenciones de las CIDIP.

3. c. b. Otros factores hicieron propicios privilegiar el DIPr. En parte debido al aumento de situaciones que hacen al DIPr. y en parte por la fortuita coincidencia de que funcionarios del Uruguay y de la Argentina fueran especialistas en dicha disciplina. De ahí en más, en la primera etapa, se trabajó casi exclusivamente en cuestiones que hacen a la jurisdicción y a la cooperación internacional.¹⁹

Además, como ya se dijo, de las áreas jurídicas la que menos resistencia ofrece para ser acordada es, en primer lugar, la norma de conflicto.

Medidas Cautelares. Derecho Comunitario. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Intercontinental editora. ECSA – AL, European Community Studies Association – América Latina, págs.17 y ss.

¹⁸ La primera reunión se celebró en el Ministerio de Justicia argentino en el mes de noviembre de 2001. Fue precedida por un encuentro de técnicos de los cuatro Estados Parte convocados por la Argentina en el mes de octubre del mismo año.

¹⁹ DREYZIN DE KLOR, op. cit., págs. 17 y ss.

Tampoco ofrece gran resistencia la cooperación internacional. Después de todo, los países suelen cooperar aunque no haya tratados que los obliguen. La jurisdicción internacional fue la que ocasionó al comienzo una seria reacción del Brasil pues estimaba que se trataba de una delegación inadmisible de soberanía. Afortunadamente, y gracias al inestimable apoyo del entonces Ministro de Justicia, Celio Borja, su tratamiento entró por la puerta grande. En último lugar, todos los temas apuntados se encuentran en la incumbencia de todos los Ministerios de Justicia del MERCOSUR.

3. d. Repercusión de los ACEs. Los ACEs produjeron efectos en el MERCOSUR jurídico. Antes de las incorporaciones los acuerdos elaborados por la RMJM tenían el carácter de “Protocolos” pues eran complementarios al Tratado de Asunción. A partir de los ACEs las fuentes que se elaboraron comenzaron a denominarse “Acuerdos” tanto para Estados Miembros del MERCOSUR como para los socios de los Acuerdos de Complementación Económica.

3. d. a. La ventaja de los Protocolos para el MERCOSUR consistía, en su momento, en la inclusión de preceptos que resuelven los problemas que pueden surgir entre los Estados a raíz de la divergencia en la interpretación, aplicación o incumplimiento de los mismos. Se los sometió al procedimiento para la solución de controversias del Protocolo de Brasilia – hoy hay que aplicar el Protocolo de Olivos -. Se aseguraba no sólo un texto común sino también una interpretación semejante y la responsabilidad por incumplimiento.

3. d. b. A partir de la incorporación de Bolivia y Chile como Estados Asociados al MERCOSUR originario y sus respectivos ingresos a la RMJM no se pudo mantener la referida vía. Ahora se trataba del MERCOSUR y Estados Asociados. La propuesta que, en su momento, hizo el Ministerio de Justicia argentino fue la de elaborar Protocolos dentro del MERCOSUR y Acuerdos entre éste y los Estados Asociados. Con este esquema se hubiera mantenido la vía del Tribunal de Asunción para la unificación de la interpretación y aseguramiento de su aplicación y, además, se hubiera realizado el diferente grado de compromiso entre los Estados: con los “Protocolos” se fortalece la vocación integracionista²⁰.

²⁰ La Convención de Bruselas, etc. requirió un Protocolo especial para someter al Tribunal

La propuesta no fue aceptada. Por ello, a partir de las mencionadas incorporaciones se elaboran Acuerdos para los que integran el MERCOSUR y también para los Estados que están fuera él (Acuerdos gemelos). No se previó un sistema de solución de conflictos. La nueva denominación igualó hacia abajo, habida cuenta que Bolivia y Chile, así como el resto de los Estados vinculados por este tipo de Acuerdos – salvo Venezuela - no adhirieron al Tratado de Asunción.

Ello fue así hasta que en el año 2006 surgió una solución armonizadora que merece aplauso. Se brindó una solución diferente según las controversias hayan surgido puertas adentro o puertas afuera con los Estados Asociados. La solución – sencilla y no traumática internacionalmente - es la que se dio en el Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Jurisdicción Internacionalmente Competente, Ley Aplicable y Cooperación Jurídica internacional en materia de Matrimonio, Relaciones Personales entre los Cónyuges, Régimen de Bienes, Divorcio, Separación Conyugal y Unión no Matrimonial (3. i. d.).

El artículo 15 del Acuerdo establece que “Las controversias que surjan sobre la interpretación, aplicación, o el incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR se resolverán por el sistema de solución de controversias vigente en el MERCOSUR.”

“Las controversias que surjan por la interpretación, aplicación, o el incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo, entre los Estados Partes del MERCOSUR y uno o más Estados Asociados se resolverán por el sistema de solución de controversias previsto entre las Partes involucradas en la controversia.”

3. d. c. No obstante los vaivenes, se reitera que la RMJM se enriqueció con el aporte de los Estados Asociados. Se logró una mayor apertura. Por ejemplo, antes de los primeros ACEs, el MERCOSUR reforzaba el ámbito espacial de los Protocolos hacia adentro de la Región. Así el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual. Con el MERCOSUR ampliado – como se suele decir no sin

de Luxemburgo la divergencia de interpretaciones. Se recuerda que esta Convención es intergubernamental y su ingreso relativo en el Derecho Comunitario, requirió nuevos esfuerzos legislativos pues había que modificar la competencia del Tribunal.

cierta imprecisión - se extendió el ámbito espacial con posibilidades para cualquier país fuera de la Región. Por ejemplo, en el Acuerdo de Arbitraje Comercial. Se comenzó a atender políticas extra MERCOSUR.

3. d. d. También se estima valioso la solicitud de Bolivia y Chile, por ejemplo, de incorporarse a Protocolos ya elaborados. Ello significó su renegociación - con pequeñas modificaciones - y fueron aprobados por la RMJM y por las Repúblicas de Bolivia y de Chile, sustituyéndose para ellos el nombre de Protocolo por el de Acuerdo. Hoy en día el llamado MERCOSUR ampliado también cuenta con adhesiones de varios Estados Asociados a Protocolos y Acuerdos mercosurianos. Esta política legislativa refleja la realidad del MERCOSUR.

En síntesis: los Protocolos elaborados con anterioridad a los ACES comenzaron a adaptarse en el marco de la RMJM para que puedan ser aplicados por los Estados Asociados. Esta política se revisó con la incorporación como Miembro Pleno de Venezuela. La adaptación ha sido la práctica en la hoy Unión Europea, por ejemplo, con la revisión del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones con la incorporación de nuevos Miembros. Así, vgr. fue modificado en Lugano y en San Sebastián según las exigencias de los países que se iban incorporando.

3. d. e. Sea ello como fuere es de lamentar que a pesar de la igualdad de tratamiento de quien está en la nave mercosuriana y quien no lo está, los Acuerdos no hayan sido ratificados en el número que cabía esperar por parte de los Estados Asociados.

3. e. Aprobación. RMJM – GMC – Foro. Lo producido por la Reunión mayormente ha sido aprobado por el Consejo Mercado Común y entra así al caudal de las normas comunitarias. Después de la aprobación del Consejo, la tarea de los Ministros de Justicia se revierte a cada uno de los Estados y se sigue el procedimiento que marca la Constitución de cada Estado.

La nómina de los Protocolos y Acuerdos elaborados en este marco entre los años 1991 a 2004 es la siguiente:

(1) - Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, firmado el 27-VI-92, aprobado por Decisión CMC N° 5/92, en vigor desde 17-III-96, aprobado en la Argentina por ley 24.578, ratificado el 3-VII-96, por Brasil el 16-II-96, por Paraguay el 12-IX-95 y por Uruguay el 20-VII-99.

(2) - Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, firmado el 5-VIII-94, aprobado por Decisión CMC N°1/94, en vigor desde 30-XI-96, aprobado en la Argentina por ley 24.669 (B.O. del 2/VIII/96) y ratificado el 31-X-96; República Federativa del Brasil, Prom. Dec. N° 2095, D.O. del 18/XII/96, Dto. Leg. 129 del 5/X/95, Publ. el 18/XII/96, Rat. el 7/V/96); República del Paraguay, Ley N° 597, Rat. el 12/IX/95. Uruguay, ley 17.721 (2003), rat. el 29/VII/2004.

(3) - Protocolo sobre Medidas Cautelares, firmado el 16-XII-94, aprobado por Decisión CMC N°27/94, en vigor desde 13-IV-96, aprobado en la Argentina por ley 24.579 y ratificado el 14-III-96, el Brasil el 18-III-97; el Paraguay el 12-IX-95 y el Uruguay el 10-VIII-98.

(4) - Protocolo de San Luís sobre Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Parte del MERCOSUR, firmado el 25-VI-96, aprobado por Decisión CMC N°1/96, en vigor desde 19-VIII-99, aprobado en la Argentina por ley 25.407 y ratificado el 20-XI-01; Brasil el 30-I-01, Paraguay el 20-I-98 y Uruguay el 20-VII-99.

(5) - Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, firmado el 25-VI-96, aprobado por Decisión CMC N°2/96, en vigor desde 27-IV-00, aprobado en la Argentina por ley 25.095 y ratificado el 9-XII-99; Brasil el 28-III-00; Paraguay el 20-I-98 y Uruguay el 7-VII-00.

(6) - Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo, firmado el 16-XII-96, aprobado por Decisión CMC N°10/96.

(7) - Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, firmado el 19-6-97, aprobado por Decisión CMC N°5/97, en vigor desde 29-4-00, aprobado en la Argentina por ley 25.222 y ratificado el 30-3-00, en Paraguay ley 1209/98 el 18-2-98, Uruguay, ley 17.574, 31/03/2003.

(8) - Errata al Protocolo de San Luis sobre Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito, firmado el 19-VI-97, aprobado por Decisión CMC N°6/97, en vigor desde 1-III-01, aprobado en la Argentina por ley 25.407 y ratificado el 20-XI-01, en Brasil el 30-I-01, en Paraguay el 20-I-98 y en Uruguay el 19-VIII-99.

(9) - Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares, firmado el 15-XII-97, aprobado por Decisión CMC N°9/97. Brasil, Decreto 192/1995 (DO 18/12/1995)

(10) - Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, firmado el 12-6-98, aprobado por Decisión CMC N°3/98, en vigor. Aprobado en la Argentina por ley 25.223 ratificado el 30-III-00, Brasil por Decreto 265 de 2000, ratificado el 9-9-02; Uruguay por Ley 17.834 del 14-IX-04 y ratificado el 3-XII-2004 y Paraguay.

(11) - Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, firmado el 12-6-98, aprobado por Decisión CMC N°4/98, aprobado en la Argentina por ley 25.223 ratificado el 30-3-00; Brasil por Dcreto 483/01 y ratificó el 9-X-03; Uruguay ley 17.751 del 17-III-04 y ratificó el 29-VII-04.

(12) - Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Parte del MERCOSUR, firmado el 10-12-98, aprobado por Decisión CMC N°14/98. Aprobado por el Brasil, Decreto 605/03, ratificado el 2-XII-03, se incorpora por Decreto N° 4.975 del 30-I-04; Uruguay, el 17.499 del 27-V-02 y ratificó el 20-IX-02; Paraguay, Ley 2.753 de 2005 y ratificó el 26-XII-05. En la Argentina está en trámite. Vigencia parcial.

(13) - Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Parte del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, firmado el 10-12-98 , aprobado por Decisión CMC N°15/98, Brasil Decreto N° 35/02 y ratificado el 9-9-02; Uruguay, Ley 17.498 del 27-V-02 y ratificó el 22-8-02. Bolivia 11/04/05, ley 2830/2004.

(14) - Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Parte del MERCOSUR, firmado el 15-12-00, aprobado por Decisión CMC N°49/00. Brasil aprobó por Decreto 146

de 2004 y ratificó el 21-V-04, Decreto Legislativo 146 del 6/02/2004. Paraguay ley 2989 del 6/09/2006. rat. 4/01/2007.

(15) - Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Parte del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, firmado el 15-12-00, aprobado por Decisión CMC N°50/00. Ratificado por Brasil el 14/11/2006, Decreto Legislativo del 292 del 12/07/2006, Paraguay ley 2988 del 6/09/2006, ratificó el 4/01/2007. Chile , 31/07/2007.

(16) - Acuerdo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, firmado el 18-2-02, aprobado por Decisión CMC N° 12/01. Argentina Ley 26.004 del 13-I-05 y ratificó el 2-VIII-05; Paraguay Ley 2048 de 2003 y ratificó el 9-V-03.

(17) - Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR, firmado el 5-7-02, aprobado por Decisión CMC N°7/02. Argentina Ley 25.934 del 4_X-04 y ratificó el 3-XII-04; Brasil Decreto 970 de 2003. Ratificó el 21-V-04. Requiere la ratificación de los cuatro Estados.

(18) - Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, firmado el 5-7-02, aprobado por Decisión CMC N°8/02. Argentina Ley 25.935 del 4-X-04 y ratificó el 3-III-05. Brasil Decreto Legislativo 1021 del 3/11/2005, ratificó el 3/08/2006. No vigente. Requiere dos ratificaciones de los Estados MERCOSUR y una de los Estados Asociados.

(19) - Acuerdo sobre Jurisdicción en Materia de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre los Estados Partes del MERCOSUR, firmado el 5-7-02, aprobado por Decisión CMC N° 11/02. Brasil Decreto 208 del 20-V-04 y ratificó el 23-VIII-04.

(20) - Acuerdo sobre Jurisdicción en Materia de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, firmado el 5-7-02, aprobado

por Decisión CMC N°12/02. Brasil Decreto 208 del 20-V-04 y ratificó el 23-VIII-04.

(21) - Acuerdo Complementario al Protocolo Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del MERCOSUR, firmado el 5-12-02, aprobado por Decisión CMC N° 27/02.

(22) - Acuerdo Complementario al Protocolo Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile, firmado el 5-12-02, aprobado por Decisión CMC N° 27/02. Paraguay Ley 2752 de 2005 y ratificó el 6-II-06.

(23) - La RMJM elaboró un Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas, aprobado por la XX RMJM, Bolivia y Chile en la ciudad de Montevideo – Uruguay (XX RMJMBCH/Acta 02/03 / Acuerdo 01/03/ ANEXO III), aprobado por Decisión CMC/34/2004, BO (02/05/05). Hubo una Enmienda el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas, DEC 13/2005 del CMC, BO (09/08/05).

(24) - Con fecha 11/VI/2004 en la ciudad de Buenos Aires la RMJM aprobó el Protocolo sobre el Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales complementario al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile.

(25) - El 25 noviembre de 2004 la RMJM firmó en Brasilia el Acuerdo sobre Jurisdicción Internacional en materia de Menores.

3. f. Al lado de Protocolos y Acuerdos aprobados por la RMJM se encuentran Acuerdos en materia de Recomendaciones. En virtud de ellos se recomienda la ratificación de alguna fuente de importancia para la Región. Tales, por ejemplo:

3. f. a. Acuerdos sobre Implementación del Procedimiento de la Mediación en los Estados Parte (MERCOSUR/RMJ/ACUERDO N° 3/96;

3. f. b. Identificación de los Instrumentos Legales requeridos para la Incorporación en los Estados Partes de la Normativa emanada de los órganos MERCOSUR. (MERCOSUR/RMJ/ACUERDO N° 4/96).

3. f. c. Ratificación de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York. MERCOSUR. (MERCOSUR/RMJ/ACUERDO N° 5/96). Finalmente la recomendación tuvo efecto pues todos los Estados MERCOSUR la tienen ratificada

3. f. d. Ratificación de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. (MERCOSUR/RMJ/ACUERDO N° 6/96). También esta Convención fue ratificada por los Estados.

3. f. e. Solución de Controversias MERCOSUR. (MERCOSUR/RMJ/ACUERDO N° 7/96)

3. g. Muchos de estos Protocolos y Acuerdos han sido ratificados por los Estados Parte del MERCOSUR originario (3. e). Se advierte que en algunos casos hay sólo dos o tres ratificaciones lo cual conspira contra cohesión que exige la integración y cuya armonización jurídica requiere simultaneidad.

La mayor parte de los acuerdos vigentes que tienen connotación con el MERCOSUR jurídico fueron negociados con Bolivia y Chile - primeros Estados Asociados - .

3. h. Vicisitudes. La integración jurídica ha padecido embates y situaciones inconvenientes. Inclusive, la RMJM - uno de los órganos mercosureño productores de normas ha estado a punto de zozobrar.

3. h. a. En algunos casos ciertos episodios concomitantes a las negociaciones de los Acuerdos fueron preocupantes. Así, por ejemplo, mientras la CT de la RMJM negociaba el Acuerdo de Extradición - que finalmente fue aprobado por el CMC - se discutían paralelamente sendos tratados de extradición con Paraguay y Uruguay. Los Convenios bilaterales con estos dos Estados fueron ratificados por la Argentina: ley 25.302 con Paraguay (BO 12/10/2000) y ley 25.304 con Uruguay (BO 12/10/2000). Estos acuerdos bilaterales no fueron obstáculo para que estos dos países ratifiquen el mercosureño, no así la Argentina que lo tiene pendiente de ratificación.

3. h. b. Otras veces Acuerdos de envergadura social, inexplicable-

mente, no han sido ratificados por la Argentina. Tal, el de Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita. Llama la atención que gobiernos que hacen de la inclusión social una bandera política dejen de incorporar un Acuerdo que beneficia a los más necesitados. Sobre todo si se tiene en consideración que diariamente hay una circulación de personas muy alta entre nuestros países.

3. h. c. Lamentablemente mucho de lo producido por la RMJM contribuyó a la inflación normativa. Por lo que se explicó en 3. c. a. resultaba difícil predecir la conducta de Brasil de ratificar todas las Convenciones de la OEA (CIDIP).

3. h. d. En alguna etapa del proceso de integración se intentó prescindir de la RMJM. Hubo dos proyectos: uno de ellos (a) proponía la exclusión total de los Ministerios de Justicia en la orgánica MERCOSUR. El otro (b) proponía que lo producido debía tener un trámite meramente burocrático (toma de razón). Se explicará brevemente ambas intenciones.

En el primer intento se pretendía que los Ministros de Justicia quedaran fuera de la estructura del MERCOSUR y sean simplemente Ministros de la Región. Lo producido no pasaría por el Grupo Mercado Común ni por el Foro de Concertación Política y Social y mucho menos por el Consejo del Mercado Común. Quedaría a criterio de los respectivos Ministros convocarse, proponer temas, elevar lo elaborado por el Poder Ejecutivo a los Congresos Nacionales correspondiente según las respectivas Constituciones.

En el segundo se pretendía que el Consejo del Mercado Común suscribiera los Acuerdos firmados por los Señores Ministros, sin consideración de su contenido (una especie de tomar nota).

Afortunadamente ningún intento prosperó. Había razones atendibles para continuar con el esquema de Brasilia de 1991. En lo que sigue se darán algunas.

3. h. d. a. La conveniencia del mantenimiento de la RMJ dentro de las instituciones del MERCOSUR responde a un doble orden de razones.

3. h. d. a. a. La primera de ellas finca en los servicios que presta por los temas que aborda.

* El libre comercio de bienes, servicios y factores productivos (así se lo llamó eufemísticamente al trabajo) no funcionan aisladamente. Es sólo un ángulo de una realidad más amplia: no hay libre comercio ni servicios ni circulación laboral sin negocios y éstos sin contratos. Ellos son los vehículos a través de los cuales se canaliza la libre circulación. Especialmente el de compraventa y sus contratos contribuyentes o satelitarios. Entre ellos los contratos de transporte, de seguro, agencia o representación, bancarios, títulos valores.

* A mayor circulación, mayores problemas internacionales. Como ya se dijo, había que elaborar reglas claras sobre jurisdicción internacional. Se hacía necesario considerar la cooperación internacional pues muchas veces en un caso mixto se requiere del auxilio judicial internacional. Por ejemplo, las pruebas están en el extranjero o se requiere la cooperación para ejecutar medidas cautelares. No llame la atención, entonces, que entre los primeros Protocolos se encuentra el de Las Leñas sobre “Cooperación y Asistencia jurisdiccional Civil, Comercial, Laboral y Administrativa”, el de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y el de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares. Más adelante – en la etapa de los Acuerdos, se celebra el de Arbitraje Comercial Internacional, el Acuerdo sobre Jurisdicción en materia de Contrato de Transporte Internacional de Carga. Las cuestiones familiares también se multiplican con la mayor circulación de personas, de ahí el Acuerdo sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Menores firmado por la RMJM el 25 de noviembre de 2004 en Brasilia.²¹

* Asimismo, con el mayor movimiento de bienes se requiere proteger al consumidor. Por ello se trabajó oportunamente en el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo.

* A nadie escapa que el mayor desplazamiento en general trae aparejada la mayor circulación del delito de ahí la RMJM elaboró Protocolos y Acuerdos con tenor procesal penal. Cabe citar el Protocolo de San Luis

²¹ Respecto de este último Acuerdo ver GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional Privado” cit. Numeral 290 g.; GROSMAN, Cecilia, “La importancia de la armonización legislativa del Derecho de Familia en el MERCOSUR y países asociados”, en “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani” cit., págs. 597 y ss.

sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, vigente en los cuatro países y muy elogiado por los Ministerios de Interior.²²

* Asimismo, como se dijo (3) fueron los Señores Presidentes los que encomendaron a los Ministros de Justicia a acelerar el proceso de armonización de las legislaciones de los países miembros del MERCOSUR y de sus Estados Asociados, en las áreas de la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico, contrabando de armas, tráfico de precursores químicos, terrorismo, lavado de dinero y delitos conexos), mediante una Declaración Conjunta de diciembre de 1997. En consecuencia la RMJM realizó un estudio comparativo con las legislaciones respectivas cuyo producto ha sido reiteradamente solicitado por distintos ámbitos y reparticiones que contribuyen a la luchas contra la criminalidad transnacional organizada.

* En síntesis, jurisdicción y cooperación internacional habían de tener un espacio preferente. En el fondo todos estos instrumentos representan una suerte de codificación procesal que coadyuvan a la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas. Pretenden formar un plexo complementario a las medidas económicas: no están fuera del libre comercio, forman parte de él. Si desde el punto de vista académico se redujera el proceso de integración a lo estrictamente comercial y aduanero no por ello la jurisdicción, la cooperación, los contratos, los delitos y hasta los problemas familiares internacionales desaparecerían: funcionarían complementariamente.

Resultaba difícil pretender excluir a los Ministerios de Justicia en cuestiones que hacen a la previsibilidad, seguridad y derechos de las personas.

3. h. d. a. b. Otra razón se apoya en la dinámica de su funcionamiento. Así como hay que resaltar la importancia de la RMJM por los temas vinculados al proceso de integración es – y fue - de singular importancia la diligencia de su funcionamiento:

Los Acuerdos que suscribe la RMJM son elevados en última instancia –en el marco de la estructura estricta del MERCOSUR - al Consejo

²² Cerdeira Juan José, “La cooperación Internacional contra el Crimen Organizado”, Editorial AD HOC, Buenos Aires, 2011.

del Mercado Común. Este órgano, previo dictamen de otro órgano – en su momento fue el GMC y después el Foro de Concertación Política y Social – es quien a través de una Decisión aprueba su contenido.

* La primera propuesta (a), como se ha visto, excluye a la RMJ del MERCOSUR totalmente. Dependerá de la voluntad política coincidente de los Ministros de Justicia del MERCOSUR y Estados Asociados en orden a convocar reuniones, proponer temas, reglamentar el funcionamiento. A nadie escapa que sería el fin del MERCOSUR jurídico. Se tornaría más difícil la auto convocatoria e iría perdiendo el protagonismo relativo que actualmente posee y que, en definitiva, redonda en beneficio de la armonización legislativa.

* Podría parecer en la segunda propuesta (b) que la RMJM se hubiera fortalecido como tal dentro del sistema porque no requiere controles. Aunque ligeramente superior, no conforma. Para la aprobación de los Acuerdos alcanzados por la RMJM se exige la simple toma de razón, sin el análisis de su contenido y el estudio de la compatibilidad con políticas y normas mercosureñas. Es decir, que se trata de una política que lo excluye de la armonización de las políticas de la zona integrada. El control fortalece las soluciones armónicas y la cohesión interna.

* Bien es cierto que la RMJM tiene, como se dijo, autonomía relativa dentro de la estructura MERCOSUR la cual es valiosa por las “bondades de la descentralización funcional dentro del todo”. Funciona algo así como las entidades autárquicas. La mayor ventaja de mantener esta autonomía radica en la mayor iniciativa, dedicación específica, etc.

* Empero, el impulso fuerte de la RMJM se explica por estar dentro del sistema del MERCOSUR. La propia dinámica del resto de los órganos – en sentido estricto y amplio – promueve su actividad. Si se saliera de ese marco, el vínculo con los órganos del MERCOSUR sería meramente formal. Ni siquiera quedaría claro cual hubiera sido el alcance de las Decisiones del Consejo si su función consistiera en informarse de la firma de Acuerdos. No se alcanza a comprender como se encuadraría el “tomar razón solo de la firma” dentro del sistema de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, ni con la flexibilidad que el derecho consuetudinario le reconoce.

Salvo aligerar la enorme carga que tenían y tiene el GMC y el Foro

no se encuentran razones para justificar el propósito de quitar a la RMJM el protagonismo que *propio vigore* le pertenece. Tampoco ha sido ni es un órgano conflictivo dentro del MERCOSUR: se aprobó todo lo producido.

3. h. d. a. c. En los años de labor de la RMJM no hubo problemas ni con el GMC ni con el Foro en cuanto a la elección de temas y el tenor de los contenidos de los Protocolos y Acuerdos alcanzados en su seno. Salvo en cuestiones muy puntuales como las que a continuación se describen que marcan algunas dificultades.

* Tal el caso de las vicisitudes por las que atravesó y atraviesa el Protocolo de Jurisdicción en materia de Relaciones de Consumo en la que no hubo coincidencia entre la RMJM y el GMC A la época de la negociación del Protocolo mencionado.²³ La cuestión del consumidor se estaba negociando, desde otro ángulo, en el Comité Técnico Número 7 (CT7) de la Comisión de Comercio que tenía por ese entonces la ambición de elaborar un Código de Derecho del Consumidor. El Protocolo y el Código debían definir lo que se entendía por “consumidor”, “proveedor”, “relaciones de consumo”, “producto” y “servicios” y las definiciones de ambas fuentes debían armonizar. El Protocolo contiene un Anexo en el que se transcriben las definiciones artículo 19) logradas hasta ese momento en el CT7. Como el Protocolo se terminó mucho antes que el Código se remite su texto al GMC para que, en su caso, lo eleve al CMC para su aprobación. Empero, el cometido fracasó porque el Código aún no se había elaborado. Se estimó conveniente que ambas fuentes se presenten conjuntamente a los Congresos de los Estados Miembros. Se instruyó a la Reunión para que el mismo Protocolo se auto-excluya de gestionar la presentación ante los parlamentos. Por ello, el Protocolo incluyó un artículo que prevé la presentación legislativa conjunta del Protocolo y el Código o Reglamento del Derecho del Consumidor. En la medida que la conclusión del Código o Reglamento no demorara demasiado tramitarlos conjuntamente parecía razonable.

Más adelante el CT7 abandonó la idea de Código y encaró el de logros parciales.

²³ Para mayores datos ver GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional Privado” cit., Numeral 320 c, págs. 681 y ss

Por su parte la CT/RMJM encontró una salida a la cuestión de las definiciones – caso que sufrieren modificaciones: se aplicaría la definición de “consumidor” vigente en el MERCOSUR al tiempo del surgimiento del problema. Además, la RMJM se encontró ante la posibilidad de gestionar la liberación de la suspensión de la aprobación interna del Protocolo aprovechando el apoyo de Bolivia y Chile que, entretanto, se habían asociado al MERCOSUR.²⁴

Lamentablemente y por segunda vez, fracasaron las gestiones y nuevamente el Protocolo no superó la “censura”.

Aunque es de lamentar que el consumidor mercosureño no tenga normas claras sobre jurisdicción internacional, el hecho de que sean los órganos del MERCOSUR estructural los que decidan intervenir en lo producido por la Reunión es - en sí mismo, positivo – pues la coherencia interna es connatural a la integración. Aun cuando, como en este caso, no se coincida con la solución otorgada. Tiene que haber coordinación de políticas y su contenido final lo deben decidir los altos órganos.

* En cuanto a problemas en el funcionamiento de una fuente se recuerda el que ocasionó la incorporación interna en el Brasil del Protocolo de Medidas Cautelares. Un Juez argentino solicitó una medida cautelar a su par brasileño para que se impida la salida de un buque en el Puerto de Santos. El Brasil – al igual que la Argentina había ratificado el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares del MERCOSUR. El juez brasileño no colaboró con la petición con la celeridad que una medida cautelar requiere pues la remitió al Supremo Tribunal Federal. Hubo fuerte reclamos argentinos.

* La pertenencia de la RMJM a la estructura amplia del MERCOSUR se puso en evidencia con la primera Opinión Consultiva (Opinión consultiva Nº 1/2007, dictada el 3 de abril de 2007, por el Tribunal Permanente de Revisión (TPR). La solicitud la hizo la jueza del fuero Civil y Comercial del Paraguay – Dra. María Angélica Calvo – vía la Excmo. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay (*in re* “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro

²⁴ HERNÁNDEZ, Carlos A., “Reflexiones sobre el Derecho del Consumidor (A propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani)” publicado en ALTERINI – NICOLAU, op. cit., págs. 373 y ss.

cesante”). Se trataba de un conflicto entre dos empresas, una argentina (Laboratorios Northia) y otra paraguaya (“Norte S.A. Imp. Exp). La primera interpuso una excepción de incompetencia de los tribunales paraguayos argumentando que se había pactado la jurisdicción argentina y que era de aplicación el Protocolo de Buenos aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual. La empresa paraguaya invoca la aplicación del Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo – Protocolo de Santa María - y normas paraguayas de carácter interno.

Los miembros del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) declararon (a) que las Opiniones Consultivas no tienen carácter vinculante, (b) que las normas del MERCOSUR internacionalizadas prevalecen sobre las normas de carácter interno de los Estados Partes, (c) que el Protocolo de Santa María no está vigente y (d) las cuestiones sobre el consumidor están expresamente excluidas del Protocolo de Buenos Aires. El TPR estaba integrado por los Doctores Nicolás Eduardo Becerra, Joao Grandino Rodas, Wilfrido Fernández de Brix, Ricardo Olivera García y José Antonio Moreno Rufinelli en su calidad de Quinto Árbitro.

* Tratándose de instrumentos cuya aplicación corresponde al Poder Judicial de los diversos Estados, no suelen presentarse reclamos a nivel intergubernamental ni con relación a la cooperación interjurisdiccional ni respecto al contenido de las sentencias, dada la independencia que tienen los diferentes poderes del Estado.

3. h. d. a. d. La decisión política que se tomó finalmente fue de suma importancia, ya que el sistema actual apunta a la integración, mientras que las propuestas que se mencionan arriba contribuyen a la desintegración, camino inverso al que hoy esta recorriendo la Unión Europea (UE) acerca de la cual se tratará brevemente. Aunque radicalmente diferentes en su organización y en el avance integrador la UE es de ineludible referencia.²⁵

* Es interesante comparar la “cuestión jurídica” en la Unión Europea, con especial referencia al DIPr. y la mercosureña²⁶ En los orígenes de la UE

²⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, en “Problemática de la Recepción del Modelo Comunitario Europeo en el MERCOSUR” alerta fundamentalmente en la recepción de soluciones de la hoy Unión Europea, publicado en RUIZ DÍAZ LABRANO, págs. 89 y ss.

²⁶ BORRÁS, Alegría, Revista Española de Derecho Internacional. 1999.

(Tratado de la CEE de 1958) se disponía que los Estados Miembros negocien entre ellos para asegurar a favor de sus nacionales la simplificación de las modalidades para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales. Esa cooperación que ocupaba por ese entonces un lugar marginal en el sistema europeo, dio lugar a que luego del Tratado de 1958 abriera paso a la Convención de Bruselas de 1968 sobre Competencia, Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia civil y mercantil. En el mismo sentido los Estados negociaron y firmaron en 1980 el Convención de Roma sobre Ley Aplicable para las Obligaciones Contractuales. Con miras a la coordinación y aplicación de dichos convenios se creó en el ámbito comunitario el “Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado” (en nuestro caso, esas funciones estarían en cierta forma en manos de la RMJM).

* Con el avance del proceso integrador, se firma en 1992 el Tratado de la Unión (Maastricht) el que pone énfasis en la cooperación judicial en materia civil. En consecuencia, años más tarde, se firma en 1997 una Convención sobre Notificaciones o Traslado de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en materia civil y mercantil y al año siguiente, el denominado Convenio de Bruselas II, que se ocupa de la competencia judicial, del reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial y de la responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

* Finalmente por el Tratado de Amsterdam y, a fin de establecer un espacio europeo basado en los tres pilares de libertad, seguridad y justicia, es el Consejo de la Unión Europea el que adopta medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal con repercusión transfronteriza para contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior.

* Luego del Tratado de Amsterdam, el Derecho Internacional Privado pasa de ser competencia estatal (normas de fuente interna y convencional) a ser competencia comunitaria, actuando mediante actos de derecho derivado. Esto significó – como se dijo - una revolución copernicana en la historia de la integración Europea.

* En la UE el impulso político esta dirigido hacia la comunitarización del derecho internacional privado como condicionante del avance de la integración. Si se hubiera quitado, entonces, el apoyo político al impulso de integrador de la RMJM se estaría yendo justamente en contra del proceso integrador.

La política legislativa de la UE advirtió que el Derecho Internacional Privado no debía estar fuera del torrente integrador. Las ventajas son múltiples. La “comunitarización” evita la tentación de que cada uno de los Estados negocien tratados bilaterales en cuestiones que hacen a la vida comunitaria. Esta estrategia refuerza la armonía legislativa pues con la bilateralización se podría contradecir los intereses comunes e incluso aumentar la proliferación de fuentes que en muchos casos se superpondrían (3. h. c.).

Es notable la inclinación a la comunitarización de las políticas de la UE en todos los órdenes. Se la advierte en las posiciones comunes cuando se trata de la participación de los Estados de la Unión en organizaciones internacionales, tales como la Conferencia de La Haya, la ONU o la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. Y aún en convenios bilaterales con terceros países como los de inversiones extranjeras.

En el ámbito europeo, dice Alegría Borrás a quien se sigue en estas meditaciones, se trata que sea la propia Comunidad quien mediante un acto del Consejo dicte las normas en la materia. De esta forma, la autora concluye que la Comunidad nunca ha retrocedido y que esta tendencia constituye un camino sin retorno.

Desde esas perspectivas entraron en vigencia fuentes de carácter uniforme y comunitario como el “Reglamento” dictado por el Consejo de la Unión, en materia de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (año 2000) y el “Reglamento sobre competencia, reconocimiento y ejecución de sentencias” (año 2001). Se elaboró también un “Reglamento” que modifica el “Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales”. Estas normas constituyen el avance hacia la comunitarización referida, tendencia diametralmente opuesta a la planteada para el MERCOSUR.

El DIPr. estuvo desde la etapa fundacional del MERCOSUR. En cambio, en la UE se advirtió mucho más tarde la función insoslayable que tiene en la integración. Lo que se pretendió hacer con la RMJ ¡resultaba contrario a la visión originaria beneficiosa!

3. i. A partir del año 2005 hubo un cambio en lo producido por la RMJM. La política legislativa de la Reunión se orientó, en gran medida a

optimizar el funcionamiento de la cooperación, previo seguimiento de la aplicación de los instrumentos aprobados. Es decir, ha habido control de gestión y se ha intentado de optimizar políticas puntuales, vgr. la lucha contra la trata de mujeres. Por otra parte, se aumentaron los Estados que participan de la Reunión (1. d.)²⁷

Entre los Acuerdos celebrados se encuentran los siguientes:

3. i. a. Acuerdo Marco de Cooperación entre Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados para la creación de equipos conjuntos de Investigación. MERCOSUR/CMC/ DEC. 22/10.

3. i. b. Acuerdo sobre Orden MERCOSUR de Detención y Procedimientos de Entrega entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados. MERCOSUR/ DEC. CMC 48/10.

3. i. c. De importancia para el funcionamiento de la cooperación en los ámbitos de la RMJM y de los Ministerios de Relaciones Exteriores, se creó el Foro de las Autoridades Centrales. Las reuniones periódicas de este Foro permiten mejorar e implementar mecanismos para una mejor cooperación.²⁸

3. i. d. Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Jurisdicción Internacionalmente Competente, Ley Aplicable y Cooperación Jurídica internacional en materia de Matrimonio, Relaciones Personales entre los Cónyuges, Régimen de Bienes, Divorcio, Separación Conyugal y Unión no Matrimonial. Brasilia, 6 de Diciembre de 2006. Dec. N° 58/12.

²⁷ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, Organizador y compilador: “MERCOSUR – Unión Europea. Cooperación Jurídica Internacional. Sentencias y Laudos Extranjeros. Exhortos – Medidas Cautelares. Derecho Comunitario. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.”, Intercontinental editora. ECSA – AL, European Community Studies Association – América Latina, págs. 89 y ss.

²⁸ V. SOARES MIRANDA, Izaura y CHIODI, María, en “Guía de Boas Práticas – Extradicação – Guía de Buenas Prácticas – Extradición”, Mercosul – Ministério da Justiça do Brasil, Brasilia 2006.

3. j. Incorporación de las normas mercosureñas. Un tema relevante es determinar con precisión si las Decisiones, Resoluciones y Directivas requieren o no el dictado de normas en los Estados Parte para su incorporación al derecho interno. Es lo que se llama la internacionalización de las normas comunitarias. No se trata aquí del problema del dualismo o monismo en el Derecho Internacional Público, sino de la incorporación inmediata o automática y el efecto directo o eficacia directa de las normas mercosurianas²⁹.

3. j. a. El MERCOSUR es mayormente intergubernamental en los hechos y en su organización. Y tienen esa cualidad los órganos estructurales en sentido estricto – CMC, GMC, CCM – cuyo producido es fuente de derecho. Si se definieran a estas fuentes como “acuerdos” consensuados como tratados, para la doctrina clásica deberían ser aprobados por el Congreso.³⁰ Dentro del MERCOSUR la cuestión tiene mayor envergadura en los Estados federales pues al pasar por el Senado habría – indirectamente – un mayor control y participación provincial.

* Se ha llegado a distinguir entre normas formalizadas del Derecho Internacional Público (DIPÚ), por un lado, y tratados por el otro. La incorporación de aquéllas no exigiría su paso por el Congreso³¹. Quedaría por fundamentar la distinción, lo cual no resulta sencillo pues se plantearía el interrogante acerca de la naturaleza de la norma internacional que no es tratado. Se ha dicho que la razón finca en que esas normas del Derecho Internacional han sido elaboradas por organismos aprobados por los Estados los que, a su vez, fueron creados por tratados de los Estados. Que sería el caso del MERCOSUR. Empero, esta distinción adolece de cierta arbitra-

²⁹ PIZZOLO, Calogero, “Globalización e Integración, Ensayo de una Teoría General, MERCOSUR, Unión Europea, Comunidad Andina, SICA”, prólogo de Germán Bidart Campos, EDIAR, 2002.

³⁰ Hay que recordar que si bien ciertos tratados de hecho no pasan por el Congreso como son los llamados tratados ejecutivos, la razón de la falta de control legislativo estriba en la necesidad de sigilo legislativo, pues son acuerdos de defensa nacional o de compras de armas, por ejemplo. Ver al respecto, SEVE DE GASTÓN, Alberto, “Los Tratados Ejecutivos de la República Argentina”, ed. Depalma.

³¹ La distinción entre normas de Derecho Internacional Público, por un lado, y tratados por otro, fue puesto de realce por el Dr. Calixto Armas Barea en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI).

riedad pues los tratados elaborados por organismos creados por tratados, por ejemplo, la ONU, la OEA pasan por el Congreso.

Sea ello como fuere hoy en día se ha desacralizado la formalidad en los tratados internacionales.³²

3. j. b. Caso que se niegue la aplicación inmediata y el efecto directo de las normas mercosurianas podría argumentarse que su paso o no por el Congreso dependerá de la naturaleza de los problemas. Es decir, que lo que marca la actividad del Congreso es la naturaleza de la norma. Por ejemplo, el consenso sobre la altura que deben tener los camiones que pasan la frontera o la legibilidad de la etiqueta de algún producto pertenecen *propio vigore* al Poder Ejecutivo. Muchas de las normas MERCOSUR - Decisiones, Resoluciones y Directivas - de hecho, en la Argentina, muchas veces son incorporados a su ordenamiento interno mediante Decretos del Poder Ejecutivo, Resoluciones ministeriales y otros actos de organismos autónomos, de acuerdo a su naturaleza y competencias. Es decir, si su contenido compete al Poder Ejecutivo, éste las incorpora.³³ En cambio, si es de competencia del Poder Legislativo como la creación de un órgano o la elaboración de un acuerdo de naturaleza sustantiva o procesal pasarían por el Congreso.

3. j. c. Podría inclusive defenderse desde la óptica Argentina el efecto directo de la normativa de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR que no sea instrumentada mediante tratados o protocolos, con el sólo recaudo de la debida publicación. La cláusula de habilitación estaría dada por la misma Constitución Nacional que prevé la creación de integraciones.

3. j. d. Desde la perspectiva de la aplicación de las normas MERCOSUR por las autoridades judiciales, la cuestión puede ser dubitativa cuando

³² Ver Ernesto de la Guardia, obra citada, p. 147 y ss. También RIZZO ROMANO, Alfredo, “Derecho Internacional Público”, Buenos Aires, Plus Ultra, 3^a.ed.ampliada y actualizada, 1994, págs. 57 y ss. Para Horacio Daniel Piombo (“Teoría general de la publicidad y tratados internacionales”, Bs.As., Depalma, 1977, pág. 75). Este autor ha dicho que la intervención parlamentaria para todo tipo de Acuerdos interestatales se originó en la Carta magna francesa de 1791 y es un tipo de publicidad indirecta de los Tratados.

³³ Así, por ejemplo, los organismos con facultades para aprobar reglamentos vinculantes como la Administración Nacional de Aduanas.

la norma no ha sido internalizada. Es decir: ha sido debidamente elaborada en el plano internacional y se siguieron todos los procedimientos merco-surianos - al extremo de que surgen responsabilidades – empero, la autoridad local no la torna internamente obligatoria. La incertidumbre respecto de la aplicación de las normas MERCOSUR se traduce lisa y llanamente en inseguridad jurídica.

3. j. e. De gran importancia es la sentencia de la Cámara Nacional del Trabajo, sala 6^a. Aplicó la Declaración sociolaboral del MERCOSUR aprobada por el CMC N° 2/1998. “Como Declaración, dijo la Cámara, no requiere seguir trámites internos y se impone su adopción directa. Su miembro preopinante fue Rodolfo Capón Filas.³⁴

3. j. f. Cabe recordar que en la Unión Europea se establece cuáles son las normas que requieren tal internalización. Así, por ejemplo, los Reglamentos se aplican directamente en los Estados: son parte del derecho nacional sin necesidad de ser introducidos por una norma nacional. Por el contrario, las Directivas requieren del dictado de tal norma. Aunque hay excepciones.

3. j. g. Nuevamente hay que resaltar el protagonismo del Tribunal de Luxemburgo al asegurar la primacía del derecho comunitario sobre el interno³⁵ y la aplicación de aquél por los jueces nacionales que pasaron en consecuencia a revestir un papel preponderante en la existencia misma de las Comunidades. La multiplicidad de jueces de las Comunidades se reconduce a la unidad del Tribunal de las Comunidades o Tribunal de la Unión

³⁴ Ver el “Segundo Informe sobre la aplicación del Derecho del Mercosur”, publicación de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM), año 2004, ps. 31 a 61. Citado en GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional Privado” cit., Numeral 357 b, p. 947. La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (la Declaración) excluye su aplicación a cuestiones comerciales, económicas y financieras (Art. 25). Prevé el seguimiento del cumplimiento de los Estados de la Declaración. Hay una Comisión Sociolaboral regional y Comisiones nacionales para asegurar su aplicación. Ello no excluye el control de los gobiernos de cada Estado (Arts. 20 a 23).

³⁵ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, “El Derecho de la Unión en el Tratado Constitucional” publicado en ALTERINI – NICOLAU, op. cit. , págs. 629 y ss.

Europea. Es quien tiene el objetivo de asegurar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de todas las fuentes comunitarias.³⁶

En el MERCOSUR hay una multiplicidad de jueces sin que exista un contralor único jurisdiccional sobre su actuación. Se ha propugnado inclusive la creación de un tribunal de casación que uniformice la interpretación de la normativa comunitaria. También se ha propiciado en diferentes ámbitos la creación del Tribunal de Justicia del MERCOSUR como ha sido el caso de la propuesta de la Reunión de Cortes Supremas de los Estados Partes y la – en su momento - Comisión Parlamentaria conjunta.

3. j. h. El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) con sede en Asunción tiene competencias sobre controversias que surjan sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (art. 1º inc. 1). Una vez más se advierte de la importancia de la elaboración de Protocolos a lo producido por la RMJM o de la solución del artículo 15 del Acuerdo sobre cuestiones matrimoniales.

Aún reclamando para los jueces de nuestra región la aplicación de las normas de integración, faltaría un sistema que unifique la interpretación de tales normas.³⁷

3. j. i. En todos los órdenes, pero especialmente en un ámbito de integración, hay que militar por la primacía del tratado sobre la legislación interna de los países: no se debe desdecir unilateralmente lo que se ha concertado bi o multilateralmente.

³⁶ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó en los primeros tiempos dos sentencias que cambiaron el rostro a la hoy Unión Europea. La del 5 de Febrero de 1963 “Van Gend en Loos” en la que el Tribunal afirma que la Comunidad implica un nuevo ordenamiento jurídico en cuyo beneficio los Estados miembros han consentido restringir sus Derechos soberanos. La otra de junio 1964 “Costa/ENEL” en la que sostuvo que el Derecho comunitario prima sobre el Derecho nacional.

³⁷ Ver Qué significó el Protocolo de Olivos, por Alejandro Perotti, diario La Nación, edición del 26/02/2002, Suplemento de Comercio Exterior, Buenos Aires.

3. j. j. La internacionalización de lo producido por los Ministerios de Justicia siempre atraviesan el área legislativa.

3. k. Vigencia simultánea. Otra cuestión no resuelta eficazmente, todavía, es el de la entrada en vigencia simultánea. De nada sirve que un Estado sea diligente si no se acompaña con equivalente conducta en los demás. El Protocolo de Ouro Preto se hizo eco de este problema en el artículo 40 que establece una serie de procedimientos para garantizar la vigencia simultánea de las normas elaboradas por el CMC, GMC y la CCM. Cabría analizar, para superar el obstáculo de la falta de acompañamiento simultáneo, que se estableciera un sistema general de plazos al efecto.

Las disposiciones del derecho interno de cada uno de los Estados Parte, puede agilizar u obstaculizar la aplicación de la normativa MERCOSUR. El sistema monista del Derecho Internacional proporciona un marco mucho más ágil puesto que hay un sólo hontanar de normas con relación al cual existe la estructura jerárquica de fuentes. El sistema dualista, se reitera, con la duplicación de hontanares - el de derecho interno y el internacional - retarda y dificulta el debido cumplimiento de las normas internacionales.

3. k. a. Es muy difícil que una norma MERCOSUR tenga el mismo grado de adhesión en los Estados Parte. Ello conspira contra la internalización simultánea. Además, no todos los tratados tienen las mismas implicancias. Así por ejemplo, en un tratado de límites, su no internalización es advertida en forma inmediata por el otro Estado que reclamará en consecuencia.

En cambio la situación es más compleja cuando el tratado se refiere o afecta en forma inmediata a derechos de las personas físicas o jurídicas de los países ratificantes. Se aproxima a la cuestión de los intereses difusos. No siempre un juez advierte si una norma mercosuriana ha sido elaborada si no ha sido internalizada. Esto se traduce en la falta de reclamo al Poder Ejecutivo o Legislativo para su incorporación simultánea. Ello acarrea como consecuencia la no responsabilidad en los hechos - aunque le corresponda por derecho - del país que no ha internacionalizado la norma de que se trate.

4. I. La Reunión de Ministros de Justicia realiza una tarea que tiene como principal misión contribuir a la armonización legislativa de los Estados

Partes. Empero, además tiene la obligación de velar por los derechos de los habitantes de la Región y de proporcionar el marco de seguridad jurídica, que hace a la esencia del funcionamiento del esquema de integración del MERCOSUR. La seguridad jurídica requiere de normas y tribunales independientes.

4. I. a. En lo institucional hay mucho por hacer. Bien es verdad que la RMJM no tiene ciertas competencias. Empero, siempre habrá formas y medios que permitirán avanzar en las cuestiones que se identifiquen. Por ejemplo, es próximo a las competencias nacionales de los Ministerios de Justicia propender al mejoramiento de los sistemas de solución de controversias y a la organización de la justicia. La falta de una solución ágil para la defensa de los particulares en el Protocolo de Olivos ya 21 años del nacimiento del MERCOSUR³⁸ es, como mínimo, alarmante. Para conocer la realidad de empresas y particulares que sufren medidas mercosurianas y no tienen acceso al sistema podrían realizarse “muestreos” con encuestas. Como respuesta positiva se elaborarían proyectos de mejoramiento graduales del Protocolo de Olivos. Realidades y proyectos se elevarían como Informes al CMC.

4. I. b. También desde la perspectiva institucional habría que potenciar la labor investigativa de la RMJM y a los equipos conjuntos de investigación. De lo producido el primer paso sería la toma de razón por el CMC. Es difícil que haya una razón atendible para negar la cooperación interinstitucional en el MERCOSUR. Para ello se requiere capacitar a los funcionarios (ver 2. b.).

4. I. c. Cabría estudiar otra modalidad a la necesidad de unificar las interpretaciones de un texto común. En esta materia hace ya un considerable tiempo, la Reunión de Ministros de Justicia trabajó en un doble sentido. En primer lugar, para que haya control de gestión: se requiere hacer un seguimiento de la interpretación y grado de aplicación de Protocolos y Acuerdos. Y en segundo lugar, se propuso que sean los propios Ministros de Justicia los que interpreten su propia obra – interpretación en sentido decisorio³⁸ – para

³⁸ GOLDSCHMIDT, “Introducción Filosófica al Derecho” cit., Capítulo del funcionamiento de las normas.

lograr la univocidad en los textos que se han elaborado a su amparo.

Se podrían celebrar acuerdos con las Cortes de Justicia para lograr un informe del grado de aplicación de los Protocolos y Acuerdos y de los obstáculos que se advierten en su funcionamiento. Es conveniente estudiar el grado de receptividad que tienen los convenios en los aplicadores naturales, especialmente en los jueces. Entiendo que, por lo menos el MERCOSUR debería tener un canal de comunicación abierta entre los órganos productores de normas y los aplicadores.

4. I. c. En lo jurídico se podría analizar la conveniencia de volver a celebrar Protocolos entre los Miembros Plenos y Acuerdos entre el MERCOSUR y los Estados Asociados.

4. I. d. La RMJM podría impulsar la aprobación en los respectivos Congresos nacionales de los Protocolos y Acuerdos elaborados en su marco. Similar tarea podría llevarla a cabo con los Estados Asociados. Para facilitar la cooperación se elaboraron acuerdos Complementarios a los Protocolos de Las Leñas y al de Medidas Cautelares. Se trata de formularios que siguen fielmente a ambos Protocolos. Muchas veces la demora en la cooperación se debe a errores en la implementación del tratado.

4. I. e. Sería muy importante acometer una campaña contra la bilateralización: es contraria a la más elemental política de integración. Podría comenzarse con los Acuerdos de extradición.

4. I. f. Resulta de interés fortalecer la función de las llamadas autoridades centrales previstas en los diferentes Protocolos. Estas autoridades actúan como intermediarias entre las autoridades jurisdiccionales requirentes y requeridas y consecuentemente pueden llevar un debido control de cumplimiento de estos acuerdos.

4. I. g. Una de las prioridades para planificar la tarea futura de la RMJM es la tecnificación en orden a la jurisdicción internacional y la cooperación. Ya en el Protocolo sobre Jurisdicción en materia de Relaciones de Consumo se estableció la posibilidad del proceso a distancia propuesto por la delegación argentina. Después de las deliberaciones se redujo a actos procesales a distancia. El Ministro de Justicia brasileño elogió esta moda-

lidad y estimó que habría de estudiarse su implementación en el Brasil³⁹ para la cooperación la jurisdicción y cooperación interestadual. No se puede hablar seriamente de Acceso a la Justicia en el orden internacional sin conocer el grado de dificultades que ocasiona litigar en otro país que no sea el propio. Ahora bien, los medios electrónicos, las audiencias por medio de la teleaudiencia - a imagen de las teleconferencias –serían de inestimable valía. El sistema ha tenido mucho éxito como método y medio en la educación a distancia.

Los actos procesales a distancia se podrían muy bien aplicar la cooperación jurisdiccional, administrativa o notarial internacional. En los casos internacionales es frecuente que el Juez de un Estado requiera el auxilio o cooperación de las autoridades judiciales, administrativas o notariales de otro Estado. Por ejemplo, el traslado la demanda (notificación), interrogatorio de partes o de testigos, informes periciales, entrega o recepción de cualquier documento, práctica judicial relativa a pruebas, ejecución de medidas cautelares, por mencionar algunos requerimientos de uso frecuente. La cooperación internacional ha avanzado tanto que los artículos 7 y 8 de la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero establecen la posibilidad de que comparezcan los magistrados del Estado requirente, previa declaración aprobatoria del Estado requerido.

4. I. h. La investigación sobre las bondades de estos medios aplicados a la jurisdicción y cooperación internacionales también pueden emplearse para realizar reuniones virtuales de la Comisión Técnica de la RMJM y el MERCOSUR ampliado. Además de hacerlo ágil, ahorraría a los Estados una suma muy considerable en los presupuestos nacionales.

4. I. g. Coordinar sus funciones y acciones con los Ministerios de Relaciones Exteriores a fin de informarse de los proyectos de tratados que

³⁹ En efecto, el entonces Ministro de Justicia del Brasil, Nelson Jobim – que fuera después, sucesivamente Juez del Supremo Tribunal Federal y Ministro de Defensa felicitó a la delegación argentina por la iniciativa. Lo hizo en el discurso que dio en la Ciudad de Santa María en ocasión de aprobarse por la RMJM el Protocolo de Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo. Puso énfasis en la modalidad del proceso a distancia y en la incorporación de las nuevas tecnologías y refirió a la conveniencia que dentro del propio Brasil pueda incorporarse esta modalidad habida cuenta de la vastedad de su territorio.

están en negociación a fin de no duplicar las fuentes. Por otra parte con los medios electrónicos no es muy difícil acceder a esos datos.

Es muy difícil seguir produciendo en materias en las que hay multiplicidad de fuentes sin aclarar la repercusión que tienen en la región. La cláusula que establece que la nueva fuente no obsta a la vigencia de otras, es una cláusula que transfiere al juez las obligaciones del legislador nacional o internacional.

Una división internacional del trabajo jurídico permitiría producir más y mejor – parafraseando las ideas de los economistas liberales ingleses Adam Smith y David Ricardo. Para ello hay que analizar cual es el tema conveniente para cada organización según al área que representa. Por ejemplo, para las cuestiones universales, la ONU y la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. Es menester coordinar esfuerzos con la OEA que es el único organismo americano capaz de responder a las necesidades jurídicas americanas.⁴⁰

Sólo razones de peso y urgencia en el MERCOSUR autorizarían a elaborar tratados sobre materias en las que otro órgano externo al MERCOSUR ya está trabajando. Una de las razones puede serlo la capacidad para responder con celeridad y oportunidad a las necesidades de la región, cualidades no siempre asequibles en los megaorganismos.

4. I. h. Se advierte con preocupación que en el MERCOSUR hay muchos órganos y organismos con competencias sin que se vea con claridad sobre quién recae la responsabilidad. Especialmente el efecto que sobre los sujetos – personas físicas, jurídicas, empresas – la irresponsabilidad trae aparejada. Se requiere de principios generales y de normas precisas para delimitar a los sujetos de la responsabilidad institucional, jurídica, política, económica.

4. I. i. Sería conveniente continuar con el tema de la jurisdicción internacional. Algunos están enlazados con otras políticas sectoriales, como por ejemplo, el tema de seguros.

⁴⁰ “El MERCOSUR Jurídico entre la Globalización y la Regionalización” en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social Nº 24 del 2000. Universidad Nacional de Rosario.

4. m. a. En el marco político, las reiteradas Declaraciones del CMC acerca del requisito ineludible de la democracia para pertenecer al MERCOSUR requiere de precisiones. Si bien es verdad que las Constituciones Nacionales abundan en principios necesitados de determinación, lo cierto que finalmente se reglamentan y precisan. Baste recordar el Código de Comercio y sus leyes complementarias para comprender hasta qué grado se ha determinado el principio del derecho a comerciar. “Democracia” es un término multívoco.

4. m. a. a. Para que haya democracia, enseña Goldchmidt, se requiere que (a) haya elecciones periódicas, (b) que éstas sean decentes y (c) que haya alternancia en el poder público. Podría incorporarse un cuarto literal: (d) que los votos no se compren directa o indirectamente.

4. m. a. b. Caso que se estime que en un país ha dejado de existir la democracia habría de establecerse el alcance de la “sanción”. Verbigracia exclusión o suspensión.

4. m. a. c. Aclarar el alcance de la “suspensión”, no sólo para el Estado “sancionado”, sino también por la repercusión que tiene en los derechos del MERCOSUR como sujeto del derecho internacional. Por ejemplo, incorporar a otro país durante la suspensión.

4. m. a. d. En la propuesta tarea investigativa de la RMJM y dentro del marco político e institucional, habría de estudiarse comparativamente la reglamentación de lo que se entiende por Juicio político. No obstante a la investigación realizada en los Ministerios de Justicia la existencia en la estructura amplia MERCOSUR del Observatorio de la Democracia. De hecho, el Observatorio que monitorea a las democracias tendría un aliado ejecutor en la RMJM que elabora tratados y emite declaraciones.

4. m. a. e. Y sobre todo, ratificar, para los que no lo hubieren hecho - y poner en práctica - los tratados que propenden a la lucha contra la corrupción, mal endémico latinoamericano. Por ejemplo, la Argentina aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción –Ley N° 24.759- y la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales –ley 25.319-

dictada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). También ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), aprobada por ley 25.632 (BO 30/VIII/2002. El 31 de octubre de 2003, en el marco de su 58 periodo de sesiones, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Nuestro país suscribió este instrumento internacional y lo aprobó por ley 26.097 (BO 9/06/06).

4. m. a. e. Las reflexiones en torno a una posible agenda de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR respecto a cuestiones institucionales, jurídicas, políticas, son apenas un atisbo de lo mucho que queda por hacer. Un proceso de integración es un “haciéndose” permanente, término usado con frecuencia por Ortega y Gasset. Las posibilidades expuestas tienen un doble orden de dependencia que funcionan como “ley de bronce”. Por un lado la calidad en la formación y conocimientos del funcionariado, cierta razonable permanencia en sus funciones y vocación de servicio y por otro ¡ voluntad política!

ESTRATEGIA JUDICIAL

JUAN IGNACIO PROLA^(*)

Resumen: El propósito de este trabajo es observar la estrategia jurídica judicial desde el juez, quien forma parte de una estructura organizada y especializada en el fenómeno jurídico, el Poder Judicial y que es también quien cumple el rol de hacer justicia en el caso concreto. Está dividido en dos partes, una que pretende el esbozo o rudimentos de una teoría de la estrategia judicial; otra, de índole práctico, que intenta delinear algunas herramientas estratégicas de las que puede servirse el magistrado. Todo analizado a la luz del método que propone el trialismo, pues nos otorga instrumentos adecuados para el estudio de una cuestión compleja como la que encaramos y nos permite también establecer un orden o clasificación de las estrategias judiciales al poder distinguir entre instrumentos normativos, axiológicos y sociológicos. Distingue también entre: a) estrategia en relación al proceso; b) estrategia en relación a la decisión. La estrategia procesal se refiere al desarrollo dinámico formal del proceso, en tanto que la estrategia de la decisión se refiere al aspecto argumentativo y de contenido de la decisión. Por último, habremos de distinguir entre: a) macro estrategia judicial: la estrategia global, general y principal de la que participa el juez por su condición de miembro del poder judicial; b) micro estrategia judicial: la estrategia para el caso concreto.

Abstract: The purpose of this work is to observe the court legal strategy from the judge, who is part of an organized and specialized in legal phenomenon, the judiciary and that is also the one who has the role to do justice in the particular case. It is divided into two parts, one that aims to outline or rudiments of a theory of judicial strategy, another practical, trying to outline some of the strategic tools that can be served by the magistrate. All analyzed in light of the proposed method Trialism therefore gives us adequate tools for the study of a complex issue like we face and also allows

^(*) Juan Ignacio Prola: dirección postal: Los Chingolos 1651 (2600) Venado Tuerto. Teléfonos: 03462 – 434275 (fijo) – 15643145 (móvil) E-mail: juanyprola@arnet.com.ar ; juanignacioprola@gmail.com

us to establish a ranking order or judicial strategies to be able to distinguish between normative, axiological and sociological tools. Also distinguishes between: a) in relation to the process strategy, b) strategy regarding the decision. The procedural strategy refers to formal dynamic development process, while the decision strategy refers to the appearance and content argumentative decision. Finally, we must distinguish between: a) macro judicial strategy: global strategy, general and chief of the judge involved for being a member of the judiciary; b) micro judicial strategy: the strategy for the specific case.

Palabras clave: Juez, Estrategia, Derecho Privado, Poder Judicial.

Key words: Judge, Strategy, Private Law, Judiciary

1. Introducción

Las líneas que siguen son apenas el planteo del interrogante sobre la “*estrategia judicial*” y, en el mejor de los casos, el esbozo de algunas direcciones de pensamiento o investigación. Mi propósito es observar la estrategia jurídica judicial desde el juez, quien forma parte de una estructura organizada y especializada en el fenómeno jurídico, el Poder Judicial -cuyo valor estratégico es innegable desde que integra la organización misma del Estado y sin él no se concibe¹-, y que es también quien cumple el rol de hacer justicia en el caso concreto. Por último, el trabajo propone algunas herramientas estratégicas de las que se puede servir el magistrado en la práctica, y que también han sido clasificadas según el método elegido para el trabajo.

¹ Quiero hacer notar aquí que los golpes militares en la Argentina (y en general, en Latinoamérica), tomaron el poder ejecutivo, cerraron el Congreso, fundieron las funciones ejecutiva y legislativa, pero no pudieron –de hecho, ni siquiera intentaron– cerrar los tribunales ni fundir la función judicial a las otras dos. Con esto queda resaltado el valor estratégico del Poder Judicial.

2. El planteo de la cuestión

No sería difícil acordar que, en el esquema de solución de conflictos que propone el sistema judicial, la sentencia (decisión judicial por autonomía) es el *acto jurígeno*² por excelencia. Por lo tanto, entender cómo se llega a la decisión judicial y por qué, es crucial para el Derecho³. La *estrategia judicial* aparece entonces como una respuesta posible a la primera de esas dos preguntas, es decir, cómo se llega a la decisión judicial⁴. La situación en la cual se encuentra el juez al momento de tomar la decisión supone la conclusión o clausura del proceso⁵. Es decir que, en una primera aproximación, y desde un punto de vista estrictamente procesal, debemos ubicar al juez como una especie de alquimista que cuenta con todos los elementos que habrá de combinar para buscar su síntesis, que no es otra que la sentencia. De modo tal que es insoslayable analizar cuál es la situación del juez, de la persona que ejerce el rol de juez, qué elementos entran en juego al momento de tomar la decisión, y si esa decisión se toma estratégicamente. En el caso que así sea, debiéramos ver si esa estrategia es una sola y válida para todo tipo de proceso o si, lo que pareciera más lógico, esa estrategia varía de acuerdo al tipo de proceso en que nos encontremos.

3. Definiciones: ¿de qué hablamos cuando hablamos de “*estrategia judicial*”?

Sin la pretensión de agotar la lista, la noción de *estrategia judicial* puede desarrollarse en los siguientes niveles:

² Por *acto jurígeno* entiendo el acto que declara el derecho en el caso concreto. En este sentido, antes de la sentencia declarativa no habría derecho sino en expectativa.

³ Y también para la Política.

⁴ Un punto a pensar es este: la parte resolutiva de una sentencia, la decisión misma consiste en tres o cuatro renglones de una hoja tamaño oficio: “RESUELVO”: “hacer lugar a la demanda”, o, “no hacer lugar a la demanda”, etcétera. Todo el resto de la sentencia refiere a la motivación de la decisión y no a la decisión misma. En consecuencia, toda la estructura del Poder Judicial y todo el sistema judicial existen para esos tres o cuatro renglones.

⁵ De ahí el valor de purgar las nulidades que se le da al decreto de llamamiento de autos para definitiva.

1. Como estrategia política general de un Estado en relación al Poder Judicial;
2. Como estrategia del Poder Judicial en cuanto a la manera de alcanzar sus propios objetivos;
3. Como estrategia de los jueces y tribunales para el caso concreto, y dentro de ésta:
 - a. Como estrategia en relación al proceso;
 - b. Como estrategia en relación a la decisión.

El presente trabajo estará circunscrito a esta tercera acepción con sus variantes, sin perjuicio de que pueda referirse ocasionalmente y por estrictos motivos de necesidad argumentativa a las otras dos.

Por otra parte, y ya dentro de la estrategia de los jueces y tribunales, podemos distinguirla según el grado de conocimiento que tenga en relación al caso, pues pareciera, a primera vista, que no es la misma estrategia la que habrá de desplegar un juez de primera instancia, que una cámara de apelaciones o una corte. Las características propias de cada etapa de conocimiento del proceso, indican una necesidad de establecer distintas estrategias. La innegable circunstancia de que el proceso se simplifica a medida que avanza hacia esferas de conocimiento judicial más restringidas, es una señal de la necesidad de establecer diferentes estrategias que respondan a estos parámetros, ya para el proceso, ya para la decisión.

Además, habrá de establecerse una estrategia en razón de la materia sobre la que trate el pleito, pues también a primera vista, pareciera que se requieren estrategias distintas según sea un caso penal, laboral, etc. Para recortar el tema, pues sería imposible de abarcar en su totalidad en un trabajo como el presente, vamos a circunscribir nuestro análisis al campo iusprivatista.

4. Método

Indudablemente es de suma importancia establecer un método ya desde el principio, pues no puede haber esbozo del problema sin una línea de investigación marcada, que nos permita continuar más tarde con nuestros estudios desde el lugar donde quedaron bosquejados.

Puestos a elegir un método, descartamos de entrada el que propone el

positivismo jurídico, pues al encerrar al derecho en la norma y excluir de las ciencias jurídicas todo lo demás, impide la traza de cualquier estrategia, toda vez que convierte al Juez en una máquina insensible que aplica impasible la ley. En mi experiencia vital no es esto lo que ocurre, sino que el juez llega al proceso y a la decisión con una serie de *cargas*⁶ sociales, históricas, de tradición, valorativas, psicológicas, anímicas, ideológicas, etcétera. Esto ocurre porque el juez es un ser humano, y quitarle ese rasgo es olvidar que el derecho y la justicia han sido pensados en beneficio de la raza humana.

Es también olvidar que un juez que sólo puede aplicar la ley, llegado el caso, aplica la ley injusta. Digo, los jueces de la Alemania nacional socialista aplicaban la ley. Por estos motivos juzgo importante elegir con acierto el método que habremos de seguir para nuestro estudio.

El método que seguiremos deberá venir de una concepción más compleja y dinámica del derecho, como el trialismo integrativista⁷ que nos permitirá entender el tema de la estrategia judicial desde una óptica más humana, más comprometida con la vida y la dignidad humanas.

Por otra parte, el trialismo nos permitirá también establecer un orden o clasificación –aunque sea provisional– de las herramientas con que cuenta el juez al momento de diseñar su estrategia, al poder distinguir entre instrumentos normativos, axiológicos y sociológicos. Lo que habrá de colaborar, en definitiva, con nuestro propósito de entender un poco más el tema que abordamos.

5. Esbozo de una Teoría de la Estrategia Judicial

- 1) Cuando hablamos de estrategia en general, solemos asociar el término a la idea de fin, de finalidad, de meta, de objetivo. Si buscamos en un diccionario, el de la Real Academia, por ejemplo, nos da tres acepciones a la palabra estrategia:

⁶ Llamo *cargas* al conjunto de factores inconscientes que lleva consigo el juez por su propia naturaleza humana, y que son los que influirán en el ánimo del magistrado a la hora de tomar una decisión. Distinguir estas *cargas* de los prejuicios es tarea que aún no pude encarar.

⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Estrategias Jurídicas*, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Facultad de Derecho. UNR. Rosario, 2011.

- Uno. Arte de dirigir las operaciones militares.
- Dos. Arte, traza para dirigir un asunto.
- Tres. En un proceso regulable, el conjunto de las reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento.

Como vemos, en la definición que nos da el diccionario, la noción de fin o meta está implícita en las ideas de dirección y de decisión presentes en las tres acepciones. Esto puede ser trasladado al terreno jurídico. En el ámbito del derecho y, en particular, en el aspecto que ahora nos interesa, es decir, la *estrategia judicial*, las dos primeras nociones pueden ser aplicadas a la *estrategia judicial para el proceso*; en tanto que la tercera, bien puede estar referida a la *estrategia de la decisión judicial*.

En consecuencia podríamos decir que la estrategia, desde el punto de vista jurídico, consiste en la ordenación y disposición del conjunto de elementos que posee alguno de los operadores del derecho⁸ para llevar adelante un caso.

En general, se admite sin mayor inconveniente que las partes que intervienen en un proceso pueden tener estrategias, la estrategia de la defensa, la estrategia del actor, que los abogados de las partes puedan tener una estrategia. Sin embargo, nos vemos en dificultades cuando tenemos que admitir que existe una estrategia por parte del juez o tribunal.

Como enseña Ciuro Caldani⁹ (2011), esto se debe al concepto que traemos de la época del racionalismo, del modernismo, de la Revolución Francesa y de la Exégesis, dónde el juez era la pieza última que dejaba lista la aplicación del derecho en el caso concreto, el último engranaje, la etapa final de la línea de montaje de una maquinaria jurisdiccional que no tenía estrategia. Las máquinas no tienen estrategia, porque no tienen intención. Uno sencillamente las pone en funcionamiento y ellas comienzan a realizar las operaciones para las que han sido pensadas y programadas. En consecuencia, si concebimos al Juez como un mero aplicador de la ley, y la ley es una maquinaria que no se fija estrategias sino que opera con independencia de la voluntad de las personas; luego, el Juez no podría disponer de una estrategia, sino que sería un aplicador impersonal de la ley a través de un silogismo lógico y según el método de la subsunción.

⁸ Por operadores del derecho entiendo a los jueces, abogados, defensores, fiscales, etcétera.

⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Op. Cit. Pag. 89 y siguientes.

Sería hipócrita negar que la decisión judicial está compuesta por una serie *cargas* que trae el Juez consigo, de las cuales no se puede desprender y que entran en juego en el momento de dictar la sentencia. Justamente en eso consiste que la justicia sea humana, porque le brinda al Juez la posibilidad de observar las cosas más allá de la letra fría de la ley. De manera que me parece que es lícito preguntarnos sobre si los jueces son meros aplicadores de la ley, o si al momento de dirigir un proceso y tomar la decisión, el magistrado despliega, desarrolla y ordena una serie de herramientas de muy variado orden con las que cuenta a fin de alcanzar el objetivo, finalidad o meta del caso concreto¹⁰. Si admitimos como real esto último, entonces se impone la adopción de una cierta estrategia.

Indudablemente deberemos volver en su momento sobre este tema del objetivo buscado por un proceso judicial, pues es claro que la estrategia a seguir estará en directa relación con el fin perseguido por el proceso de que se trate. Así, no será lo mismo si estamos ante un proceso penal o ante un proceso civil; y también habrá distintas estrategias dentro de cada uno de ellos, según sea el debate concreto, lo que efectivamente se esté discutiendo.

- 2) Cualquier teoría de la estrategia que se asuma como tal debe ensayarse o imaginarse según la realidad en la cual está inserta esa estrategia. Esa estrategia va a funcionar en un esquema muy claramente definido que es el ámbito del Poder Judicial. La función del Poder que está destinada a impartir justicia -para dar una definición rápida- tiene un alto grado de importancia política, un profundo valor estratégico para el Estado, pues es una de las funciones propias de él. En otras palabras, no se puede imaginar un Estado sin Poder Judicial. El Poder Judicial es una herramienta que tiene el estado para llevar adelante sus políticas, no solamente para establecer o para mantener la paz social a través de la solución de los conflictos, sino también para llevar adelante acciones positivas a través de las cuales se cumplan los fines para el cual el Estado ha sido previsto.

De modo que para cualquier teoría de la estrategia judicial, lo primero que tenemos que saber es cuál es la función o el rol que tiene el Poder Judicial en el esquema del Estado. A partir de ahí podemos empezar a

¹⁰ Sería interesante desarrollar aquí la noción de *efecto clausura* acuñada por D. Kennedy, entendida como sensación de saciedad de justicia en el caso concreto.

entender cómo funcionaría la teoría de la estrategia judicial, a fin de dar respuesta o de poner en práctica esa otra estrategia o macro estrategia, como le queramos llamar política, en la cual está inserta el Poder Judicial. Por eso es muy importante reconocer las cualidades que en la *realidad* se nos presentan. No queremos imaginar un Poder Judicial en función de un ideal, sino entender cómo es el funcionamiento real de un juzgado y cuáles son las decisiones estratégicas que deben tomar los jueces para poder realizar el fin para el cual ha sido instituido el Juzgado.

De ahí la importancia de una descripción de la realidad lo más acabada posible, no sólo del fenómeno jurídico (el cual se encuentra especializado el Poder Judicial), también de las herramientas administrativas con que cuenta, del personal que integra el juzgado, de la cantidad de causas que se tramitan, de los índices de litigiosidad que hay en la sociedad en la que interviene el juzgado, etcétera. En consecuencia, es insoslayable comprender en toda su dimensión el funcionamiento de los juzgados a fin de poder elaborar estrategias en el plano concreto.

Si lo que necesitamos es entender la realidad, puede ser útil ensayar algunas clasificaciones de las estrategias, pues si bien es cierto que, como decía Borges, las clasificaciones son caprichosas, no podemos desconocer que suelen ser útiles para entender la situación dinámica y compleja que enfrenta el juez cada día. Esa misma realidad que estamos hablando es el tribunal, el funcionamiento del tribunal, el pasillo del tribunal, lo que realmente ocurre en el tribunal.

La estrategia siempre requiere o supone una visión general del fenómeno sobre el cual se va a aplicar. Observar todo el terreno desde distintos puntos de vista y ver qué cosas nos benefician y qué cosas nos perjudican, en función de los distintos elementos que hay en juego en el momento concreto que tengamos que desarrollar una estrategia. En consecuencia trataremos de ensayar las clasificaciones.

Dichas clasificaciones en modo alguno se excluyen mutuamente ni conforman compartimientos estancos e incomunicados entre sí, antes bien se trata de herramientas teóricas que ayudan a comprender la realidad estudiada. Necesitamos comprender en toda su magnitud el funcionamiento de los juzgados, pues la suma de todos ellos es el funcionamiento del Poder Judicial. De este modo se puede hacer más eficiente y dar una mejor respuesta a los requerimientos sociales.

De manera que no se trata sólo de bosquejar una teoría, sino que ésta

debe estar diseñada en base a la observación concreta de lo que ocurre todos los días en un juzgado. Ahí está el derecho en acción, es la zona más vital del fenómeno jurídico, en la que el Juez debe justificar la existencia del Poder Judicial como institución política fundamental del Estado.

Esto que acabo de decir plantea, a la vez, un problema epistemológico muy propio del Derecho. La cuestión consiste en que no podemos elaborar una teoría y después intentar explicar la realidad a través de ella, sino que inversamente, debemos mirar la realidad para de ahí elaborar una teoría.

6. Clasificación de las estrategias judiciales

6. 1. Según la función

Si bien la función jurisdiccional es la primordial y todo el juzgado tiende hacia ella, también es verdad que para poder llevar adelante esa función jurisdiccional el juzgado necesita de una estructura administrativa. Siguiendo estas ideas que acabamos de exponer, podemos hacer la primera clasificación de la estrategia según sea dirigida a la realización de la función jurisdiccional o a la realización de la actividad administrativa, sin perder de vista jamás que ésta es un medio y aquélla es el fin que persigue el juzgado.

Administrativamente sabemos cómo están conformados los juzgados. Si bien se pueden encontrar ligeras variantes de funciones o de número de personal que lo integra, podemos decir que básicamente tienen un empleado en Mesa de Entradas, un ordenanza, un oficial proveyente o jefe de despacho, dos o tres empleados escribientes, un ordenanza, un Secretario y el Juez. Este es un esquema básico de un juzgado, después habrá variantes y cambios de nomenclador, según las provincias, según los estados, etc. Decíamos que, según la función, la estrategia judicial puede ser administrativa o jurisdiccional propiamente dicha, y que la estructura administrativa de un juzgado es un medio para la realización de su función primordial. Para el Juez, sería importante entonces desarrollar herramientas estratégicas administrativas judiciales, a fin de hacer más eficiente la función jurisdiccional.

Algunas herramientas importantes con que cuenta el Juez para hacer más eficiente la estrategia administrativa del juzgado, son:

- 1- conocer a su personal;

- 2- realizar cursos de liderazgo o de organización de empresas o de manejo del personal a su cargo;
- 3- conocimientos en administración de oficinas complejas,
- 4- información para la clasificación de las actividades;
- 5- esquema administrativo de respuesta ante las urgencias; etc.

No debemos perder de vista en ningún momento que si bien el Juez es la máxima autoridad del juzgado, éste es un conjunto de personas que, en distinta medida y con distintas funciones dentro de esa estructura administrativa, deberán articular el mecanismo interno de funcionamiento.

Señalo, para terminar, que no comparto la idea de quienes quieren aislar al juez quitándole las funciones administrativas y de organización que posee, otorgándose tales funciones a una oficina aparte¹¹. Sin embargo, no puedo entrar a tratar el tema pues excedería las normas editoriales del trabajo.

Dentro de la función jurisdiccional podemos distinguir entre estrategias procesales y estrategias jurisdiccionales propiamente dicha.

Según la función, las estrategias procesales se refieren a la manera en la cual el juez maneja los diferentes procesos –y los diferentes tipos de procesos– que tiene en su juzgado. Son estrategias que tratan de establecer qué tipo de prioridad asignarle al proceso; cómo clasificar los procesos a fin de hacer más eficiente la toma de decisión judicial; por qué elegir un determinado juicio para fallar (más allá de las razones de urgencia temporal); cómo ir articulando el proceso y ejerciendo el control sobre el mismo, a fin de hacer que todas las partes respeten las reglas del juego y pueda llegarse a una decisión válida; e, incluso, la forma en que el juez lleva la dirección esos procesos, de modo de encontrar la ocasión oportuna para intentar, de ser posible, una solución del conflicto sin necesidad de llegar a la sentencia.

Por otra parte, en las funciones jurisdiccionales propiamente dichas, se refieren a la cuestión de la decisión judicial que vamos a desarrollar más adelante.

6. 2. Segundo el grado de conocimiento del juez o tribunal

Las estrategias judiciales deberán también pensarse según el grado de conocimiento que tenga el juez o tribunal que haya de intervenir en la cuestión. Tal como se encuentra hoy el sistema judicial de resolución de conflictos, el grado de conocimiento de los jueces, que tiende a especificarse

¹¹ Esto es lo que se está haciendo con la justicia penal de la provincia de Santa Fe.

según vaya ascendiendo de instancia. De modo que es más amplio o mayor el grado de conocimiento que sobre el caso tiene el juez de primera instancia, más acotado en las cámaras de apelación (recordemos que sólo conocen en los extremos postulados en los agravios, viéndose impedidas de actuar sobre asuntos que no fueron cuestionados por las partes), y de manera extraordinaria y sólo en cuanto a la adecuación constitucional de las decisiones de las instancias ordinarias, en las Cortes¹².

El juez de primera instancia es el más cercano al justiciable, el juez que debe dar la respuesta más inmediata, juez de “trinchera”, si se me permite la expresión, pues es el que da la respuesta más directa e inmediata a los requerimientos del justiciable. Es el juez que tiene que vérselas con el accidentado que necesita un tratamiento que la aseguradora no está dispuesta a cubrir, del pedido de protección o exclusión del hogar, el que debe despachar la medida cautelar a fin de evitar que se esfume un derecho, etcétera. En suma, el juez de primera instancia es quien tiene un conocimiento mayor de la materia bajo discusión, porque dirige la parte del proceso en que el debate es más amplio y extenso, donde las partes tienen mayor despliegue procesal, y que sirve de zaranda para una primera depuración entre lo que es principal y lo que es accesorio en el debate.

A medida que se va ascendiendo en los grados de conocimiento de los tribunales, se va acotando o va disminuyendo la posibilidad de intervención del Poder Judicial en el caso traído a su conocimiento. La Cámara solamente conoce la queja sobre los puntos con los que las partes están disconformes, sobre puntos determinados, concretos y precisos, pues los litigantes no pueden ir a la Cámara a plantear discusiones que no fueron propuestas en baja instancia. Es cierto que a veces las quejas son tan amplias que involucran prácticamente todo el proceso, pero si observamos, el trámite de Alzada es mucho más simplificado que el de primera instancia:

- a- Como vimos, la Cámara sólo conoce sobre los puntos concretos que fueron materia de agravio;
- b- La apertura a prueba en segunda instancia es excepcional y de interpretación estricta;
- c- Los incidentes que pueden promoverse están acotados y no suelen ser más que los de cambio de efecto o mala concesión del recurso, la

¹² Dejo a salvo los casos de competencia originaria, o los de *per saltum* (de cuya constitucionalidad dudo).

denegatoria a la apertura a prueba, y alguno más con ligeras variantes en las provincias o en la Nación;

- d- El trámite de Alzada, en la mayoría de los códigos procesales de nuestro país, consiste en la expresión de agravios, su contestación, llamado a Sala, su notificación y el Acuerdo o Resolución.

Las Cortes, por su lado, van a intervenir de manera excepcional, sólo cuando cuando hay una discusión en torno a derechos de rango constitucional. Dejando a salvo los casos de competencia originaria, en los que actúa como un tribunal de grado, la Corte Nacional sólo interviene en los casos previstos en la ley 48 y la arbitrariedad¹³. Por lo tanto, su nivel de conocimiento en relación al caso concreto se ve limitado a esto. El procedimiento también se ve simplificado como en la segunda instancia. Esto se corrobora, por ejemplo, con la decisión de la Corte Nacional de establecer un máximo de fojas para el escrito en el que se plantea el recurso extraordinario. Recordemos que el máximo tribunal de la Nación, por Acordada N° 4/2007, ha dispuesto las “*Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal*” estableciendo en su art. 1º que: “*El recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12). Igual restricción será de aplicación para el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*”¹⁴.

Desde un punto de vista sociológico, esta clasificación de las estrategias en relación al grado de conocimiento del tribunal nos permite algunas observaciones. En primer lugar, está claro que el juzgado de primera instancia es el juzgado de mayor y más inmediata influencia social en el territorio sobre el que ejerce su jurisdicción. Es quien hará posible la tutela judicial efectiva, es el juez que está en contacto más directo con la gente, aquel que necesita dar la respuesta más efectiva y más inmediata, etcétera. El juez de primera instancia, también, tiene otro rol estratégico en el esquema del Poder Judicial en este análisis sociológico, y consiste en ser la cara

¹³ Veremos qué sucede con el proyecto de ley de *per saltum*. Sin embargo, su carácter es aún más excepcional que el recurso extraordinario. Lo mismo puede decirse del recurso de inconstitucionalidad en Santa Fe, que limita la intervención de la Corte local a los tres incisos del art. 1º de la ley 7055-

¹⁴ A mi juicio, esta Acordada es un claro ejemplo de cómo el Poder Judicial ejerce, a veces, una función propia del poder legislativo dictando normas generales y abstractas.

visible del Poder Judicial ante la sociedad. Esto indica que quien está en mejores condiciones de intervenir en los conflictos colectivos e individuales que se presentan en una sociedad y dar una respuesta pacificadora más inmediata, son los jueces de primera instancia.

Desde el ámbito normológico, si observamos los procesos tuitivos que dispone la ley, particularmente en materia de orden público, observaremos que todos ellos están dirigidos a los jueces de primera instancia. Es a ellos a quienes el ordenamiento jurídico les encarga la respuesta más inmediata y les da las herramientas necesarias para darla.

Desde cierto plano axiológico, esta encarnación de la justicia en la figura del juez de primera instancia – que suele verse con mayor facilidad en las sociedades de ciudades pequeñas– tiene un valor simbólico muy fuerte, que debiera analizarse a la luz de la psicología y la psicología social. En él la sociedad ve la corporización de ciertos ideales y valores, que la propia sociedad juzga trascendentales para sí misma. Entonces la importancia del juez de primera instancia es mayúscula.

En cuanto a las Cámaras de Apelación, tienen una enorme importancia en la fase creativa del derecho. Y su función primordial, aunque no exclusiva ni excluyente, es axiológica: el recurso de apelación es el único remedio que está dirigido a revisar la justicia del fallo en crisis. Mientras la función del recurso extraordinario o del recurso de inconstitucionalidad apunta a la interpretación de cláusulas constitucionales en relación al caso concreto, o el recurso de nulidad está dirigido a corregir defectos procesales; las Cámaras de Apelación son los únicos tribunales que se preguntan: “*¿Es justo el fallo apelado?*”. Por lo tanto, el valor justicia, desde este punto de vista, se realiza definitivamente en esta segunda instancia. Obsérvese que las Cortes, incluso cuando declaran la procedencia del remedio extraordinario, se limitan a anular o revocar el fallo, pero no a dictar uno en su reemplazo, sino que lo reenvían a los jueces de segunda instancia para que dicten un fallo acorde a la doctrina constitucional sentada por el Tribunal Superior.

En virtud de las características apuntadas en esta clasificación según el grado de conocimiento, será también las estrategias que habrá de diseñar el tribunal para llevar adelante su función. Y en estrecha relación con la clasificación según esta función, dispondrá en su estructura administrativa y jurisdiccional.

6. 3. Segundo la rama del derecho

Esta clasificación de las estrategias atiende a aquéllas que se despliegan según el tipo de conflicto discriminado por ramas del derecho. Está claro en este sentido que la clase de cuestión que se ventila en un juzgado laboral es diferente, responde a otra lógica y están en juego cuestiones del todo distintas a las que se presentan en un juzgado de familia. Un proceso civil es radicalmente distinto si se refiere a un asunto de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, que si se trata de una cuestión de interpretación de un contrato entre comerciantes. Incluso se podría analizar esta clasificación internamente, relacionándola con los tipos de procesos que están previstos para esa rama del derecho.

Así, tomando como ejemplo el derecho procesal santafesino, nos encontramos que según el requerimiento de la rama de que se trate son las características de los diversos procesos que se prevén para dicha rama; pero también, y vinculándola con la clasificación de la estrategia según la función, se establece una determinada estructura administrativa judicial para enfrentar los requerimientos propios del tipo de conflicto, clasificado por rama del derecho, que tiene resolver el Poder Judicial.

En este orden de ideas encontramos las características de la distribución de las competencias por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Previéndose procesos en atención a las particularidades del tipo de conflicto. Veamos: En el Código Procesal Laboral, se prevén distintas clases de proceso, según el interés afectado. Encontramos así el juicio ordinario laboral, el trámite abreviado laboral, el pronto pago laboral, el desalojo laboral, etcétera. En el ámbito del derecho de familia, se prevén las medidas autosatisfactivas para enfrentar casos de abuso y violencia familiar, y también otra clase de procesos según el interés jurídico afectado. También en el plano administrativo se observan estas particularidades. Así, el juzgado de familia está provisto –o debería estarlo, dado que aquí también hay cuestiones presupuestarias– de personal especializado, con asistentes sociales, psicólogos, mediadores, etcétera. Es completamente distinta a la composición del personal de un juzgado civil o de una Cámara de Apelación.

Por último, esta clasificación tiene también un valor de crítica epistemológica, concretamente, sobre la tradicional división científica del derecho en ramas. Sin perjuicio de que la metáfora arbórea ha dejado de dar una respuesta satisfactoria a los cuestionamientos epistemológicos de las

últimas décadas, la complejidad de la trama de relaciones humanas en la que nos movemos y que, parafraseando a Deleuze y Guattari¹⁵ (2004), se parecen más a un rizoma que a un árbol, nos lleva reconocer la insuficiencia del modelo tradicional del conocimiento jurídico en ramas, y su correlato en la especialización de la justicia en función de ellas en el plano concreto.

Esta estructura arborescente no responde a la realidad¹⁶, sino que tiende a simplificarla, lo que equivale a desconocerla y manejarse en el plano de lo ideal. Veamos un ejemplo: Un mismo accidente de tránsito puede dar origen a tres juicios distintos: uno penal, otro civil y hasta un tercero de carácter laboral. Todos los procesos que de él se deriven darán una visión parcial y enfocada a un solo punto de vista. Esto importa un despliegue procesal y jurisdiccional enorme, la intervención de varios jueces que dan todas respuestas parciales y, en definitiva, más de una opinión sobre un mismo suceso, con la consiguiente necesidad de unificar la jurisprudencia al final del camino y evitar decisiones contradictorias sobre un mismo acontecimiento.

7. Estrategia judicial en el proceso y en la decisión

Hemos visto que la estrategia judicial puede referirse al proceso o a la decisión. Si bien a primera vista pareciera que la primera incluye a la segunda, esto no es así, pues la estrategia procesal se refiere al desarrollo dinámico formal del proceso, en tanto que la estrategia de la decisión se refiere al aspecto argumentativo y de contenido de la decisión. A su vez, estas decisiones pueden ser de dos tipos, motivadas (sentencias y resoluciones) o inmotivadas (decretos y providencias de trámite). Sólo las primeras interesan desde el punto de vista de la estrategia de la decisión; las providencias o decisiones inmotivadas, quedan atrapadas por las estrategias procesales que desarrolla el juez. A su vez, ambas categorías pueden ser analizadas según el tipo de proceso, según la materia del proceso y según el grado de conocimiento que le quepa al juez o tribunal.

¹⁵ DELEUZE, Giles y GUATTARI, Félix. “Rizoma”. Ed. Pre-Textos, Valencia, 2004.

¹⁶ PEIRONE, Fernando. *Mundo Extenso*. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Bs.As., 2012.

8. Estrategia Judicial en relación al proceso

8. 1. En el plano normativo

Desde este punto de vista, el proceso podría ser entendido como un programa o plan estratégico estándar para tornar operativos la garantía del debido proceso, el derecho de defensa en juicio y el derecho a la jurisdicción. Esto requiere de una concepción dinámica del proceso, pues se vuelve una herramienta articulada que apunta a un fin determinado (hacer operativos derechos y garantías constitucionales), que marca los límites dentro de los cuales habrá de desenvolverse el debate. Dado que, en definitiva, el proceso se trata de una serie de reglas del juego que se imponen a las partes que vienen a solucionar su conflicto jurídico; luego, la primera decisión estratégica del magistrado habrá de consistir en no permitir que alguno de los que intervienen en el juicio (partes, testigos, peritos, etcétera) deje de respetar dichas reglas del juego.

Salta a la vista que, esta concepción del proceso que acabo de sintetizar, requiere de un tipo de juez diametralmente opuesto al tradicional. En efecto, el juez moderno, cuyo tipo tradicional es el de la exégesis, trata de intervenir lo menos posible en el proceso, su rol es pasivo, de mero controlador del respeto al orden público procesal. En cambio, el tipo de juez¹⁷ en el que estamos pensando, es un juez activo, que participa dinámicamente en el proceso, que lo dirige hacia el fin social y político que supone la existencia del sistema judicial de resolución de conflictos.

Es éste otro punto valorable al momento de establecer la estrategia judicial para el proceso. Me refiero a entender que el sistema judicial es uno de los posibles sistemas de solución de conflictos, pero que hay otros. La mediación, el arbitraje, por ejemplo. Lo que significa el sistema judicial tiene su especificidad, y que tales particularidades dan a los individuos que a él se someten ciertas garantías que no dan otros sistemas de solución de conflictos. Entre las particularidades que abonan dicha especificidad encontramos: a) el rol estratégico político del Poder Judicial; b) el respeto a la estructura sistemática del esquema procesal; c) la posibilidad del uso de la fuerza pública;

¹⁷ Es interesante la clasificación que hace Kennedy entre juez conservador, juez activista y juez bipolar, en el ensayo citado.

d) la seguridad que otorga la fuerte carga formal que subyace en la estructura normativa; etcétera.

8. 2. En el plano axiológico

Si bien es cierto que la mayoría de los códigos procesales incorporan expresamente el principio de buena fe y lealtad procesal, tales valores estarían presentes en el proceso aún cuando no tuvieran reconocimiento normativo, pues el proceso no puede encarnar más que esos valores que la sociedad considera positivos. Puesto que el proceso está pensado para dar la solución pacífica de los conflictos sociales (individuales o colectivos), uno de sus principales valores estratégicos será el de servir de contención a los ciudadanos de modo de preservar la paz social.

Otro punto a considerar en el orden axiológico, consiste en la utilización de la tutela judicial efectiva como herramienta estratégica hacia la cual tiene que tender toda acción del Poder Judicial, pues si éste no puede hacer efectiva la tutela de los derechos en los ciudadanos pierde toda razón de ser¹⁸ al dejarlos huérfanos de justicia. En otras palabras, tener derechos y no poder gozar de ellos, es peor que no tenerlos. En consecuencia, el sentido de la existencia del Poder Judicial es asegurar la posibilidad del ejercicio y goce del derecho que se trate, cuando éste goce se ve impedido.

Me parece que, en este plano axiológico juega también todo preámbulo constitucional, pues está claro que su principal función jurídica consiste en indicar el rumbo axiológico al que tiende (o debe tender) toda acción del Estado. El Poder Judicial, tanto en su condición de función del Estado, como en su carácter de intérprete de la Constitución (al menos en el caso de nuestro país), queda claramente comprendido dentro de esta pauta axiológica y a ella también tiene que adecuar el desarrollo del proceso. Toda vez que hacia ese conjunto de valores tiende *naturalmente* el sistema procesal. De ahí los principios de buena fe, lealtad y probidad procesal.

¹⁸ A tal situación de crisis se llegó en el año 2001 (una característica que distingue ésta de toda otra crisis que haya padecido la Argentina), cuando pese a las órdenes judiciales los bancos no devolvían el dinero. Sería interesante ahondar en este tema, y la influencia psicológica que tuvo en la población la imposibilidad del Poder Judicial de hacer respetar y cumplir sus propias decisiones.

8. 3. En el plano sociológico

Desde este punto de vista, encontramos en primer lugar ciertos argumentos de orden histórico, tales como los motivos sociales y culturales que llevaron a la distinción de la función judicial de las otras dos funciones del estado.

Otro punto a tener en cuenta aquí son las tradiciones jurídicas del país, que no pueden estar ausentes al momento de componer estrategias, pero tampoco deben operar como un cepo que impida cualquier posibilidad de cambio. Así, en la Argentina, un país con larga tradición en materia de reconocimiento de derechos y libertades civiles (fue uno de los pioneros en abolir la esclavitud, por ejemplo), los jueces, al momento de diseñar sus estrategias procesales, deberán tener presente estas tradiciones, permitiendo un procedimiento al que sea fácil acceder y que procure la satisfacción real de la justicia en el caso concreto. Esta mirada nos permite entender desde otro punto de vista procesos tales como las medidas autosatisfactivas.

Es en este plano que los jueces más tienen que trabajar, en punto a diseñar estrategias procesales que permitan un efectivo y real acceso a la jurisdicción de las personas. Esto se debe, en buena parte, a que el proceso está pensado (al menos en nuestro país) para una sociedad con mucho menos dinamismo que el de hoy en día. El juicio ordinario o el proceso ejecutivo fueron pensados para una sociedad en la que rara vez alguien daba un cheque sin fondo o dejaba de honrar un pagaré. Pero el legislador procesal no previó (quizá no podía prever) los juicios iniciados en masa por las empresas que venden electrodomésticos en cuotas, o las ejecuciones por saldos impagos de tarjetas de crédito (que se inician por cientos), etc. En otras palabras, el proceso tal como está diseñado en el derecho procesal tradicional, no responde a la sociedad de masas y la cultura del consumo. La complejidad y dinamismo de la economía actual, lleva a que los jueces tomen decisiones que afectan a mucha gente. Los esquemas procesales y las estructuras jurisdiccionales no parecen estar preparados para eso. Más allá de la existencia de la ley de defensa del consumidor, etc., me parece que es un ámbito en el cual hay que empezar a investigar, y rápido, porque sino seguiremos con los juzgados desbordados de expedientes inútiles, sin otro sentido que el de mantener una maquinaria burocrática jurisdiccional, que hace una justicia de la boca para afuera, una justicia meramente formal, ya que es imposible atender la cantidad de esos casos iniciados en masa.

Quiero detenerme un momento aquí para realizar la siguiente observación. Tomemos la justicia de circuito¹⁹ santafecina, a modo de ejemplo.

Diariamente los juzgados de circuito de nuestra provincia reciben cantidades de juicios iniciados en serie por empresas dedicadas a la venta masiva de bienes o servicios. La abrumadora mayoría de estos procesos:

1. traman en rebeldía de comienzo a fin;
2. el actor suele embargo sueldos, embargos que, muchos de ellos, caen al poco tiempo porque el demandado ya no trabaja más ahí; de manera que, para el actor, el *fumus bonis* está a la orden del día;
3. la traba de embargos sobre bienes carece de sentido, pues los procesos están pensados para ejecuciones individuales y como los bienes suelen consistir en los mismos electrodomésticos comprados en cuotas (ahora ya vetustos) o en automotores que no están transferidos, las subastas terminan por convertirse en un trámite engorroso y más caro que el bien que se pretende subastar;
4. los demandados, grupo que se caracteriza por su composición social de personas de escasos ingresos, en general ni se enteran de que se le iniciaron acciones; en muchos casos, porque ya no viven en el domicilio que denunciaron al momento de contratar (recordemos que en su mayoría alquila o vive en condiciones de extrema precariedad); en un alto porcentaje de casos, estas personas jamás vienen al pleito.
5. Los juzgados se cargan de expedientes que no son más que formas sin sustancia, dictando sentencias en formularios y sin el menor apoyo en la realidad social, la que sucede fuera del tribunal;

Quiero apoyar lo que acabo de decir con algunos datos estadísticos. En el Juzgado de Circuito de Venado Tuerto, se iniciaron entre 01/07/2011 y 01/07/2012 la cantidad de 1.629 expedientes, de los cuales 690 fueron juicios ejecutivos y 376 fueron apremios fiscales. Se dictaron en estas dos clases de juicios 890 sentencias en rebeldía. Es decir que, sobre 1.066 juicios de tipo ejecutivo el 83,49 % tramitó sin que aparezca el demandado. Ante esta realidad, ¿qué sentido estratégico tiene el proceso que acabo de describir?

Esto impone la necesidad de una estrategia que deben desarrollar los jueces en determinadas áreas, a fin de dar respuestas a la sociedad sin contar herramientas procesales adecuadas.

¹⁹ En la provincia de Santa Fe, los juzgados de circuito son los que entienden en asuntos de menos de \$ 4.500 y locaciones urbanas y rurales.

9. Estrategia en relación a la decisión judicial. Aspectos generales

Dos términos necesito definir para seguir adelante, las nociones de *macro* estrategia judicial y *micro* estrategia judicial. La primera apunta a la estrategia global, general y principal de la que participa el juez por su condición de miembro del poder judicial. En el orden normativo, esta *macro* estrategia está representada por la Constitución Nacional. En el orden axiológico, tiene basamento en el Preámbulo constitucional. En el orden socio-lógico, la *macro* estrategia está fundada en las políticas que justifican la existencia del estado.

La *micro* estrategia se define como la estrategia para el caso concreto. Tiene que ver con la fase argumentativa de la decisión y el resultado que el juez o tribunal espera alcanzar al resolver el caso. Estos argumentos, a su vez, también pueden ser analizados a la luz del trialismo.

10. La macro estrategia judicial

10. 1. En el plano normativo

La forma en que ha sido organizado el poder judicial en las leyes que lo regulan suelen indicar un aspecto de la macro estrategia que el estado desarrolla para facilitar el acceso de los ciudadanos a la justicia. A modo de ejemplo, observemos la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, existe una clara decisión estratégica (posiblemente tomada por motivos demográficos, geográficos, económicos, etcétera) de establecer la competencia concurrente entre los distritos que componen una misma circunscripción y los juzgados se encuentran repartidos en ciudades y pueblos, a veces con más de cien kilómetros de distancia entre uno y otro. También en cuanto a la estructura administrativa y procesal del Poder Judicial en Santa Fe, según se trate de los dos grandes centros urbanos que componen las circunscripciones 1 y 2, y la dispersión espacial de la población en las circunscripciones 3, 4 y 5. Esto se ha resuelto dando un tratamiento diferenciado a las dos primeras de las tres últimas, tanto en la ley orgánica cuanto en el proceso que habrá de llevarse adelante. Es cierto que

esto puede provocar algunas paradojas, si usted choca en Venado Tuerto y quiere iniciar un juicio de daños y perjuicios, puede hacerlo en Venado Tuerto, Melincué, Rufino o Firmat, llevará adelante un proceso escrito y juzgará su caso un juez de primera instancia de distrito en lo civil y comercial. En cambio, si el accidente lo tiene en Córdoba y Oroño de Rosario, sólo podrá demandar ante los tribunales de responsabilidad extra-contractual de Rosario (no elegirá ni la nominación), tendrá un proceso oral y será juzgado por tres jueces. Pero estas paradojas funcionan como excepciones a la regla, y forman parte de los riesgos que asume el legislador al momento de dictar una ley.

Esto, me parece, tiene que ver con la macro estrategia judicial en que se encuentra comprendido todo magistrado, y en la que debe ser profundamente consciente del lugar que ocupa. Como también debe ser consciente de las paradojas²⁰ que produce la estrategia y que son asumidas como riesgos del sistema.

10. 2. En el plano axiológico

La función judicial, como sabemos, es una de las funciones propias del estado y la única para la cual se requiere título universitario. Me parece oportuno destacar que se puede ser Presidente de la Nación y ser analfabeto, pero no se puede ser Juez si no se es abogado, es decir, si no se tiene un título universitario. Ni siquiera un título secundario, título universitario y esto es así en la Argentina desde 1853. De por sí, importa una declaración estratégica de la Nación en torno a lo que se pretende de la función judicial: La necesidad de estar educado en los valores cuya preservación quiere promover el Estado. Estos valores están reconocidos en el Preámbulo de la Constitución Nacional, al señalar los objetivos que se persigue el Estado Argentino.

En palabras más técnicas, el Preámbulo constitucional marca el derrotero estratégico hacia el cual se debe dirigir la acción del estado. Ese

²⁰ Otra paradoja del sistema procesal santafecino es ésta: Si usted inicia un juicio de \$ 4501, debe iniciarla en el Juzgado de Distrito. Si el juez rechaza su demanda y usted quiere apelar, la ley le niega la apelación por no alcanzar las 10 unidades JUS que exige el art. 43, LOPJ, que hoy alcanza a \$ 6000. Pero si usted demanda por \$ 300, debe ir a un Juzgado de Circuito, y ya hay jurisprudencia a raudales que establece que todos los juicios de circuito son apelables.

valor estratégico se realiza, entre otras, a través de la función de los magistrados. De manera que cuando en el caso concreto el Juez tenga que establecer la estrategia para el fin que él persigue, no debe perder de vista jamás que forma parte de una macro estrategia, que sigue a los lineamientos que acabamos de definir en el párrafo anterior.

En el caso particular de los jueces de la provincia de Santa Fe y en función del sistema actualmente vigente para la selección de magistrados, el hecho de que exista una audiencia pública donde el futuro magistrado, se compromete a preservar valores democráticos, la Constitución y los Derechos Humanos es una declaración ideológica y una pauta estratégica a tener en cuenta al momento de dar fundamento a un fallo. En consecuencia, el Juez también es un engranaje esa de macro estrategia política que lleva adelante el país desde su Constitución misma. Y ésta es una pauta insoslayable al momento de evaluar la estrategia diseñada para resolver el conflicto que se le ha presentado, dado que es una herramienta muy útil a la hora de interpretar tanto los hechos como el derecho.

10. 3. En el plano sociológico

La Corte Nacional tiene dicho que los jueces no pueden desentenderse de las consecuencias de sus fallos. Y a tal punto esto es así que la propia Corte tiene, dentro de sus diferentes secretarías, una dedicada a estudiar los impactos económicos de sus propias decisiones. Es cierto que los jueces ordinarios no tenemos la influencia que ejerce la Corte, bien sabemos que no es lo mismo lo que diga la Cámara de Apelaciones de Venado Tuerto que lo que diga la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero con mayor o menor incidencia sobre la región sobre la que ejerce su competencia, cada uno de los jueces ordinarios, tiene el deber de prever razonablemente la influencia que tendrán sus decisiones sobre la comunidad. En particular, los jueces de segunda instancia, quienes en la enorme mayoría de los casos de derecho común son la última palabra.

Esta directriz marca un claro rumbo ideológico en materia jurídica y es un elemento estratégico a tener en cuenta. Como rumbo ideológico jurídico, indica que, para nuestro máximo tribunal, el derecho no se reduce a la norma. Pues en el fondo, la imposibilidad de desentenderse de las consecuencias de sus fallos, significa lisa y llanamente que, si de la aplicación estricta de una ley devienen consecuencias desfavorables o desventajosas para la sociedad,

luego, el juez debe administrar otros recursos jurídicos (los valores, la cultura, la costumbre, etcétera) a fin de conseguir un reparto socialmente equilibrado.

Como elemento estratégico social, los jueces forman parte de esta sociedad y sus decisiones afectan el destino de las personas. Deben entender las consecuencias sociales que traigan sus decisiones para los individuos que están sometidos a ellas. Los fallos crean derechos y generan consecuencias para la gente, son modelos a seguir. Ya hemos visto que una decisión sobre un tipo de contrato de trabajo utilizado en la plaza, puede provocar enormes consecuencias sociales, tales como dejar sin trabajo o sin la posibilidad de conseguirlo a muchas personas.

11. La micro estrategia o la estrategia del juzgador

11. 1. *El juez dogmático y el juez posmoderno*

Llegamos así al momento previo de la realización del acto *jurígeno* por excelencia: la sentencia. En este momento previo, el juez se encuentra en la absoluta soledad de su conciencia y ha desplegado frente a sí todos los componentes del caso que habrá de resolver. Nos encontramos entonces con dos tipos de jueces: el juez dogmático y el juez posmoderno.

El juez dogmático, mecánicamente, subsume el caso en la ley y la aplica imparcialmente con independencia del resultado. Esto provoca una jurisprudencia uniforme, en extremo conservadora y con una gran influencia del precedente judicial, pues lo que se intenta es estandarizar las decisiones judiciales a fin de preservar la seguridad jurídica por encima de la justicia del caso. Convencido de esto, es juez dogmático, una vez elegida una teoría o doctrina para resolver determinado tipo de casos, la aplica siempre.

Para el juez posmoderno, en cambio, los precedentes judiciales tienen un valor relativo, pues ha descubierto que, en más de una ocasión, suelen encerrar verdaderos prejuicios. Él puede servirse de una doctrina para un caso y de otra (incluso contradictoria de la anterior) para resolver otro, pues él juzga casos y se forma su convicción después de leer la causa. En su interior, el juez posmoderno sabe que ahí donde una teoría o doctrina es útil para resolver un caso con arreglo a derecho, en otra ocasión similar puede

conducir a una verdadera injusticia, por variación de algunas particularidades del caso.

Cada uno de estos dos tipos de jueces (con sus matices, claro está) desplegará diferentes estrategias para tomar su decisión. La diferencia psicológica fundamental entre ambos tipos de jueces es que el juez dogmático no admitirá jamás que él también toma decisiones estratégicas. En este sentido, el juez dogmático responde, en el plano psicológico, al esquema de negación freudiana que propone D. Kennedy.

11. 2. Decisión y estilo

Otro punto a tener en cuenta en este tema de la estrategia en la decisión judicial consiste en la relación existente entre la decisión y el estilo. Dado que la sentencia es, básicamente, la explicación de por qué se toma una determinada decisión, habrá de surtir el efecto de lo que estamos comunicando. En la decisión, el Juez debe tener presente el efecto que pretende generar en las partes²¹. Jamás debe perder de vista que cuenta con diferentes maneras de abordar, desde lo escriturario, la cuestión bajo debate.

Para traer algunos ejemplos de orden práctico: a veces, para provocar el efecto²² de solidez argumental, el juez puede invocar determinadas características de la ley tales como su carácter de orden público, si lo tiene, o la manifiesta ideología iuspositivista de la norma en cuestión²³, por ejemplo. En ocasiones, exponer las dudas y vacilaciones que provoca la situación traída a su conocimiento, es un buen recurso con que cuenta el juez para rechazar postulaciones que no están del todo claras o demandas que no han conseguido probar sus extremos más importantes, pero han quedado cerca.

Llegado a este punto, aparece una cuestión que hasta ahora he soslayado y es el tema del valor simbólico de la sentencia judicial. Creo que es una cuestión que debe ser profundamente estudiada, pues la decisión

²¹ Esto se vincula con un tema que aún no he tocado y que tiene una importancia no menor en la cuestión de la estrategia. Se trata de una pregunta crucial: ¿para qué lector escribe el juez?

²² Uso el término *efecto* con el sentido que le da Duncan Kennedy al hablar de “*efecto clausura*”, esto es, como cuando se habla de efectos especiales en el cine. Es decir, aquellos recursos que provocan determinadas sensaciones en aquéllos a quienes están dirigidos

²³ Un claro ejemplo de norma impregnada de ideología iuspositivista es la ley 25.189 que tipifica el contrato asociativo de explotación tambera.

judicial no sólo cumple una función de equidad en el caso concreto, sino que también proyecta sus efectos hacia otros sectores del psiquis²⁴ humana, tales como lo simbólico, lo mítico y algunas categorías de las que puede dar cuenta el psicoanálisis.

12. La iusfilosofía como herramienta estratégica

La filosofía del derecho nos da a los jueces herramientas para pensar, plasmar y ejecutar estrategias. Esto uno lo puede ver, por ejemplo, en la ya apuntada posibilidad del juez posmoderno de servirse de determinadas teorías iusfilosóficas, que le pueden ser útiles en un momento determinado para encontrar el punto de equilibrio o el modo de resolver una cuestión.

Pienso, por ejemplo, en lo práctico que puede ser la teoría del plexo de valores de Cossio, por ejemplo, al momento de poder elegir entre el menú de posibilidades axiológicas con que cuenta el juez para poder orientar su fallo.

13. Los medios de comunicación masiva, la prensa y la estrategia judicial

Ningún estudio de las estrategias judiciales puede desconocer la presencia, influencia (aunque no nos guste) y poder de los medios de comunicación masiva y la prensa. Se ve aquí claramente el carácter de disciplina relacional que tiene la estrategia.

La proliferación de prensa especializada, el creciente y sano interés de la sociedad en los temas judiciales, la innegable trascendencia informativa de ciertos procesos judiciales, etcétera, son algunos de los cambios con que el Poder Judicial se encuentra hoy en día.

Sería importante que, institucionalmente, el Poder Judicial contara con un departamento de relaciones con la prensa, dado que éstas no sólo pueden analizarse en función del interés informativo que pueda tener el

²⁴ Utilizo el término en el sentido más común de la expresión, pero confieso que tengo muchas dudas y objeciones sobre él. Me serviré de él en tanto no encuentre uno mejor.

periodismo sobre un determinado caso, sino que también deber verse como una herramienta útil para la divulgación de determinadas políticas judiciales, o fallos con una notoria trascendencia social, etcétera.

También debe tenerse presente que la prensa puede ser utilizada por grupos de poder o de presión para influir, cuando no directamente para determinar la voluntad de los jueces. No se puede ignorar hoy en día que una “operación de prensa” puede provocar la renuncia o enjuiciamiento de un magistrado, con el único fin de sacarlo de un proceso. Recordemos el conocido caso “María Soledad”, en el que un tribunal completo debió renunciar porque se vio por televisión que uno de los jueces le dijo algo en el oído a otro. En el ámbito internacional, tenemos el caso del Juez de la Corte Suprema de Missisipi, Oliver Díaz, y el ataque que recibió de ciertas corporaciones a las que no les interesaba que alguien con la ideología de Díaz llegara a dicho cargo.

La situación del juez particular es sumamente frágil frente al poder de los medios de comunicación masiva. Más si tenemos en cuenta el viejo adagio que sostiene que los jueces hablan por sus sentencias. Esto nos condena a permanecer callados y encontrarnos imposibilitados de responder los ataques o agresiones que vienen de los medios, y que se agravan cuando hay algún interés económico, político o empresarial detrás de ellos. Por otra parte, y aún cuando el magistrado decida salir a responder determinado tipo de acusaciones que se le hagan por sus fallos en un medio de comunicación, ¿cómo puede haber una equivalencia entre los cinco o diez minutos que tiene el magistrado para defenderse, contra las horas y horas de radio y televisión que tienen quienes lo atacan?

En el plano concreto, el juez tiene que saber operar con la prensa, ella es un factor estratégico ineludible, ya para hacer conocer un fallo cuyo contenido le interesa divulgar al magistrado, ya para medir la trascendencia social del caso y el impacto mediático (que en buena parte puede ser también un impacto social) que causará su fallo, ya para mostrar su perfil ideológico a fin de tornar más previsibles sus sentencias.

Ahora bien, la relación Juez – Medios de comunicación, requiere de un estudio mucho más profundo que excede los alcances fijados para éste trabajo. Baste por ahora recordar al juez que debe ser muy prudente en su relación con la prensa y los medios de comunicación, pues se está adentrando en un terreno que le es ajeno, donde las reglas del juego no las pone él, y donde juegan intereses de toda clase y no siempre transparentes.

La realidad que imponen la internet y las redes sociales, la velocidad de las comunicaciones y la posibilidad de interactuar en tiempo real con lugares distantes gracias a las nuevas tecnologías, tampoco puede ser soslayada en un estudio de las estrategias judiciales.

Basta abrir la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o de cualquier provincia para observar el valor que tiene en este aspecto la información y las comunicaciones.

14. Practica de la estrategia judicial

Un trabajo sobre estrategia que sólo tenga un lado teórico es casi una contradicción en los términos, por este motivo he creído oportuno pensar algunas herramientas que pueden ser útiles al juez al momento de establecer su estrategia, ya para el proceso, ya para la decisión.

14. 1. Herramientas estratégicas normativas

Servirse de los instrumentos que le brinda la ley al magistrado en su condición de director del proceso, suele ayudar para el propósito estratégico que persigue. Uno de estos recursos son las audiencias facultativas a las que puede llamar el juez en cualquier momento, y que se encuentran en la mayoría de los Códigos Procesales. Estas herramientas tienen el valor, para el juez, de permitir un conocimiento directo y personal de las partes en litigio. Es particularmente importante en los procedimientos escritos, donde rara vez el juez suele conocer a los litigantes en persona. Por otra parte, permite una evaluación de la conducta de los litigantes en el proceso, lo que en muchos casos suele hablar de sus verdaderas intenciones en el pleito²⁵. Pues todo magistrado habrá de admitir que, en muchos casos, lo que se juega en el pleito es una cosa muy diferente a las pretensiones reales de las partes. Su valor no es sólo estratégico para la decisión que pueda adoptar el juez al momento de la sentencia, sino que también suelen ser una eficaz herramienta

²⁵ Indagar sobre las reales pretensiones de los litigantes –que en muchas ocasiones son muy diferentes de lo que dicen por escrito– es también una decisión estratégica del juez, sobre la que habría que ahondar. Por ejemplo: en muchos juicios ejecutivos (por no decir en la mayoría) no se interponen excepciones porque jurídicamente corresponde sino para ganar tiempo.

para que las propias partes encuentren la solución del debate. Suele ser útil en los casos de discusión de derechos sucesorios, que involucran pasiones familiares que se trasladan al pleito; en asuntos de familia, alimentos, tenencia, régimen de visitas, etcétera; también para resolver conflictos societarios o de contratos asociativos y, en general, en los que involucran situaciones de hecho que devienen en conflicto por la permanencia en el tiempo.

El método anti cartesiano

Dado que la ley sólo requiere la prueba de aquellos extremos que han sido cuestionados por las partes, en casos de gran complejidad fáctica, se puede partir de aquellos puntos que están fuera de discusión. Es decir, contrariamente a Descartes que propone la duda metódica, en nuestro método partimos justamente del punto opuesto, es decir, de aquello sobre lo que no hay duda. Partiendo de aquello que las partes admiten sin hesitación, y que suele consistir en lo que suele denominarse “hecho del proceso”, se derivan una serie de consecuencias que tendrán influencia en la interpretación de aquellas materias que sí están discutidas en el pleito, aportando claridad y sentido a lo postulado por las partes en relación a estas cuestiones bajo debate. Suele ser un método útil para resolver casos complejos de accidentes de automotores o de trabajo, interpretación de cláusulas contractuales,

14. 2. Herramientas estratégicas sociológicas

Entre los recursos²⁶ con que cuenta el magistrado a la hora de tomar una decisión, está la noción de “duración razonable de los pleitos”, de creación pretoriana por la Corte, y que suele ser útil a la hora de dar fundamento a un fallo que debe esperar una sentencia penal (art. 1.101, Cód. Civ.). En particular, cuando hay una férrea oposición del demandado a que se dicte el fallo civil con sustento en la mentada norma, la cuestión penal se dilata en el tiempo y el caso no cabe en alguna de las dos excepciones a la regla que traen los inc. 1º y 2º del artículo. Este es un caso en el que la realidad social se impone sobre la norma escrita. Para terminar, digamos que

²⁶ No estoy utilizando la palabra en el sentido jurídico procesal del término, sino en una acepción económica, como cuando hablamos de los “recursos naturales”.

el argumento de la duración razonable de los juicios tiene base en el principio de autoridad de la Corte Suprema. Tiene también un innegable fundamento sociológico, pues no es bueno para la sociedad en general que los pleitos duren indefinidamente, dado que la supervivencia del pleito significa que el conflicto permanece vigente.

El método del caso testigo

Otra herramienta estratégica de orden sociológico es el método de la elección del caso, que consiste básicamente en elegir para resolver un caso particular entre un universo de casos similares, a fin de transmitir a la sociedad (y al foro, que es parte de ella) una determinada línea de pensamiento o de solución de cierto tipo de conflictos. Así, por ejemplo, cuando lo que pretende el magistrado es establecer una determinada tasa de interés para cierta clase de obligaciones.

Para la elección del caso testigo el juez podrá seguir un criterio subjetivo, según las partes involucradas. En el caso del ejemplo de los intereses, podrá elegir un caso en que el actor sea un banco, o quizás vea que le conviene escoger una mutual. También podrá elegir el caso siguiendo un criterio objetivo, en relación a la materia del pleito o las particularidades de determinado tipo de juicios. Así por ejemplo; elegir un caso de responsabilidad extracontractual para orientar determinados criterios de estimación del daño moral.

14. 3. Herramientas estratégicas axiológicas

Método de la balanza

Entre las herramientas estratégicas axiológicas para la toma de decisión debemos ubicar aquellas que sirven para valorar la prueba. No cabe duda que esta fase de la decisión judicial tiene un rasgo marcadamente axiológico, dado que consiste en la evaluación de aquellas pruebas que dan o quitan verosimilitud a los relatos de las partes. Un instrumento útil a la hora de realizar esta tarea valorativa es el Método de la Balanza.

Al momento de valorar las pruebas el juez debe ir colocándolas imaginariamente en uno u otro plato de la balanza, para ver hacia dónde se inclina el fiel. En ciertas ocasiones, cuando existen diversos tipos de prueba, se puede ensayar un sistema jerárquico entre ellas, pues no todas las pruebas

tienen el mismo peso, según sea lo que se quiere probar. De modo que, aquélla de las partes que consiga pruebas de mayor peso en relación a sus postulaciones, será la que incline la balanza a su favor.

Una variante de éste, es de la jerarquización probatoria, que puede ser equiparado a un sistema de pesas y medidas y cuyo funcionamiento ya hemos explicado. Todos sabemos que, en relación al caso concreto, la prueba no es toda igual, no tiene toda la prueba el mismo valor. Esta variante del método de la balanza es útil para clasificar la prueba según la materia sobre la que verse el litigio. Así, si lo que está en discusión, por ejemplo, son daños contractuales derivados de la interrupción intempestiva y dolosa de una relación comercial entre dos empresas sostenida durante muchos años, en la cual una le proveía bienes o servicios a la otra. Es obvio que la prueba pericial contable será la una de las pruebas de máxima jerarquía a la hora de establecer la magnitud los daños, pero no tendrá la misma fuerza si la discusión versa sobre el dolo en dicha interrupción de la provisión del servicio o de los bienes. El método de la jerarquía es hacer una clasificación de las pruebas en función de las necesidades que tiene el caso y de lo que se está discutiendo.

15. Conclusión

He dejado planteado el tema, es apenas un bosquejo de lo que quizá sea una nueva manera de encarar el estudio y ejercicio de la función judicial. De lo que no tengo dudas, a esta altura, es que no se puede soslayar el despliegue estratégico que importa la existencia misma del Poder Judicial en nuestros días, y que en el ejercicio cotidiano de la jurisdicción todo juez se encuentra inmerso en esas tensiones, que le requieren el constante desarrollo de estrategias a fin de que su función sea eficiente para la sociedad que lo ha honrado con el cargo.

APORTES PARA LA “DECISIÓN JURIDICA”

(Aportes jurídicos para la decisión) (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI ()**

*La decisión de gran importancia de vivir ... (***)*

Resumen: Se considera la decisión jurídica, perspectiva importante de la estrategia, como parte de la problemática general de la decisión desde los aportes que brinda el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico.

La teoría trialista, elaborada básicamente por Werner Golschmidt, sostiene que el Derecho debe ser construido con repartos (dimensión sociológica) descriptos e integrados por normas (dimensión normológica) y valorados ambos por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica). Los repartos son adjudicaciones de lo que favorece o perjudica la vida (“potencia” e “impotencia”) que provienen de la conducta de seres humanos determinables.

El trialismo es una de las respuestas al desafío de la complejidad, muy destacado en nuestros días.

Abstract: This paper considered the legal decision, important perspective of the strategy, as part of the general problem of decision, from the contributions offered by the tridimensionalist integrativism of Trialist Theory of the Juridical World.

The trialist theory, basically elaborated by Werner Goldschmidt, states that Law must be constructed with partitions (sociological dimension) described and integrated by norms (normological dimension) and both appreciated by a complex of values that culminates in justice (“dikelogical” dimension). Partitions are allotments of what favours or damages the life (“power” and “powerlessness”) which come from the behaviour of determinable human beings.

Thus, trialism becomes one of the answers to the challenge of complexity, which is so outstanding in our days.

Palabras clave: Decisión – Estrategia – Integrativismo – Tridimensionalismo – Trialismo – Dimensión sociológica – Dimensión normológica – Dimensión dikelógica

Key words: Decision - Strategy - Integrativism - Tridimensionalism - Trialism - Sociological Dimension - Normological Dimension - Dikelogical Dimension

I. Ideas básicas

1. Aunque la noción de vida humana es muy difícil de definir, estimamos que en su plenitud debe ser construida en una enorme *complejidad* de proyecciones “*pantónomas*”¹ que al fin se relacionan con el Universo todo, de modo que nos vemos en la necesidad de ponerla a nuestro alcance produciendo *fraccionamientos* “*decisorios*”². Según nuestra *construcción*³ de la noción de vida humana, cada decisión “*es*”, al fin, en los sentidos fraccionados que recibe en el todo. Decidir es de cierto modo fraccionar, “*cortar*”⁴, en este caso, cortar la vida humana. Se trata de construir y cortar atendiendo *también* al enfoque jurídico.

(*) En el recuerdo del tricentenario del “Ars Conjectandi” de Jacob Bernouilli (1713).

Cabe c. por ej. SHAFER, Glenn, “The Significance of Jacob Bernoulli’s Ars Conjectandi for the Philosophy of Probability Today”, Rutgers University, <http://www.glenncshafer.com/assets/downloads/articles/article55.pdf>, 16-1-2013, <http://www.ime.unicamp.br/~veronica/ME705/paper1.pdf>, 16-1-2013.

(**) Profesor titular de la UNR – profesor emérito de la UBA. E.mail mciuroc@arnet.com.ar.

(***) Vale recordar: Ser o no ser: ésa es la cuestión (la alternativa) ... (“To be, or not to be: that is the question:/ ...”, SHAKESPEARE, William, “Hamlet”, Act III, Scene I, http://www.shakespeare-online.com/plays/hamlet_3_1.html, 25-2-2013; “Hamlet”, trad. Luis Astrana Marín, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1969, pág. 54).

¹ Pan=todo; nomos= ley que gobierna.

² Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “La pantonomía del Derecho en la pantonomía cósmica”, en “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, págs. 11 y ss., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 28-12-2012. Cabe c. por ej., VON BERTALANFFY, Ludwig, “Teoría general de los sistemas”, Ludwig Von Bertalanffy, <http://www.alumnos.inf.utfsm.cl/~vpena/ramos/ili260/textos/tgsbertalanffy.pdf>, 7-1-2013; “Teoría general de sistemas. Pensamiento holónico”, http://www.quantumsalud.com/contingut/m_pujadocuments/documents/File/apartat_documents/prs_doc_49.pdf, 7-1-2013. Es posible v. GRÜN, Ernesto, “Una visión sistémica y cibernetica del Derecho”, Bs. As., Dunken, 2004; DREIER, Ralf, “Niklas Luhmanns Rechtsbegriff”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, 88, 3, págs. 305 y ss.).

³ Se puede ampliar en GUIBOURG, Ricardo, “La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas”, Bs. As., Colihue, 2004

⁴ V. decidir.(Del lat. decidere, cortar, resolver). 1. tr. Cortar la dificultad, formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable. Decidir una cuestión. 2. tr. resolver (II tomar determinación de algo). U. t. c. prnl. 3. tr. Mover a alguien la voluntad, a fin de que tome cierta determinación. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua

Siempre hay que estar atento a la complejidad múltiplemente cambiante de la decisión vital⁵, pero consideramos que la propuesta que formulamos, abarcando una plenitud pantónoma fraccionada en la que se incluye el Derecho, resulta en general satisfactoria. Es necesario superar la mezcla, que es una confusa complejidad impura, pero también la simplificación que mutila la realidad, a menudo con consecuencias muy graves. El corte simplificador, cuando se queda como tal, suele provocar aislamientos

Española”, Vigésima segunda edición, decidir, <http://lema.rae.es/drae/?val=decidir>, 16-12-2012; FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, 5^a. ed. en Alianza, Madrid, t. I, 1984, “decidible”, págs. 720/1, “decidir, decisión”, págs. 721/3, Decidible es uno de los conceptos sintácticos fundamentales de la metalógica, pág. 720; “Decisión”, en “Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana”, t. XVII, Barcelona, Espasa, págs. 1205 y ss. Según indican también Corominas y Pascual decidir y decisión provienen del latín y quieren decir cortar, resolver, COROMINAS, Joan, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, con la colaboración de José A. PASCUAL, Madrid, Gredos, t. II, 1980, pág. 431. La palabra “decisión” es ampliamente multívoca. Así, pueden agregarse a sus significados predominantes por ejemplo: firmeza de carácter; en el ámbito militar suele ser importante decidir sin vacilaciones; en Derecho Eclesiástico se denominan así acuerdos de los concilios ecuménicos de la Iglesia Católica resolviendo alguna cuestión; en el Mercosur se trata de pronunciamientos del Consejo del Mercado Común; en la Unión Europea hay decisiones legislativas, delegadas y de ejecución; en Filosofía se califica así un acto del espíritu y una disposición habitual del mismo, etc.

En la etimología de las palabras, decisión se relaciona con concisión e incisión. Si bien “concisión” quiere decir ahora más “Brevedad y economía de medios en el modo de expresar un concepto con exactitud” (REAL ACADEMIA, op. cit., concisión, <http://lema.rae.es/drae/?val=conci%C3%ADB3n>, 27-1-2013); en general se relaciona con “conciso”, “cortado” y “cortar en pedazos”; “inciso” expresa hacer un corte o incisión (COROMINAS, op. cit., t. II, 1980, pág. 431).

No hay que confundir a los indecisos porque no toman decisiones o son perplejos, irresolutos, porque tienen dificultad para decidirse, con los que toman decisiones débiles como Poncio Pilato, éstos no se comprometen, son tibios. Pilato decidía, pero no se comprometía (v. en relación con esto Catholic.net, Apocalipsis, 3: “15 Conozco tu conducta: no eres ni frío ni caliente. ¡Ojalá fueras frío o caliente! 16 Ahora bien, puesto que eres tibio, y no frío ni caliente, voy a vomitarte de mi boca.”, <http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=352&capitulo=4390>, 16-12-2012; AlcanceEvangelistico.org, Los tibios, <http://www.alcanceevangelistico.org/lostibios.htm>, 16-12-2012). Es posible v. Ministerio de Educación de Chile, Actividad 17 “La indecisión es la peor decisión”, http://www.educarchile.cl/UserFiles/P0029/File/objetos_didacticos/Emprendimiento/Objeto6/Recursos_para_actividad/Emprendimiento_AA-17.pdf, 14-12-2012.

V. ampliación en Apéndice.

⁵ Incluyendo dialécticamente la construcción, la “deconstrucción” y la reconstrucción.

que bloquean la vida y generan maniqueísmo. La venida de los “simplificadores” que anunció en su momento Jacob Burckhardt⁶ se cumplió con la llegada de dictaduras y catástrofes bélicas antes nunca vistas. Hay que decidir en una *complejidad pura*, que diferencia e integra⁷.

El todo decisional ha sido estudiado en múltiples aspectos, incluyendo en perspectivas destacadas la matemática, la economía y la psicología pero, como la vida humana misma, tiene siempre despliegues *jurídicos* que, a nuestro parecer, no han recibido la atención correspondiente. Durante gran parte del siglo XX el enfoque jurídico ha estado en retirada, tratando de

⁶ Cabe c. por ej. HINKELAMMERT, Franz, “Los simplificadores de este complejo mundo”, Ambientico, <http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/112/franz.htm>, 2-2-2013; GONZALEZ SEARA; Luis, “Los terribles simplificadores”, “La Razón” del 29.09.2003, <http://www.lbouza.net/gsear2.htm>, 2-2-2013.

⁷ Si bien es importante superar la mezcla que se produce en la “complejidad impura” en una “simplicidad pura”, de la que se ocupó a menudo la modernidad, como lo señaló hace décadas Werner Goldschmidt, el maestro germano-hispano-argentino fundador del trialismo, hoy urge alcanzar una “*complejidad pura*” (es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1976, pág. XVII; la edición de referencia es la 4a. – prólogo –, Bs. As., Depalma, 1972). Es posible v. nuestros artículos “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.; “El Derecho Internacional Privado y su complejidad pura”, en “Investigación y Docencia”, págs. 3 y ss. También puede c. DABOVE, María Isolina. “El Derecho como complejidad de “saberes” diversos”, en “Cartapacio”, N° 4, Sección Conferencias y Disertaciones, 2003. Cabe c. BOCCHI, Gianluca y CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, trad. Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10a. ed., Milán, Feltrinelli, 1997; MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. Marcelo Pakman, 7a. reimpr., Barcelona, Gedisa, 2004. En general cabe c. también por ej. ULLOA CUÉLLAR, Ana Lilia (Dra.), “Naturaleza y didáctica de la Lógica Jurídica”, <http://www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/021003ulloa.htm>, 5-2-2013; Complexity Digest, <http://www.comdig.org/>, 5-2-2013; Réseau Intelligence de la Complexité, <http://www.mcxapc.org/>, 5-2-2013. Coincidiendo con Edgar Morin consideramos que no solamente la sociedad es compleja, también lo es cada átomo del ser humano; el hombre nos resulta un ser jurídicamente complejo y las decisiones han de mostrarlo (v. MORIN, op. cit., pág. 88). También vale c. GALATI, Elvio Diego, “La Teoría Trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades” (tesis doctoral Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 26 de abril de 2010); También v. LAPENTA, Eduardo Víctor – RONCHETTI, Alfredo Fernando (eds.) “Derecho y complejidad”, Tandil, Universidad Nacional de Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2011.

simplificar y a nuestro parecer mutilar su objeto, y de este modo ha quedado al margen lo mucho que puede aportar a la teoría de la decisión⁸.

Las decisiones modifican las situaciones y las circunstancias existentes *construyendo* otras situaciones⁹ y circunstancias. Los fraccionamientos generan *certezas* y en algunos aspectos, sobre todo valorativos, las certezas consisten en *seguridades*. Las decisiones han de incluir la solución consciente de los *problemas*¹⁰, también desde las perspectivas del Derecho.

Creemos que no se tiene la debida claridad ni se está legítimamente seguro prescindiendo de significados decisionales de gran valor que posee el enfoque jurídico.

2. En la plenitud de la vida, en este caso la vida humana, donde se producen las decisiones, hay *despliegues* biológicos, psicológicos, económicos, históricos, científicos, artísticos, religiosos, filosóficos, educativos, jurídicos, culturales en general, etc. En estos sentidos puede sostenerse la conveniencia de referirse a *aspectos jurídicos* de la decisión y no tan específicamente a *la decisión jurídica*. Ninguna decisión es “pura” en ninguno de los despliegues que acabamos de señalar, no es puramente biológica, económica, psicológica, jurídica, etc. No nos oponemos a que sea

⁸ En cuanto al desarrollo de la ciencia del Derecho, es posible *ampliar* en nuestro estudio "Meditaciones acerca de la ciencia jurídica", en "Revista de la Facultad de Derecho" de la Universidad Nacional de Rosario, Nos. 2/3, págs. 89 y ss.

⁹ En relación con la *situación* en el Derecho cabe recordar la obra de James Goldschmidt (v. por ej. GOLDSCHMIDT, James, "Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens", Berlín, Springer, 1925; "Derecho Procesal Civil", trad. Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936 –se puede c. Scribd, <http://www.scribd.com/doc/46152743/Derecho-Procesal-Civil-James-Goldschmidt-1>, 23-12-2012– y GOLDSCHMIDT, Werner, "Explicación de la teoría de la situación jurídica", en "Conducta y norma", Bs. As. , Abeledo, 1955, págs. 225 y ss.).

En vinculación con la construcción jurídica es posible mencionar por ej. POUND, Roscoe, "Las grandes tendencias del pensamiento jurídico", trad. José Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1950; "Introducción a la filosofía del derecho", trad. Fernando Barrancos y Vedia, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1972; "The Spirit of the Common Law", Francesctown, Marshall Jones, 1921, University of Nebraska – Lincoln, College of Law, <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=lawfacpub>, 23-12-2012.

¹⁰ V. por ej. Ministerio de Educación de la Nación, República Argentina, IIPE, Resolución de problemas, recuadros Tom Batley Robert Benfari, http://www.colombiaaprende.edu.co/html/home/1592/articles-189023_archivo_7.pdf, 25-1-2013.

respetada la tradición diciendo que hay decisiones en dichos aspectos parciales, pero creemos que ello tiene en sí el riesgo inaceptable de que se mutile la teoría vital *integral* de la decisión¹¹. Cuando se decide jurídicamente se ha de tener presente que se decide más que jurídicamente.

Es conveniente desenvolver una teoría de la “decisión jurídica” dentro de una teoría general de la decisión que ha de tenerse al fin siempre en consideración.

3. Suele decirse, no sin algún acierto, que en la decisión se requieren ciencia, experiencia y visión. Que deba existir una *teoría* de la decisión no quiere decir que toda la decisión deba ser teórica, es imprescindible la perspectiva *práctica*. Hay que considerar la decisión de manera *teórico-práctica* y se ha de tratar también de un despliegue teórico-práctico de la decisión “jurídica”.

Se hace acertada referencia a la “racionalidad limitada” de la decisión, superadora de la mera elección racional; la rationalidad decisional es relevante, pero su pureza es negada por la experiencia.¹² La decisión no es sólo teórica y práctica, sino racional y experimental¹³. Es importante, en todo tipo de decisiones, integrar el manejo de casos y de géneros de casos¹⁴.

¹¹ Cabe hacer referencia a las “metadecisiones”, las decisiones a decidir. En cuanto al debate acerca de la utilidad de la teoría de la decisión puede v. por ej. MARCH, James G., “Bounded rationality, ambiguity, and the engineering of choice”, en “The Bell Journal of Economics”, 9, 2, págs. 587-608, Rand Corporation, <http://wolfweb.unr.edu/homepage/pingle/Teaching/BADM%20791/Week%209%20Behavioral%20Microeconomics/March-Engineering%20of%20Choice.pdf>, 28-12-2012.

¹² En relación con las opiniones al respecto de Herbert Simon, es posible v. Bibliography of Herbert A. Simon - 1990's, <http://www.psy.cmu.edu/psy/faculty/hsimon/HSBib-1990.html>, 5-1-2013.

Acerca de las elecciones, es posible v. por ej. SCHICK, Frederic, “Hacer elecciones. Una reconstrucción de la teoría de la decisión”, trad. Marcela Zangaro, Barcelona, Gedisa, 2000.

¹³ Ni siquiera se pueden manejar toda la teoría y la práctica y la rationalidad y la experiencia disponibles.

¹⁴ Referencias a diversos casos pueden v. por ej. en MINTZBERG, Henry, “Tracking Strategies, Towards a General Theory”, publicado en Estados Unidos de América por Oxford University Press, http://www.amazon.com/Tracking-Strategies-Towards-Strategy-Formation/dp/0199228507#reader_0199228507, 18-1-2013.

4. Según lo ya referido, el Derecho ha de ser comprendido como parte de una *complejidad pura*, superadora de la mezcla de la complejidad impura y del aislamiento de la simplicidad pura en que se ubicó de modo predominante durante el siglo XX. Es necesario aportar a través de la complejidad pura al sentido jurídico de las decisiones.

Para comprender mejor el despliegue jurídico de la decisión hay que construir un modelo de ciencia del Derecho que no lo muestre mezclado ni mutilado y aislado del resto de la vida humana. Debe ser integrado en sí mismo y en ella. A nuestro parecer, la mejor propuesta para dicho modelo de complejidad pura es el *integrativismo tridimensionalista trialista*.

En el *tridimensionalismo* se incluyen realidad social, normas y valores¹⁵. El trialismo lo *integra* en un “mundo” que incluye *repartos* de potencia e impotencia (dimensión sociológica)¹⁶ captados por *normas* (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la *justicia* (dimensión dikelógica¹⁷)¹⁸. En nuestra construcción

¹⁵ Acerca del tridimensionalismo en general, es posible v. por ej. REALE, Miguel, “Teoria tridimensional do direito”, 4^a. ed., San Pablo, Saraiva, 1986.

Conservan gran valor los aportes de GÉNY, F., “Science et technique en droit privé positif”, París, Sirey; también “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo”; 2^a. ed., Reus, Madrid, 1925.

Las búsquedas de la integración e incluso del tridimensionalismo están presente también por ej. en HALL, Jerome, “Razón y realidad en el Derecho”, trad. Dr. Pedro R. David, Bs. As., Depalma, 1959, esp. págs. 91 y ss.; ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, trad. Jorge M. Seña, 2^a. ed., Barcelona, Gedisa, 1997, v. gr., págs. 21 y ss., 94, etc.; HABERMAS, Jürgen, “Factividad y validez”, “Factividad y validez”, trad. Manuel Jiménez, Madrid, Redondo, Trotta, 1998.

En cuanto a la relación entre hecho y valor interesa asimismo v. gr. “Actes des rencontres de théorie du droit d'Aix”, “La dichotomie fait/valeur en question”, 11 y 12 de enero de 2008, en “Revue Analisi e diritto”, 2008 et 2009.

¹⁶ La noción de reparto es empleada ya por Aristóteles (v. por ej. ARISTOTELES, por ej. “Etica Nicomaquea”, V, 5 y 6, 1133b, 1134b, en “Obras”, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 1234; trad. Salvador Rus Rufino y Joaquín Meabe, 2^a. ed., Madrid, Tecnos, 2011, pág. 185; además c. VILLEY, Michel, “Philosophie du droit”, 2^a. ed., París, Dalloz, t. I, 1978, págs. 65/6 (le partage); “La Justicia en Aristóteles”, en Civitas Digital, <http://civitasdigital.wordpress.com/2012/01/07/569/>, 7-1-2013).

¹⁷ La palabra “dikelogía” fue utilizada ya por Altusio, quien le dio un sentido algo diferente al empleado en el trialismo.

¹⁸ Ver información sobre el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico en el Apéndice.

del trialismo consideramos respectivamente “potencia” e “impotencia” a lo que favorece o perjudica a la vida humana¹⁹. Aunque según lo ya expuesto la noción de vida humana es difícil de determinar, nos es imprescindible referirnos a ella porque vivimos. Desde una perspectiva más dinámica, cabe considerar en el objeto jurídico la actividad vinculada al aprovechamiento de las *oportunidades* de realizar repartos captada por normas y valorada por un complejo de valores que culmina en la justicia²⁰.

Dado que el ejercicio de la abogacía en sentido amplio, una de las razones básicas del estudio del Derecho, requiere un saber *práctico*, a nuestro parecer es necesario incluir en la mayor medida posible en la noción del mismo, como lo hace el trialismo, todo lo que es requerido por dicho ejercicio. Es sorprendente que el recorte pase, a veces, por la enseñanza exclusiva de una teoría jurídica lógica. En el campo jurídico vale estudiar Lógica, pero en modo alguno basta con estudiar una teoría lógica.

5. Se decide *manteniendo* o *cambiando* la realidad social, las normas o los valores. La rica complejidad pura del integrativismo tridimensionalista trialista permite construir los casos y las soluciones *incluyendo*, *excluyendo* y *sustituyendo* y produciendo cambios por “*plusmodelación*”, “*minusmodelación*” y *sustitución*²¹ en las tres dimensiones²². De tales modos se enriquecen las opciones para la decisión y su reparto.

Conocer y manejar cómo son y deben ser la realidad social y las normas es de fundamental importancia para decidir. Cada desenvolvimiento jurídico, de realidad social, norma o valor, se produce en el *marco* de otros con los que se relaciona diversamente.

La comprensión de las decisiones y lo jurídico ha de atender a lo *cuantitativo* y a lo *cuantitativo*, superando las radicalizaciones en uno y otro

¹⁹ Werner Goldschmidt las refería más al ser.

²⁰ V. información sobre la oportunidad en el Apéndice. -12-2012.

²¹ La sustitución puede ser comprendida como inclusión y exclusión.

Se puede *ampliar* en nuestro trabajo “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación ...” cit., N° 37, págs. 85/140), Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/95>, 5-12-2012. La dinámica de la inclusión es “*plusmodelación*” y la de la exclusión es “*minusmodelación*”.

²² Es posible *ampliar* en nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas” cits.

sentido, sobre todo en relación con valiosos pero limitantes esfuerzos hechos en las últimas décadas en el sentido de cuantificar y matematizar la comprensión del Derecho. Las construcciones limitadoras del normativismo y del realismo y el jusnaturalismo mutilan las posibilidades de una rica construcción de la decisión.

El integrativismo tridimensionalista trialista permite reconocer *diversidades* en el Derecho que son materiales, espaciales, temporales y personales. El trialismo encuentra además *horizontes* principales que en cuanto a la dimensión sociológica tienen sentidos sociológicos, biológicos, psicológicos, económicos, etc., en la dimensión normológica son lógicos, metodológicos, lingüísticos²³, etc. y respecto de la dimensión dikelógica son de filosofía de la justicia y filosofía general. El conjunto del Derecho halla un horizonte político y al fin otro cultural²⁴.

El ser humano “es” en mayor o menor medida en las situaciones y las circunstancias y en las decisiones y los repartos con los que responde a ellas y el planteo trialista permite comprenderlas y resolverlas mejor²⁵. La propia noción de “re-parto” es afín a la de “de-cisión”: ambas se relacionan con “cortar”²⁶. El ser humano es un ser que reparte y al hacerlo decide.

²³ Es posible *ampliar* en nuestro artículo “Dos nuevos aportes a la Jurilingüística”, en “Investigación ...” cit., Nº 44, págs. 23/54, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/1409/1629>, 17-1-2013. Entre las contribuciones al Jurilingüismo como consideración del lenguaje del Derecho se puede v. GEMAR, J.C. - KASIRER, N. (dir.), “Jurilinguistique: entre langues et droits. Jurilinguistics: Between Law and Language”, Montreal, Themis - Bruylant, 2005.

²⁴ Es posible *ampliar* en nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, Repositorio de Derecho de la UNICEN, <http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui2/bitstream/handle/123456789/516/Bases%20Jusfilos%C3%B3ficas%20del%20Derecho%20de%20la%20Cultura.pdf?sequence=3>, 24-12-2012; también en “Derecho y cultura”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, tomo XXXIV (año académico 1995), págs. 101 y ss. y “Aportes a la Culturología Jurídica. Los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica”, “Investigación ...” cit., Nº 38 (2005), págs. 9/49.

²⁵ Según nuestro parecer, hay que construir un objeto jurídico que exprese que las decisiones y el Derecho son *en* las circunstancias, porque la vida misma del hombre así lo es (cabe recordar por ej. ORTEGA Y GASSET, José, “Meditaciones del Quijote”, Biblioteca virtual de José Ortega y Gasset, <http://idd00qaa.eresmas.net/ortega/biblio/biblio.htm>, pág. 23, 25-12-2012, también en Scribd, <http://www.scribd.com/doc/17781309/Jose-Ortega-y-Gasset-Meditaciones-del-Quijote>, 25-12-2012).

²⁶ Las nociones de “reparto” y “fraccionamiento”, fundamentales en el trialismo, son afines a “decidir”. C. por ej. repartir. 1. tr. Distribuir algo dividiéndolo en partes. 2. tr.

6. La diversidad de perspectivas del integrativismo tridimensionalista trialista son *posibilidades* en relación con las cuales pueden acercarse, mantenerse o alejarse las decisiones jurídicas. Es relevante contar y resolver con *información* tridimensional. Hay decisiones en cuanto a realidad social, normas y valores.

Toda decisión tiene un *núcleo* y una *periferia* en lo sociológico, lo normológico y lo dikelógico²⁷. Suele afirmarse, asimismo, que la teoría de la decisión ha de ser un planteo *interdisciplinario*²⁸.

El ser humano se desenvuelve de modo inevitable en *espacios estratégicos*. Las decisiones son, con mayor o menor conciencia, partes de ellos. Las decisiones intervienen en mucho en la *organización*²⁹ y la *gobernanza*³⁰. El integrativismo tridimensionalista trialista permite clarificar los sentidos estratégicos, de organización y de gobernanza de las decisiones.

Distribuir por lugares distintos o entre personas diferentes. U. t. c. prnl. 3. tr. clasificar (□ ordenar). 4. tr. Entregar a personas distintas lo que han encargado o deben recibir. 5. tr. Señalar o atribuir partes a un todo. 6. tr. Extender o distribuir uniformemente una materia sobre una superficie. 7. tr. Cargar una contribución o gravamen por partes. 8. tr. Dar a cada cosa su oportuna colocación o el destino conveniente. 9. tr. Adjudicar los papeles de una obra dramática a los actores que han de representarla. (REAL ACADEMIA, op. cit., repartir, <http://lema.rae.es/drae/?val=reparto>, 7-1-2013). En cuanto a la relación de reparto con parte, c. COROMINAS, op. cit., reimpresión 1985, t. IV, págs. 414/5 y 877.

²⁷ En el common law el núcleo va formando de manera particularmente reconocida el “stare decisis”. V. por ej. CUETO RUA, Julio, “El “common law””, Bs. As., La Ley, 1957; “Judicial Methods of Interpretation of the Law”, Louisiana State University, 1981; LEGARRE, Santiago – RIVERA, Julio César (h.), “Naturaleza y dimensiones del “stare decisis””, en “Revista chilena de Derecho”, 33, 1, págs. 109-124, Scielo, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100007&script=sci_arttext, 9-1-2013. Importa que haya una decisión aplicable al caso “in point”, aunque también excepcionalmente se recurre a las distinciones y a la posibilidad de dejar de lado el precedente en el marco denominado *overruling*.

²⁸ Incluye, por ejemplo, aportes económicos, estadísticos, psicológicos, jurídicos, políticos, filosóficos, etc. Se hace frecuente referencia a la decisión racional, en un marco que suscita muchos debates.

²⁹ BUTTERFIELD, Eric Gaynor, “Toma de decisiones y desarrollo organizacional”, GestioPolis, <http://www.gestiopolis.com/canales5/ger/desatodede.htm>, 26-1-2013 ; en cuanto a especialistas en el tema, es posible v. por ej. <http://www.theodinstitute.org/referentes.htm>, 26-1-2013.

³⁰ Acerca de la gobernabilidad, ver más información en el Apéndice.

7. La complejidad del integrativismo tridimensionalista trialista facilita la superación del peligro simplificador unidimensional sociológico del *decisionismo*³¹ sin tener que recurrir a la yuxtaposición con el unidimensionalismo normológico o el unidimensionalismo dikelógico.

La complejidad trialista permite gran espacio de decisiones, repartos y evaluaciones *multicriterio*³² y el reconocimiento de los *logros vectoriales*, con calidad e intensidad variables respecto de lo proyectado³³. Sin embargo, aprovechando las enseñanzas de Occam cabe referir que ni en el pensamiento jurídico ni en ningún otro hay que introducir complejidades innecesarias³⁴.

II. La decisión en el mundo jurídico

1) El mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

a') Panorama general

8. La construcción integrativista tridimensionalista trialista de la dimensión sociológica del mundo jurídico ubica a las decisiones en un *campo* complejo de *adjudicaciones* de potencia e impotencia. Las adjudica-

³¹ El decisionismo no lleva sólo a una posición reduccionista de la Política, sino también del Derecho. En relación con él cabe c. por ej. Carl-Schmitt-Gesellschaft e.V., http://www.carl-schmitt.de/neueste_veroeffentlichungen.php, 31-12-2012; FPdLP, Carl Schmitt, <http://www.epdlp.com/escritor.php?id=4784>, 31-12-2012; ATTILI, Antonela, “La crítica decisionista de Carl Schmitt a la democracia liberal”, en “Signos filosóficos”, 10, págs. 129 y ss., <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/343/34301008.pdf>, 15-12-2012.

³² Sobre el análisis multicriterio es posible v. por ej. http://ec.europa.eu/europeaid/evaluation/methodology/examples/too_cri_res_es.pdf, 16-1-2013.

³³ V. por ej. <http://grupo.us.es/gpb97/introduccion.htm>, 16-1-2013 (contiene una útil bibliografía comentada).

³⁴ Acerca del tema cabe hacer referencia, respecto de las empresas, a las discutidas opiniones de Jack Welch (WELCH, Jack, “La clave son los equipos grandiosos”, en Instituto Internacional de Estudios Superiores – México-, <http://www.emprendedoresnews.com/liderazgo/la-clave-son-los-equipos-grandiosos.html>, 18-1-2013).

ciones son *distribuciones* producidas por la naturaleza³⁵, las influencias humanas difusas o el azar³⁶ y centralmente *repartos* originados por la conducta de seres humanos determinables³⁷. Las distribuciones y los repartos, de los que forman parte las decisiones, ocurren en el despliegue de la fuerza. El Derecho se desenvuelve siempre en relación con la fuerza.

La conducta decisoria contenida en los repartos *elige* entre varias posibilidades en ejercicio de la *libertad*, pero debates milenarios muestran que ésta es susceptible de múltiples cuestionamientos³⁸. Se discute la

³⁵ Puede ser útil v. KELLY, Kevin, “Out of Control: The Rise of Neo-Biological Civilization”, Massachusetts, Addison-Wesley, 1994.

³⁶ Mucho se debate acerca del destino, el azar y la necesidad (en relación con el tema es posible v. GONZALEZ RÍOS, José, con la colaboración de Juan de BORBÓN, “Destino, azar y necesidad”, en Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, Presidencia de la Nación, <http://repositorio.educacion.gov.ar/dspace/bitstream/handle/123456789/96920/EL000772.pdf?sequence=1-7-1-2013>; FERRATER MORA, op. cit., t. I, 1965, “azar”, págs. 169 y ss.). La noción de azar nos parece útil para dejar abierto un Universo que la radicalización de la causalidad tiende a cerrar. Quizás a veces sea rechazada porque podría dejar expedito el camino a la noción de milagro.

Es posible v. VALBUENA BRIONES, A. J., “El concepto del hado en el teatro de Calderón”, en “Bulletin Hispanique”, 63, págs. 48 y ss., Persee, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/hispa_0007-4640_1961_num_63_1_3699, 19-12-2012.

³⁷ La diferenciación entre las distribuciones y sus diversidades y los repartos suele ser muy difícil.

Ya Montesquieu poseía clara conciencia del “Espíritu de las leyes” (v. MONTES QUIEU, “De l'esprit des lois”, UQAC, http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html, 2-2-2013; “Del espíritu de las leyes”, trad. Nicolás Estévez, 3^a. ed., México, Porrúa, 1977). Tal vez sea útil tener conciencia de lo que Félix Guattari denominó “Ecosofía” (podrá c. v. gr. GUATTARI, “Qu'est-ce que l'Écosophie?”, rec. Stéphane Nadaud, Fécamp, Lignes, 2013; cabe v. asimismo por ej. “Félix Guattari: l'Écosophie comme métamodèle esthétique et politique”, <http://www.philosophie.ulg.ac.be/documents/PhiloCite2008/Guattari.pdf>, 2-2-2013).

³⁸ La libertad se manifiesta en decisiones y éstas suponen libertad. V. por ej. FERRATER MORA, op. cit., t. II, 1965, “libertad”, págs. 49 y ss. Una de las posiciones actuales al respecto puede ser c. en SCHWARTZ, Barry, “The Paradox of Choice”, The European, <http://theeuropean-magazine.com/398-schwartz-barry/397-decision-making-and-economics>, 6-1-2013. Acerca de las nociones de libertad, decisión y acción en el pensamiento de Hannah Arendt, es posible v. por ej. VARGAS BEJARANO, Julio César, “El concepto de acción política en el pensamiento de Hannah Arendt”, en “Eidos”, 11, págs. 82 y ss., Redalyc, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/854/85412265004.pdf>, 9-2-2013.

Dice Saramago que “En rigor, no tomamos decisiones, son las decisiones las que nos toman a nosotros.” (SARAMAGO, José, “Todos los nombres”, trad. Pilar del Río, pág.

existencia de la libertad plena, los condicionamientos, las determinaciones, etc. Es más, se presenta el problema de la *conciencia* imprescindible para el despliegue de la libertad que, a semejanza de ésta, presenta en todo caso distintos desarrollos.

Las decisiones pueden elegir caminos de mayor, igual o menor referencia a la naturaleza, las influencias humanas difusas, el azar o la conducción³⁹.

b') Análisis de las adjudicaciones

a'') Las distribuciones

9. Las adjudicaciones, o sea las distribuciones y los repartos con sus decisiones, se desenvuelven en perspectivas de espacios geográficos; minerales, vegetales y animales; biológicos y psicológicos; económicos, sociológicos y políticos generales; antropológicos e históricos; científicos; artísticos; lingüísticos; religiosos y filosóficos; educativos, etc. Estos sentidos no están sólo *dentro* de lo jurídico, reclaman la integración con otras disciplinas que atienden a ellos y forman *horizontes* del Derecho⁴⁰.

En el espacio *geográfico*, las decisiones y sus repartos se relacionan con el la riqueza del suelo, el clima, el relieve, el agua, la latitud y la longitud, etc. En cuanto a lo *mineral*, es notoria la importancia que en las decisiones y sus repartos tienen las riquezas respectivas, incluso con los tal vez “cuasiminerales” hidrocarburos.

En el sentido *biológico*, las decisiones y sus repartos se vinculan por ejemplo con marcos referidos a la vida animal y vegetal en general; al nacimiento, la reproducción y la muerte⁴¹; al patrimonio genético⁴², a

³⁴, <http://www.bibliocomunidad.com/web/libros/Saramago,%20Jose%20-20Todos%20los%20nombres.pdf>, 9-2-2013).

³⁹ Se puede *ampliar* en nuestro libro “Distribuciones y repartos ...” cit., Centro de Investigaciones ... cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 28-12-2012.

⁴⁰ Las referencias que haremos a veces se *superponen conceptualmente*, pero nos parece esclarecedor presentarlas en distintos enfoques.

⁴¹ La muerte, con problemática de gran complejidad, tiene al fin cierta fuerza igualadora de los seres humanos.

⁴² Es posible c. National Human Genome Research Institute, *Nature vs. Nurture in the Criminal Justice System*, <http://www.genome.gov/25019899>, 11-2-2013; PINTOS,

distintas etapas de la vida y la renovación generacional; a las condiciones de salud; a las relaciones entre la vida sexual y la reproducción; a la densidad de la población, etc.⁴³

En lo *psicológico* las decisiones y sus repartos se relacionan, por ejemplo, con el Ello y el Super-yo llegando al Yo; juega cierto “inconsciente colectivo”⁴⁴; intervienen la personalidad y el carácter de quienes deciden; suele ser imprescindible conocer la psicología de los demás⁴⁵; pueden incluso influir las condiciones de sueño, etc. Es más, tal vez en el campo de cierto modo afín y muy promisorio de las neurociencias puedan hacerse avances que revolucionen los planteos decisarios y repartidores.

En la perspectiva *económica* hay despliegues decisarios y repartidores que provienen, por ejemplo, de las diversidades más vinculadas a la producción, la distribución y el consumo; de la infraestructura y la superestructura sociales; del transporte, del mayor o menor “desarrollo” y de la manera en que está adjudicada la propiedad; del capitalismo, que produce sus artículos de consumo y sus consumidores, etc. Influyen también la existencia o no del “hombre económico” sostenido por la “escuela clásica” y la creencia en la “mano invisible” del mercado; la competencia, el monopolio y las condiciones generales del mercado; la financiarización; la posible organización socialista; las clases sociales; los alcances de la globalización/marginación, etc.

María Eugenia, “Afirman que la habilidad de mando está en los genes”, Clarín.com, Sociedad. 11 de febrero de 2013, http://www.clarin.com/sociedad/Afirman-habilidad-mando-genes_0_863913641.html, 11-2-2013.

⁴³ Un marco especialmente problemático en nuestro tiempo es el de la producción y el consumo de estupefacientes, que ponen en peligro las estructuras de diversos Estados.

⁴⁴ Tal vez convenga referirse al “inconsciente colectivo”, más allá de lo que sostuvo Jung, atendiendo a todo despliegue inconsciente que supere al individual.

⁴⁵ No es sin motivo que el *póquer*, donde se requiere a los jugadores introducirse en la mente de los demás y tener capacidades en los campos de las matemáticas, la psicología y los negocios, es uno de los juegos tenidos en cuenta en la teoría de las decisiones. Sin embargo, otros juegos también requieren diversas y elevadas capacidades de decisión. Tal vez en el ajedrez haya más proximidad con la ciencia, en el truco con la astucia, en el fútbol con la celeridad en la ubicación muy compleja, etc.

En cuanto a las limitaciones que puede tener la inteligencia de los demás, es posible v. por ej. CIPOLLA, Carlo M., “Allegro ma non troppo”, trad. María Pons, ed. oficial, <http://xa.yimg.com/kq/groups/9509988/171632646/name/cipolla%252Bcarlo.pdf>, 25-1-2013.

En la referencia *sociológica*, cabe atender a las diferencias en las decisiones y sus repartos según sean los grupos mayoritarios o minoritarios; los grupos etarios⁴⁶; las situaciones de paz o guerra; los medios de comunicación; las organizaciones no gubernamentales, etc. En el campo *político general* se generan, v. gr., diversidades en relación con posiciones organicistas o contractualistas, más democráticas, republicanas, etc.

En los sentidos *antropológicos* vale considerar, por ejemplo, que no coinciden las decisiones y los repartos que se toman en distintas culturas que, simplificando, pueden atribuirse a Occidente, Rusia, India, China, Japón, África Negra, los pueblos originarios americanos, etc.⁴⁷. Tampoco coinciden por su en vinculación con concepciones colectivas o individuales en principio “abiertas” o “cerradas” a nuevas amistades; originales o “recibidas”⁴⁸; optimistas o pesimistas, etc. En países como la Argentina son relevantes las distribuciones producidas por la escisión entre los elementos *hispánicos tradicionales y anglofranceses*⁴⁹.

En el campo *histórico*, las decisiones y sus repartos son diferentes en diversas edades y eras de la historia; en períodos de cultura, civilización y decadencia, etc. Las decisiones y los repartos medievales se desenvolvían con criterios más religiosos, los más modernos con más referencia a las

⁴⁶ Por ejemplo, porque con especial frecuencia los jóvenes se refieren más al todo e ignoran las dificultades y los viejos se remiten a problemas menores y pueden sobrevalorarlas.

⁴⁷ V. gr., son muy diversos los sentidos de las decisiones adoptadas, dentro del propio Occidente, por Carlomagno, Carlos V, Napoleón, Hitler, Churchill, Truman, etc. y las decisiones que en sus marcos tomaron Gandhi, Chiang Kai-shek y Mao, Hirohito y Tojo, bin Laden, etc.

⁴⁸ Es posible *ampliar* en nuestros trabajos "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "Revista de Direito Civil", 8, págs. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el Derecho", "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 9, págs. 33 y ss., Repositorio Derecho UNICEN, http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui2/bitstream/handle/123456789/76/Originalidad_y_Recepción_en_el_Derecho_Ciuro_Caldani.pdf?sequence=1, 11-1-2013 ; "El Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1091/995>, 11-1-2013.

⁴⁹ En cuanto a las características de los dos sectores, es posible c. por ej. nuestro estudio "Bases culturales del Derecho argentino", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 27, págs. 113/126, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485>, 16-1-2013.

ciencias naturales, los contemporáneos, con remisión más social, etc.⁵⁰ La importancia de las decisiones y los repartos en la nueva era⁵¹ que vivimos, con enormes posibilidades científicas, técnicas y morales, es sorprendente.

La Edad Media, que puede ser mejor denominada Edad de la Fe, presentó al sujeto humano referido a la plenitud divina. La Edad Moderna, que puede ser llamada Edad de la Razón y la Experiencia, culminó en el reconocimiento del valor del individuo como tal declarando sus derechos, pero por otra parte mostró a un sujeto holísticamente remitido a su propia experiencia y se dice que se llegó de cierto modo a una experiencia sin sujeto. La Edad Contemporánea, quizás nombrable en mayor medida como Edad de la Técnica, planteó un sujeto creador de su experiencia, pero fue espacio para el nacimiento de la inserción científica del hombre en la sociedad. Hoy, en la llamada posmodernidad, que duda en dar sus rasgos definitorios, tal vez sea necesaria una síntesis de sujeto y experiencia capaz de responder a lo esperado-inesperado.

Son también diversos los marcos de decisión y reparto según las circunstancias *científicas* y *artísticas*, v.gr. en el escaso despliegue científico y técnico medieval y el muy relevante de la actualidad; en los sentidos de dominación y cuestionamiento brindados por el arte, etc. Aunque la diferenciación suele ser riesgosa, siempre estamos obligados a decidir con diverso grado de información científica o vulgar. Los estilos románico, gótico, renacentista, barroco, clásico, etc. tienen importancia decisoria y repartidora⁵².

⁵⁰ Suele hacerse referencia crítica al rey anglosajón Etelredo II, El Indeciso (hijo de Edgar el Pacífico). Se narra que Etelredo, denominado El Indeciso por su debilidad de carácter, pagó tributo al rey danés invasor Svend I de Dinamarca en 991. Etelredo entregó a Svend 10.000 libras de plata, en respuesta a lo cual Svend cesó temporalmente su avance destructivo hacia Inglaterra, aunque luego volvió para recaudar más tributos. Las crecientes demandas de Svend durante los años siguientes provocaron un tributo extenuador (conocido como el Danegeld), que pagaban los habitantes de los territorios de Etelredo. Un interrogante quizás valioso es el de la diferencia entre indeciso y pacífico.

En el campo de la temporalidad de la decisión es muy relevante atender a las *consecuencias*.

⁵¹ En cuanto a la historia de Occidente, es posible *ampliar* en nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000); también en “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss. y 65 y ss.

⁵² Se puede v. GOZALEZ PORTO-BOMPIANI, “Diccionario Literario”, 2^a. ed., t. I,

En el enfoque *lingüístico* vale atender a que las lenguas son marcos de pensamiento, dominación y decisión especialmente fuertes. Es posible que en su vida al fin muy profunda los despliegues lingüísticos sean contradictorios y muy tensos, generando posibilidades de decisión disímiles como lo somos incluso los hablantes, pero también en esto estriba su importancia⁵³. En el sentido literario, los obstáculos de nuestra capacidad de decisión y reparto se exhiben, por ejemplo, en la descollante problemática de Hamlet y en las brujas de Macbeth⁵⁴.

En el sentido *religioso* son notorias las diferencias de las decisiones y los repartos que se desarrollan en relación con puntos de vista teístas, agnósticos o ateos; trascendentalistas o inmanentistas; con religiosidades antropocéntricas o teocéntricas y geocéntricas o cosmocéntricas⁵⁵; con

“Movimientos Espirituales”, Barcelona, Montaner y Simón, 1967; HAUSER, Arnold, “Introducción a la Historia del Arte”, trad. Felipe González Vicén, 3^a. ed., Madrid, Guadarrama, 1973; ArteHistoria, <http://www.artehistoria.jcyl.es/>, 2-2-2013; SIERRA, Mónica, “Representaciones artísticas básicas”, Slideshare, <http://www.slideshare.net/monika.dibujo/estilos-artisticos-basicos-presentation>, 2-2-2013.

En el campo del baile, es notorio que las posibilidades de decisiones jurídicas son diversas según se trate v gr. de las épocas del minué, sobre todo como expresión de la racionalidad cortesana; de la larga historia del vals, en que al fin las parejas de alta sociedad comenzaron a abrazarse; de la audacia individual de las parejas del tango; del comienzo de la condición difusa del rock y hoy de la frecuente protesta del reggae. Por ej., no hubiera sido posible que el Código Napoleón se decidiera en tiempos del rock o el reggae.

Es posible c. Trans, Revista transcultural de música, <http://www.sibetrans.com/trans/51/como-citar-trans>, 6-2-2013. Lo propio podría decirse, claro está, de las decisiones y los repartos y las otras áreas de la cultura.

⁵³ V. SOLANA, Maite, “El nuevo diccionario de la lengua española”, Centro Virtual Cervantes, El Trujamán, Lunes, 1 de julio de 2002, Diccionarios, http://cvc.cervantes.es/trujaman/antiguos/julio_02/01072002.htm, 18-12-2012.

⁵⁴ Que representan el sentido interno de los acontecimientos.

Se hace referencia a la obra de Ludvig Holberg “El indeciso”, de 1722.

⁵⁵ Las decisiones tienen también siempre relevancia *filosófica*, tal vez de una manera especial en el existencialismo, pero a nuestro parecer su planteo ha sido demasiado parcial y aislado. “Se ha decidido ya siempre de alguna manera en qué modo es el “ser ahí” mío en cada caso.” (HEIDEGGER, Martin, “El ser y el tiempo”, trad. José Gaos, 5^a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974, por ej. párr. 9, pág. 54). “El destino aceptado es, una decisión, la decisión de desempeñar nuestro propio cometido en el mundo. El yo auténtico (*das eigentliche Selbstein*) se halla en la auténtica historicidad, en la angustia que descubre la nada esencial nuestra y de toda cosa y del ser y del ser-en y del mundo.”, SCIACCA, Michele Federico, “Hiedegger, «místico de la Nada»”, en

creencias remitidas al paganismo, el judaísmo, el catolicismo, la ortodoxia oriental, el luteranismo, el calvinismo, el Islam, el budismo, etc. Cabe recordar que los griegos, por ejemplo, tenían clara conciencia religiosa de la tensión de las decisiones, en relación con la cual se referían sobre todo a Cloto (Κλωθώ, ‘hilandera’), la divinidad que hilaba la hebra de vida con una rueca y un huso.⁵⁶

En el espacio *filosófico* se pueden mencionar, por ejemplo, los marcos de decisiones y repartos más metafísicos, ontológicos, gnoseológicos, axiológicos, epistemológicos, lógicos, etc.; las opciones nietzscheanas entre lo prometeico y lo adánico y lo dionisíaco y lo apolíneo; los subjetivismos, los constructivismos y los objetivismos, donde las decisiones de los sujetos son más radicalizadas o diversamente limitadas, etc.

En el enfoque *educativo*, son relevantes respecto de las decisiones y sus repartos la mayor o menor alfabetización; los despliegues en distintos

“La filosofía, hoy”, I. Madrid, Escelicer, 1973, págs. 300 y ss., http://mercaba.org/Filosofia/heidegger/HEIDEGGER_08.htm, 7-2-2013; v. además por ej. VIGO, Alejandro. “Identidad, decisión y verdad. Heidegger, en torno a la constitución del ‘nosotros’”, en “Arqueología y aleteiología y otros estudios heideggerianos”, Buenos Aires, Biblos, 2008, págs. 222 y ss.

Si el hombre y su vida son una pasión inútil, también lo son las decisiones y los repartos (cabe recordar SARTRE, J.P., “L’être et le néant”, París, Gallimard, 1943, además puede v. “El ser y la nada”, trad. Juan Valmar, 4^a. ed., 1976, Bs. As., Losada, pág. 747; “El ser y la nada”, pág. 377, http://www.bsolot.info/wp-content/uploads/2011/02/Sartre_Jean_Paul-El_ser_y_la_nada.pdf, 7-2-2013). Es relevante saber en qué medida se piensa que el mundo es complicado y en qué medida se considera que esa complicación es superable en complejidad. El mundo complicado acerca al azar y a la dificultad de manejar las categorías, la complejidad aproxima a este manejo. El historicismo acepta más la complicación primaria, tratando de llegar a la complejidad; el racionalismo suele orientarse radicalmente a la complejidad, a veces desconociendo la complicación básica.

⁵⁵ V. por ej. EINSTEIN, Albert, “El sentimiento cósmico religioso” y “Ciencia y religión”, en HEISENBERG, W. y otros, ed. Ken Willber, “Cuestiones cuánticas”, trad. Pedro de Casso, 10^a. ed., Barcelona, Kairós, 2007, págs. 156 y ss.

⁵⁶ Se creía que era la hija de Nix (la Noche), para referir la oscuridad del destino humano. También cabe recordar que el dios mensajero Hermes presentó a Paris las diosas Hera, Atenea y Afrodita y le planteó el dilema en que ellas le ofrecieron dones diferentes. Cuando Paris se pronunció por el ofrecimiento de Afrodita, o sea por Helena, considerada la mujer más hermosa del mundo, no sabía que con esa decisión acabaría provocando la guerra de Troya.

De cierto modo, el equivalente de Cloto en la religión romana era Nona.

niveles “primarios”, “secundarios” y “terciarios”; las materias más humanistas o técnicas; los sentidos más autoritarios o liberales, etc.

Distintos son, asimismo, las decisiones y los repartos que pueden adoptarse según los marcos de *concepciones del mundo*⁵⁷ en que se produzcan⁵⁸. Se decide y reparte desde la percepción y la “realidad” de una ubicación cósmica. Es relevante, asimismo, el equilibrio que se piense entre todos estos despliegues: por ejemplo, será distinto lo que se decida y reparta desde los *entramados* multifacéticos que proponen el cristianismo, el marxismo, el weberianismo, etc.

Las adjudicaciones de las influencias humanas difusas han venido promoviendo sobre todo la *dominación* a través de la religión, las ciencias naturales y la combinación de las ciencias sociales con las ciencias naturales⁵⁹; mediante los actuales avances de la química, la genética humana, etc. Podría suceder que, en cierta relación con lo planteado a veces por la ciencia ficción, los mecanismos combinados de dominación lleguen a limitar enormemente las decisiones y los repartos.

Las distribuciones que dan base a las decisiones han ido mostrándose en diversos “giros” históricos culturales: religiosos, de ciencias naturales, económicos, sociológicos, psicológicos, lingüísticos, etc. Uno de los sentidos

⁵⁷ V. por ej. DILTHEY, Wilhelm, “Teoría de las concepciones del mundo”, trad. Julián Marías, Madrid, Revista de Occidente, 1974, Scribd, <http://es.scribd.com/doc/54317800/Dilthey-Wilhelm-Teoria-de-Las-Concepciones-Del-Mundo-1>, 6-1-2013; JASPERS, Karl, “Psicología de las concepciones del mundo”, trad. Mariano Marín Casero, Madrid, Gredos, 1967.

⁵⁸ Las distribuciones son bases de gran relevancia para la construcción de las especificidades de la materia, el espacio, el tiempo y las personas con que pueden desenvolverse las decisiones. Las distribuciones de la “naturaleza” se presentan con alcances en relativa reducción. Las influencias humanas difusas económicas del capitalismo tienen en la actualidad una gran expansividad “globalizada”, que va abarcando gran parte del Planeta; todo va haciéndose mercancía, aunque en una sociedad de consumo la inestabilidad es un signo característico y va quedando una relevante marginalidad. Las influencias de la ciencia dominan la materia, limitan las posibilidades de perdurabilidad de los saberes y los hacen más proyectables en el espacio y las personas. Las influencias de las religiones tienden a pretender mayor perdurabilidad, pero sólo algunas, con fuerte pretensión misionera, son igualmente extensibles en el espacio y el capitalismo devora los alcances religiosos, también del cristianismo que en cierta medida lo acompañó. Con más vocación de perdurabilidad que la ciencia y menos que la religión, la filosofía ha buscado su expansión a través de la superficialidad de la lógica y la epistemología, etc.

⁵⁹ Por ej. en las técnicas capitalistas.

del giro cultural del siglo XX se ha dirigido al lenguaje, al punto que ha llegado a sostenerse que el hombre “es” su lenguaje. Aunque hoy los nuevos enfoques se orienten principalmente a la genética, todos esos “giros” han de ser diversamente tenidos en cuenta al decidir y repartir, procurando en la mayor medida posible, según las características de los casos, que ninguno desoriente la atención.

Con gran frecuencia las distribuciones se presentan en relaciones muy *tensas*, que influyen en las decisiones y los repartos, entre el capitalismo y la cultura de la democracia y los derechos humanos; entre los legados “occidentales” de origen griego, romano, judeocristiano, germano, árabe, etc.; entre el cristianismo originario y la presencia imperial romana, que lo penetró a partir del siglo IV; entre la religión, la ciencia e incluso el arte, etc.

Se decide y se reparte incluyendo, excluyendo y sustituyendo despliegues de las distribuciones y los repartos. Las distribuciones, siempre presentes en las decisiones y los repartos, a menudo también de paz y de guerra, han llegando a poner en riesgo la propia existencia de nuestra especie. Marginar la referencia a las distribuciones es bloquear la comprensión básica de las decisiones y del Derecho.

b'') Las decisiones y sus repartos

a''') Planteo general

10. La noción de decisión apoya para comprender que quien reparte es quien *realmente* conduce, no necesariamente quien figura en las normas. Como parte de los repartos, la *conducta* decisoria supone *reconocer* una situación, con el problema que se considera y los intereses y las fortalezas y debilidades existentes y procurar una construcción deseada⁶⁰.

La situación tiene una especial dificultad en cuanto se refiere al *futuro* en un despliegue humano, cuyo conocimiento es particularmente imprevisible. *Antes* de la decisión puede existir *duda*, cuyos alcances se comprenden mejor

⁶⁰ En cuanto a los casos y sus soluciones es relevante v. por ej. ENTELMAN, Remo F., “Teoría de conflictos”, Barcelona, Gedisa, 2002. Suele recomendarse también, v. gr., The 8D Problem Solving Process, Adaptative, http://adaptivebms.com/Introduction_to_8D_problem_solving_process/, 25-1-2013.

refiriéndola al complejo de conceptos afines. La duda sofista que pone en suspenso la pregunta es diferente de la cartesiana, considerada un método, y más cercana al concepto utilizado en este trabajo⁶¹. La decisión se relaciona de manera profunda con la *pregunta* y la *creatividad*⁶². Exige superar, por ejemplo, la vacilación, el titubeo, la perplejidad, el La comprensión de la riqueza de perspectivas del *camino* de la decisión se muestra también en conceptos relativamente afines que puede ser útil tener en cuenta, por ejemplo: con la meditación⁶³ y la reflexión⁶⁴ compleja acerca de la opción⁶⁵; la elección⁶⁶; la selección⁶⁷; el escoger entre personas o cosas⁶⁸ y, con

⁶¹ V. duda. (De dudar). 1. f. Suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia. 2. f. Vacilación del ánimo respecto a las creencias religiosas. 3. f. Cuestión que se propone para ventilarla o resolverla. ~ filosófica. 1. f. Suspensión voluntaria y transitoria del juicio para dar espacio y tiempo al espíritu a fin de que coordine todas sus ideas y todos sus conocimientos. desatar la ~ 1. loc. verb. *Fil.* desatar el argumento. sin ~. 1. loc. adv. Indudablemente, con toda seguridad. □ V. el beneficio de la duda, (REAL ACADEMIA, op. cit., duda, <http://lema.rae.es/drae/?val=duda>, 27-12-2012); dudar. (Del lat. dubitare). 1. intr. Tener el ánimo perplejo y suspenso entre resoluciones y juicios contradictorios, sin decidirse por unos o por otros. U. t. c. tr. Después de dudarlo mucho, aceptó la oferta. 2. intr. Desconfiar, sospechar de alguien o algo. Todos dudábamos de él. 3. tr. Dar poco crédito a una información que se oye. Lo dudo. 4. tr. ant. temer. (REAL ACADEMIA, op. cit., dudar, <http://lema.rae.es/drae/?val=dudar>, 27-12-2012).

Se llegan a hacer enormes críticas a la duda. V. por ej. World Chalenge Pulpit Series, La Duda - El pecado que Dios más odia. (*Doubt, the Sin God Hates Most*), Por David Wilkerson, 2 de abril de 2001, <http://www.tscpulpitseries.org/spanish/ts010402.htm>, 19-12-2012.

⁶² Acerca de la creatividad v. información en el Apéndice.

⁶³ V. meditar. (Del lat. meditāri). 1. tr. Aplicar con profunda atención el pensamiento a la consideración de algo, o discurrir sobre los medios de conocerlo o conseguirlo (REAL ACADEMIA, op. cit., meditar –meditación-, <http://lema.rae.es/drae/?val=meditar>, 12-1-2013). La meditación (del latín *meditatio*, -ōnis) describe la práctica de un estado de atención concentrada, sobre un objeto externo, el pensamiento, la propia conciencia, o el propio estado de concentración.

En general, en cuanto a estos temas es útil consultar con amplitud la obra de Aristóteles, por ej. “Etica Eudemiana”, II, 3, en “Obras” cits., pág. 1119.

⁶⁴ V. reflexionar. 1. intr. Considerar nueva o detenidamente algo. (REAL ACADEMIA, op. cit., reflexionar, <http://lema.rae.es/drae/?val=reflexionar>, 12-1-2013). La “re-flexión” considera detenidamente, como la meditación, pero se vuelve sobre sí misma.

⁶⁵ V. opción. (Del lat. optio, -ōnis). 1. f. Libertad o facultad de elegir. 2. f. Esa misma elección. 3. f. Cada una de las cosas a las que se puede optar. 4. f. Posibilidad de conseguir algo. El equipo no tuvo opción al triunfo. 5. f. Derecho que se tiene a un

oficio, dignidad, etc. 6. f. Der. Derecho a elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal o en negocio jurídico. 7. f. Econ. Derecho a comprar o vender algo en plazo y precio previamente acordados. ~ sobre acciones. 1. f. Econ. opción que, en algunos casos, se establece sobre activos financieros como remuneración de los directivos y empleados de una empresa. (REAL ACADEMIA, op. cit., opción, <http://lema.rae.es/drae/?val=opci%C3%B3n>, 27-12-2012). Optar es escoger, desear (COROMINAS, op. cit., reimpr. 1985, t. IV, pág. 288).

- ⁶⁶ C. elección. (Del lat. *electiō*, -ōnis). 1. f. Acción y efecto de elegir. 2. f. Designación, que regularmente se hace por votos, para algún cargo, comisión, etc. 3. f. Libertad para obrar. 4. f. pl. Emisión de votos para designar cargos políticos o de otra naturaleza. elecciones primarias. 1. f. pl. elecciones que se hacen para designar a un candidato en unas futuras elecciones. □ V. *vaso de elección* , REAL ACADEMIA, op. cit., elección, <http://lema.rae.es/drae/?val=elecci%C3%B3n>, 28-12-2012; v. elegir. (Del lat. *eligēre*).1. tr. Escoger, preferir a alguien o algo para un fin. 2. tr. Nombrar por elección para un cargo o dignidad. (REAL ACADEMIA, op. cit., elegir, <http://lema.rae.es/drae/?val=elegir>, 27-12-2012). Elegir es sacar, arrancar, escoger y se vincula con electo, relacionándose con elegido para la Bienaventuranza (COROMINAS, op. cit., t. II; 1980, págs. 551/2).
- ⁶⁷ V. resolver. (Del lat. *resolvēre*; de *re*, y *solvēre*, soltar, desatar). 1. tr. Tomar determinación fija y decisiva. 2. tr. Resumir, epilogar, recapitular. 3. tr. Desatar una dificultad o dar solución a una duda. 4. tr. Hallar la solución de un problema. 5. tr. Deshacer, destruir. 6. tr. Dicho de un agente natural: Deshacer algo cuyas partes separa destruyendo su unión. U. t. c. prnl. 7. tr. Analizar, dividir física o mentalmente un compuesto en sus partes o elementos, para reconocerlos cada uno de por sí. 8. tr. Mús. Llevar a efecto una resolución (□ paso de un acorde a otro). 9. prnl. Decidirse a decir o hacer algo. 10. prnl. Dicho de una cosa: Reducirse, venir a parar en otra de menor importancia en relación con lo que se creía o temía. 11. prnl. Med. Dicho de las enfermedades, y en especial de las inflamaciones: Terminar, ya espontáneamente, ya en virtud de los medios médicos, quedando los órganos en el estado normal. (REAL ACADEMIA, op. cit., resolver, <http://lema.rae.es/drae/?val=resolver>, 27-12-2012); selección. (Del lat. *selectiō*, -ōnis). 1. f. Acción y efecto de elegir a una o varias personas o cosas entre otras, separándolas de ellas y prefiriéndolas. 2. f. Elección de los animales destinados a la reproducción, para conseguir mejoras en la raza. 3. f. Dep. Equipo que se forma con atletas o jugadores de distintos clubes para disputar un encuentro o participar en una competición, principalmente de carácter internacional. ~ natural. 1. f. Sistema establecido por el naturalista inglés Charles Darwin, que pretende explicar, por la acción continuada del tiempo y del medio, la desaparición más o menos completa de determinadas especies animales o vegetales, y su sustitución por otras de condiciones superiores. (REAL ACADEMIA, op. cit., selección, <http://lema.rae.es/drae/?val=selecci%C3%B3n>, 27-12-2012); “seleccionar 1. tr. Elegir, escoger por medio de una selección., (REAL ACADEMIA, op. cit., seleccionar, <http://lema.rae.es/drae/?val=seleccionar>, 27-12-2012). V. por ej. en cuanto a la etimología de selección, relacionada con elegir, sacar, arrancar, escoger, de cierto modo recoger, COROMINAS, op. cit., t. II, 1980, págs. 551/2, t. V,

sentido más dinámico, el preferir⁶⁹, etc. El sendero puede ser más de razón o de experiencia⁷⁰ y es necesario iluminarlo con la intuición cultivada⁷¹. A veces, no sin fundamento, se discute sobre el valor de la racionalidad de la decisión, por ejemplo con el enfrentamiento de la racionalidad maximizadora y la racionalidad limitada⁷².

La decisión y su reparto requieren no sólo *saber* sino *destreza*, hay de cierto modo un *arte* de decidir y repartir⁷³ y suelen requerirse condiciones de liderazgo⁷⁴. Las soluciones pueden ser disyuntivas o conjuntivas⁷⁵. Uno

⁶⁹ 1983, pág. 195; asimismo c. Etimología de Selección, <http://etimologias.dechile.net/?seleccio.n>, 27-12-2012.

⁷⁰ escoger. (Del lat. ex y colligēre, coger). 1. tr. Tomar o elegir una o más cosas o personas entre otras. (REAL ACADEMIA, op. cit., escoger, <http://lema.rae.es/drae/?val=escoger>, 12-1-2013). Acerca de escoger, relacionado con coger, COROMINAS, op. cit., págs. t. II, 1980, págs. 120 y ss., t. II, 1980, pág. 700).

⁷¹ C. preferencia. (Del lat. praefērens, -entis, part. act. de praeferre, preferir). 1. f. Primacía, ventaja o mayoría que alguien o algo tiene sobre otra persona o cosa, ya en el valor, ya en el merecimiento. 2. f. Elección de alguien o algo entre varias personas o cosas. de ~. 1. loc. adv. Con preferencia. (REAL ACADEMIA, op. cit., <http://lema.rae.es/drae/?val=preferencia>, 27-12-2012). Preferir es llevar adelante, presentar, ofrecer, mostrar, derivado de llevar (COROMINAS, op. cit., reimpr. 1985, t. IV, págs. 632 y ss.)

⁷² La ambigüedad de las dos palabras es muy grande (en relación con la experiencia, v. por ej. JAY, op. cit.).

⁷³ De aquí el carácter sorprendente de la escasa práctica de la decisión que suele imperar en las Facultades de Derecho.

Cabe c. MARÍN, Víctor, “La inspiración sí existe, pero hay que cultivarla”, La vida es una nota, martes, marzo 16, 2010, <http://victor-marin.blogspot.com.ar/2010/03/la-inspiracion-si-existe-pero-hay-que.html>, 23-1-2013.

⁷⁴ En relación con el costo-beneficio y la racionalidad de la decisión es posible v. información en el Apéndice.

⁷⁵ Tal vez sea útil referirse en alguna medida a la *virtù* maquiavélica (en relación con la compleja significación de esa palabra, es posible v. por ej., ABAD, José, “La «*virtù*» según Maquiavelo: significados y traducciones”, en “Tonos”, 15, 2008, 30-12-2012; c. MACHIAVELLI, Niccolò, “El Príncipe – Escritos Políticos” -principalmente “El Príncipe”- en trad. Juan G. de Luaces, 2^a ed., Madrid, Aguilar, 1966; “Príncipe”, <http://digilander.libero.it/altavoracita/02polit/principe/sommario.htm>, 30-12-2012)). Es relevante atender sin embargo a la *fortuna*.

⁷⁶ Cabe recordar los estudios sobre liderazgo de Weber, Lewin, Lippit, White, etc. Es posible v. asimismo por ej. RETAMAL M., Gonzalo (CL), “Toma de decisiones y solución de problemas” (rec.), <http://www.leonismoargentino.com.ar/INST283.htm>, 8-1-2013.

de los *obstáculos* grandes para la amplitud de la decisión es el pensamiento único. La decisión lleva a la *resolución*⁷⁶, repartidora que “in-cluye”⁷⁷ y “ex-cluye”⁷⁸; en un sentido más fuerte, a menudo excluye descartando⁷⁹.

⁷⁵ La conjunción acerca al compartir, diverso del repartir. El valor más alto del compartir es el amor (se puede *ampliar* en “Derecho y política” cit.). A veces, según lo ya referido, la decisión puede remitirse a un dilema.

Si se adopta el pensar de Max Scheler cabe entender que no se es bueno porque se decide serlo sino por la espontaneidad inicial del amor (es posible v. SCHELER, Max, “Esencia y formas de la simpatía”, Losada, Buenos Aires 1957 (t.o.: “Wesen und Formen des Sympathie”, 5^a ed. “Gesammelte Werke”, 7, Berna - Munich, Francke, Bern-München, 1973, http://www.opuslibros.org/Index_libros/Recensiones_1/scheler_wes.htm, 9-2-2013).

⁷⁶ V. resolución. (Del lat. *resolutio*, -ōnis). 1. f. Acción y efecto de resolver o resolverse. 2. f. Ánimo, valor o arresto. 3. f. Actividad, prontitud, viveza. 4. f. Cosa que se decide. 5. f. Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial. 6. f. Fís. Distinción o separación mayor o menor que puede apreciarse entre dos sucesos u objetos próximos en el espacio o en el tiempo. 7. f. Med. Terminación de una enfermedad, especialmente de un proceso inflamatorio. 8. f. Mús. Paso de un acorde disonante a otro consonante. 9. f. Mús. Este último acorde con relación al anterior. ~ judicial firme. 1. f. Der. Aquella que, por no ser susceptible de recurso, se considera como definitiva. en ~. 1. loc. adv. U. para expresar el fin de un razonamiento. □ V. poder de resolución. (REAL ACADEMIA, op. cit., resolución, <http://lema.rae.es/drae/?val=resoluci%C3%B3n>, 27-12-2012). Acerca de la etimología de resolver, vinculada a absolver, desatar, soltar, v. COROMINAS, op. cit. t. I, 1980, pág. 23, reimpresión 1985, t. IV, pág. 885.

⁷⁷ incluir. (Del lat. *includere*). 1. tr. Poner algo dentro de otra cosa o dentro de sus límites. 2. tr. Dicho de una cosa: Contener a otra, o llevarla implícita. 3. tr. Biol. Someter un tejido a un tratamiento mediante el cual se sustituye el agua por otra sustancia líquida que luego se solidifica y permite cortarlo en secciones delgadas. (REAL ACADEMIA, op. cit., incluir, <http://lema.rae.es/drae/?val=incluir>, 13-1-2013).

⁷⁸ excluir. (Del lat. *excludere*). 1. tr. Quitar a alguien o algo del lugar que ocupaba. Excluir a alguien de una junta o comunidad. Excluir una partida de la cuenta. 2. tr. Descartar, rechazar o negar la posibilidad de algo. Los datos excluyen una hipótesis contraria a ellos. 3. prnl. Dicho de dos cosas: Ser incompatibles. (REAL ACADEMIA, op. cit., excluir, <http://lema.rae.es/drae/?val=excluir>, 13-1-2013).

⁷⁹ descartar. (De des- y carta). 1. tr. Excluir a alguien o algo o apartarlo de sí. 2. tr. En una elección, prescindir de algo o de alguien. Para este homenaje quedan descartados banquetes y discursos, así como parientes. 3. tr. Rechazar, no admitir. Descartamos la posibilidad de lluvia. 4. prnl. En ciertos juegos, dejar las cartas que se tienen en la mano y se consideran inútiles, sustituyéndolas con otras tantas de las que no se han repartido. 5. prnl. p. us. Dicho de una persona: Excusarse de hacer algo. (REAL ACADEMIA, op. cit., descartar, <http://lema.rae.es/drae/?val=descartar>, 13-1-2013).

En la decisión se tiende, en general, a pasar de una situación menos *satisfactoria* a otra más satisfactoria, aunque no sea óptima. Siempre hay, de cierta manera, alguna posición más o menos acertada de “economía vital” y hay una “ingeniería de la decisión”⁸⁰.

Al resolver, la conducta decisoria se *proyecta* según *objetivos* adoptados, convertidos en *fines*. Los fines reclaman la implementación de medios y en general se razona con más o menos acierto según la relación *costo-beneficio*⁸¹, incluso de pérdidas y ganancias, atendiendo, por ejemplo, a los factores “desalentadores” y los incentivos respecto de la acción.

Una perspectiva relevante es la que puede diferenciar al sentido más humanista de la totalidad en el *sujeto*, encarnado por Montaigne, y el más *objetivista* y atento al método que, desde diferentes enfoques, presentaron Bacon y Descartes. Creemos que siempre, también en la decisión, es relevante el método, pero hay que evitar el fetichismo del método⁸².

Las decisiones producen respuestas de distintos *alcances* en lo material, espacial, temporal y personal, en estrecha relación con los marcos de todas las adjudicaciones, sean distribuciones o repartos⁸³. Como hemos

V. NINO, Carlos S., “Introducción a la Filosofía de la acción humana”, Bs. As., Eudeba, 1987. En cuanto a la teoría de la acción humana se suele hacer referencia a la Praxeología.

⁸⁰ Es posible v. por ej. MARCH, op. cit. En ciertos casos se pregunta, de manera impactante, si hay evidencia empírica que demuestre o sugiera que la decisión humana es mejorada por el conocimiento de la teoría de la decisión o por la aplicación de las técnicas de decisión racional.

⁸¹ Se hace referencia a la regla “mínimas”.

⁸² Cabe c. por ej. JAY, op. cit., págs. 25 y ss.; también cabe c. FEYERABEND, Paul, “Tratado contra el método”, trad. Diego Ribes, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 1992. Se puede c. por ej. Henry Mintzberg on Decision Making, <http://www.youtube.com/watch?v=DyvXu3lSSG0>, 17-1-2013; EDG, Henry Mintzberg critica las “formulas estándar” de la planificación estratégica, http://www.equipodyg.org/index.php?view=article&catid=49%3Aentrevistas&id=145%3Ahenry-mintzberg-critica-qlas-formulas-estandarq-de-la-planificacion-estrategica&format=pdf&option=com_content&Itemid=155, 17-1-2013.

⁸³ Es posible *ampliar* en nuestros trabajos “El ámbito de la decisión jurídica (La construcción del caso)”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., Nº 24, págs. 57/64, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/570/470>, 8-1-2013; “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación ...” cit., Nº 33, págs. 9/17. Cabe c. asimismo GORDILLO, Agustín, “Capítulo VIII. Las etapas de la decisión creativa del caso”, Gordillo, http://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap08.pdf, 10-1-2013.

señalado, hay despliegues de inclusión, exclusión y sustitución. Pueden producirse cambios por “plusmodelación”, “minusmodelación” y sustitución. Todo esto en lo fáctico e ideal, sea esta idealidad normológica o axiológica⁸⁴. Vale tener en cuenta la posibilidad de soluciones idénticas por *vías* diferentes y de soluciones diferentes por vías aparentemente idénticas⁸⁵.

Se pueden obtener *recursos* relevantes del uso de los *métodos* de la “*simulación*” de decisiones, de las *variaciones* y de la *comparación*. El primero adopta decisiones imaginarias para apreciar su desenvolvimiento⁸⁶. El segundo modifica imaginariamente la situación y las soluciones para reconocer sus posibilidades y significados. El tercero relaciona la actividad propia con otras, por ejemplo de los competidores, para apreciar las posibilidades y los resultados respectivos⁸⁷. Es relevante también apreciar las posibilidades del *ensayo*, con su acierto y su error.

⁸⁴ Cabe *ampliar* en nuestros "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas" cits.

⁸⁵ Cabe c. v. gr. MONTAIGNE, “Ensayos”, trad. Constantino Román y Salamero, Libro I, Capítulo I, “Por diversos caminos se llega a semejante fin”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ensayos-de-montaigne--0/html/fe_fb17e2-82b1-11df-acc7-002185ce6064_157.html#I_7_, 14-1-2013 ; “Essais”, Libro I, Capítulo I, “Par divers moyens on arrive à pareille fin”, <http://www.bribes.org/trismegiste/es1ch01.htm>, 14-1-2013 ; ZWEIGERT, Konrad, “Des solutions identiques par des voies différentes”, en “Revue Internationale de droit comparé”, año 18, N° 1, págs. 5 y ss., Persee, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1966_num_18_1_14471, 17-12-2012. Sobre las estrategias alternativas es posible c. por ejemplo GONZÁLEZ ARANCIBIA, Mario, “Estrategias alternativas frente a la globalización y al mercado: la experiencia socialista”, EMVI, <http://www.eumed.net/libros/2005/mga/1b.htm> , 28-12-2012; MOFFAT, Alfredo, “Estrategias alternativas”, http://www.moffatt.com.ar/articulos/cap8/08AR_ESTRATEGIASALTERNATIVAS.doc , 28-12-2012); Foro Económico Social Alternativo, Estrategia Alternativa de Desarrollo, <http://www.eumed.net/libros/2005/mga/1b.htm>, 28-12-2012; PONCE DE LEÓN, Carlos, “Derecho Alternativo”, CECIES, Pensamiento Latinoamericano y Alternativo, <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=249>, 28-12-2012.

⁸⁶ V. Institute for Strategic Clarity, <http://www.instituteforstrategicclarity.net/research.php>, 21-1-2013.

⁸⁷ En base al método SCAMPER, planteado por Bob Earle y difundido por Michael Michalko, puede sugerirse, por ejemplo: sustituir, combinar, adaptar, modificar (magnificar, reducir), eliminar y revertir.

11. En definitiva, se ha de atender a la decisión en el *funcionamiento del reparto*: reconocimiento de la realidad⁸⁸, toma de decisión en sentido específico⁸⁹ y efectivización de la decisión⁹⁰. De cierto modo, es un trayecto de desenvolvimiento de un proyecto⁹¹, constituido por un complejo

⁸⁸ Importa no confundir las personalidades inseguras con las situaciones de inseguridad (es posible v. Temas de Psicología. La inseguridad, <http://www.proyectopv.org/2-verdad/inseguridad2psic.htm>, 1-1-2013). La referencia a la realidad requiere un equilibrio debido entre “con-fianza” y “des-confianza”. De cierto modo, la desconfianza genera miedo. En el cine, varios papeles de Woody Allen exhiben magistralmente el papel del inseguro (se puede v. mundocitas, Biografía de Woody Allen, <http://www.mundocitas.com/biografia/Woody/Allen>, 1-1-2013). La religión plantea el despliegue cultural de la confianza en la obra literaria “El condenado por desconfiado”, atribuida a Tirso de Molina.

⁸⁹ Siguiendo ideas de John Krumboltz suele recomendarse: Definir el problema: identificar y delimitar el problema, si son varios problemas separarlos de uno en uno. Establecer expectativas, analizar creencias y fijar objetivos. Establecer el plan: definir un plan y fijar los tiempos del mismo. Identificar alternativas: Informarse de las opciones y tener preparado un plan B. Analizar las dificultades y las probabilidades de éxito. Evaluación de uno mismo. Evaluar las capacidades: las que se tienen y las que se pueden desarrollar. Analizar las aptitudes. Tener claros los propios valores y priorizar las necesidades. Investigar posibles resultados: imaginar las consecuencias para cada alternativa, sus beneficios y sus costes. Eliminar alternativas con bajo beneficio y alto coste. Experimentar. Probar. Desarrollar tentativas. Se agrega: Interesarse por explorar las oportunidades en las que se puede aprender; Ser tenaz para afrontar los obstáculos ; Actuar con flexibilidad frente a las dificultades y circunstancias; Ser optimista para obtener el máximo beneficio de los imprevistos. (v. por ej. GLADBERGEN, Randy, “John D. Krumboltz y su modelo de decisiones”, <http://modelodedecisiones-juancarlos.blogspot.com.ar/2010/10/modelo-de-decisiones.html>, 5-1-2013; es posible c. asimismo v. gr. BETZ, Nancy Betz – TAYLOR, Karen, “Krumboltz. Happenstance learning theory of career counseling”, <http://www.people.ku.edu/~tkrieshok/pre846/lectures/krumboltz.htm>, 5-1-2013). Acerca de las investigaciones sobre las expectativas, cabe c. por ej. LOPEZ ZAFRA, Juan Manuel – PAZ COBO, Sonia de, “Más allá de la utilidad esperada: una introducción a la utilidad del proceso”, http://www.uv.es/asepuma/XIII/comunica/comunica_11.pdf, 8-1-2013.

⁹⁰ Suele decirse también que hay que comprender, decidir y actuar.

⁹¹ El “pro-yecto” se lanza hacia adelante, al porvenir, y a menudo cuando se lo pone en marcha la suerte está echada. Es posible ampliar por ej. en: proyecto, ta. (Del lat. *projectus*). 1. adj. Geom. Representado en perspectiva. 2. m. Planta y disposición que se forma para la realización de un tratado, o para la ejecución de algo de importancia. 3. m. Designio o pensamiento de ejecutar algo. 4. m. Conjunto de escritos, cálculos y dibujos que se hacen para dar idea de cómo ha de ser y lo que ha de costar una obra de arquitectura o de ingeniería. 5. m. Primer esquema o plan de cualquier trabajo que se hace a veces como prueba antes de darle la forma definitiva. proyecto de ley. 1. m. Ley

de decisiones. Un gran poeta brindó un aporte para el despliegue del funcionamiento que nos parece relevante diciendo que no hay camino y se hace camino al andar⁹².

La decisión y su reparto pueden ser referidos a la teoría de la *acción*. Pueden ser *exitosos*, *superados* o *frustrados* en distintas dimensiones. Importa, en consecuencia, la *evaluación* de los resultados.

Un tema que se debate mucho es el de las *interrelaciones* entre las distribuciones, sobre todo en cuanto a influencias humanas difusas, y las decisiones y las conductas repartidoras de las individualidades. El todo y las partes se traman de tal manera que los individuos, sus decisiones y sus repartos son construidos por las distribuciones y éstas, principalmente las influencias humanas difusas, son provocadas por los individuos, sus decisiones y sus repartos.

No era sin motivo, que la astucia de la Inquisición advertía que en el todo las investigaciones de Galileo Galilei eran peligrosas para sus intereses de dominación, no tanto por lo que decían, sino porque no se apoyaban en la Biblia⁹³. Varias religiones advirtieron que la separación del sexo y la reproducción traería una gran liberación de la vida sexual, de modo que insistieron en limitar las posibilidades de las relaciones sexuales.

Las relaciones entre los elementos de la cultura han dado lugar a posiciones diversamente discordantes como las de Vico, Hegel, Marx, Nietzsche o Popper. A nuestro entender, al fin mucho tienen que decir la

elaborada por el Gobierno y sometida al Parlamento para su aprobación. □ V. ortografía proyecta (REAL ACADEMIA, op. cit., proyecto, <http://lema.rae.es/drae/?val=proyecto>, 28-12-2012). En cuanto a la etimología de proyecto relacionada con abyecto, pero en el sentido de echar adelante, v. COROMINAS, op. cit., t. I, 1980, pág. 25, reimp. 1985, t. IV, pág. 665); también Etimología de proyecto, <http://etimologias.dechile.net/?proyecto>, 28-12-2012; c. VILANOVA, José M., "Proyecto existencial y programa de existencia", Bs. As., Astrea, 1974. Es posible *ampliar* en nuestro artículo "Algunos interrogantes trialistas para la construcción de la noción de vida", en "Bioética y Bioderecho", N° 7, págs. 41/44, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/viewFile/241/144>, 28-12-2012.

⁹² Poema de amor, Poema Caminante No Hay Camino, de Antonio Machado, <http://www.poema-de-amor.com.ar/mostrar-poema.php?poema=971>, 1-2-2013.

⁹³ V. SANTILLANA, Giorgio de, "El Crimen de Galileo", trad. Juan Rodríguez Chicano, Bs. As., Claridad, 1960. Se puede v. también Recuerdos de Pandora, Sentencia de la Inquisición a Galileo, <http://recuerdosdepandora.com/personajes/galileo-galilei/sentencia-de-la-inquisicion-a-galileo/>, 3-2-2013.

Filosofía de los distintos elementos, sobre todo de la Historia y del Derecho, y la Filosofía general.

b''') Planteo especial

a''') Las decisiones y los repartos aislados

12. Las decisiones se desenvuelven en los *elementos* de los repartos: los *repartidores* (conductores, autores de las decisiones, “decisores”⁹⁴), los *recipriendarios* (de las potencias y las impotencias; beneficiados y gravados), los *objetos* (potencias e impotencias), las *formas* (caminos previos para alcanzar los repartos)⁹⁵ y las *razones* (móviles de los repartidores, razones alegadas por ellos y razones sociales, que atribuye la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos⁹⁶).

En la complejidad de la realidad social, todo puede desarrollarse en ámbitos de decisión y reparto *directos* e *indirectos*. Se decide y se reparte incluyendo, excluyendo y sustituyendo elementos de los repartos.

13. En cuanto a los *repartidores*, la conducción decisoria, en general repartidora, tiene elementos racionales muy relevantes pero, aunque a menudo se hace invocación de una racionalidad aislada del resto de la persona, consideramos que siempre, en alguna medida, decidimos y repartimos con

⁹⁴ En cuanto al debate acerca de la palabra “decisor”, que estimamos acertado, puede v. por ej. Ultraje Textual, <http://ultraje-textual.blogspot.com.ar/2008/01/decisor.html>, 5-1-2013.

⁹⁵ Se puede v. por ej. BETANCOURT, José Ramón, “Toma de decisiones : Obtener el éxito”, Proceso Imaginativo, <http://manuelgross.bligoo.com/administración-101-el-proceso-de-toma-de-decisiones>, 3-1-2013.

En la forma de los repartos ocupan lugares decisarios destacados las medidas cautelares, la negociación, la mediación, el proceso, la medida autosatisfactiva, etc. (Acerca de la mediación cabe c. por ej. CALCATERRA, Rubén A., “Mediación estratégica”, Barcelona. Gedisa, 2006; en cuanto al proceso desde un enfoque garantista, que encauza la adopción de decisiones, es posible v. por ej. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal”, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>, 5-2-2013; respecto de las medidas autosatisfactivas, se puede c. PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, en “La Ley”, 2008-B, págs. 837 y ss. -26/2/2008-, también en BJA – Biblioteca Jurídica Argentina, <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com.ar/2008/02/sobre-el-activismo-judicial-peyrano.html>, 4-2-2013).

⁹⁶ Que atribuye la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos.

todo nuestro ser⁹⁷. Según ya hemos señalado, al hacer referencia a la teoría de la decisión se dice incluso que no se trata de eliminar la intuición en aras de la razón, sino de potenciarla aportándole los elementos racionales que le permitan analizar con un mayor rigor las estimaciones de diverso tipo requeridas para la adopción y puesta en marcha de la decisión⁹⁸. Una de las actividades relevantes al respecto es la *imaginación* que, en cambio, suele ser mutilada o exagerada en la educación de nuestro tiempo. Se trata de una imaginación de lo “real”, no de la mera racionalidad analítica o el desborde que suele contener la ciencia ficción.

Para decidir se requieren “creatividad”⁹⁹ y una intuición cultivada. Hay un “hombre económico” y un “hombre jurídico”, pero ambos son sobre todo *hombres*. Además se necesita aptitud para *autoafirmarse*. En términos arquimédicos: es necesario contar con una base para apoyar la “palanca” de la tijera decisoria¹⁰⁰. Cada persona adopta sus decisiones según sus propias *circunstancias*.

Suelen diferenciarse, sin embargo, decisiones *programables* y *no programables*; *repetidas*, *rutinarias*, *normalizadas* y muy *delegables* o bien nuevas, excepcionales, discrecionales y *poco delegables*. Otra problemática específica que se produce en el marco de los decidores y los repartidores, sobre todo con miras a la identificación pertinente, es la de las decisiones *colectivas*, correspondiendo diferenciar, por ejemplo, los grupos que se establecen espontánea e institucionalmente (miembros de tribunales, comisiones directivas, etc.); los alcances cualitativos y cuantitativos de la formación de

⁹⁷ Acercaéndonos a las ideas de Miguel de Unamuno, puede decirse que se decide con el cuerpo y toda el alma, la sangre, el tuétano de los huesos, el corazón, los pulmones, el vientre, con la vida. V. por ej. UNAMUNO, Miguel de, “Del sentimiento trágico de la vida”, <http://mgarci.aas.duke.edu/cibertextos/UNAMUNO-MD/SENTIMIENTO-TRAGICO/>, 5-1-2013.

Es posible c. Stanford Encyclopedia of Philosophie, Logic of Belief Revision, <http://plato.stanford.edu/entries/logic-belief-revision/>, 5-12-2012.

⁹⁸ Pensamiento Imaginativo, Breve historia de las formas de tomar decisiones, <http://www.manuelgross.bligoo.com/content/view/700680/Breve-historia-de-las-formas-de-tomar-decisiones.html>, 5-1-2013.

⁹⁹ Es posible ampliar en nuestro trabajo “Mundo jurídico y “creatividad””, en “Investigación ...” cit., N° 39, págs. 69 y ss., Centro de Investigaciones ... cit., http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd39_9.pdf, 19-1-2013.

¹⁰⁰ Se discute si la tijera se vale de palancas.

la voluntad; los votos positivos, negativos y las abstenciones; el poder de voto, etc.

Sin perjuicio de reconocer la primacía de la preparación de la inteligencia, consideramos que es necesario *capacitar* a los decisores y en general repartidores, por ejemplo los “hombres del Derecho” (constituyentes, legisladores, jueces, administradores, contratantes, etc.), en todos esos enfoques. Es una tarea que el sistema educativo no asume de modo suficiente¹⁰¹.

14. Un tema de gran relevancia que enlaza a *recipriendarios y objetos* es la importancia que tienen, para las vidas de los recipiendarios, las potencias y las impotencias adjudicadas. Hay que saber con claridad qué les interesa, de manera más o menos consciente. Un aspecto relevante es el de los recipiendarios indirectos, por ejemplo, se prohíbe hacer campañas publicitarias en los diarios aparentemente en relación con una congelación de precios, de manera indirecta perjudicando a los diarios¹⁰². La vida intelectual, el trabajo, la propiedad, la vida sexual y la existencia biológica misma son algunos de los despliegues que permiten individualizar las potencias y las impotencias. Hay cuestiones cotidianas y otras vitales, en las que se juega lo que se considera la “vida” en sentido profundo. Aunque se presentan variantes de circunstancias particulares y de situaciones más generalizadas, creemos que suelen ser posibles criterios compartidos. Si estos no existieran, la vida sería anárquica. Es relevante poder conocer el

¹⁰¹ Cabe mencionar no obstante, por ejemplo, la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas y la Carrera de Especialización en Elaboración de Normas Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que tuvimos el honor de dirigir.

¹⁰² Prohiben a las cadenas publicitar en los diarios. Moreno les ordenó no promocionar sus ofertas en diarios nacionales, TV y radios, La Nación, Jueves 07 de febrero de 2013, <http://www.lanacion.com.ar/1552580-prohiben-a-las-cadenas-publicitar-en-los-diarios>, 7-2-2013; Amplio rechazo a la prohibición de publicar avisos en los medios, SIRVÉN, Pablo, “Un ataque a la economía de los diarios”, en “La Nación”, Viernes 8 de febrero de 2013, págs. 1 y 10, <http://www.lanacion.com.ar/1552955-coto-el-unico-super-que-publico-avisos-en-los-diarios>, 8-2-2013; Coto, el único “súper” que publicó avisos en los diarios, La Nación, Viernes 08 de febrero de 2013, <http://www.lanacion.com.ar/1552955-coto-el-unico-super-que-publico-avisos-en-los-diarios>, 8-2-2013.

equilibrio entre las potencias y las impotencias de cada caso¹⁰³. Uno de los elementos muy importantes en el éxito de las decisiones y los repartos es el de los objetos que los constituirán, a incluir, excluir y sustituir (v. gr. aumentando, disminuyendo y sustituyendo las prestaciones de un contrato).

Sin ser historicistas, podemos afirmar que cada decisión es de una manera particular en un *punto* del Derecho y del universo todo. Por otra parte, no obstante no tener una posición racionalista podemos pensar, en afinidad con el racionalismo, que en alguna medida cada decisión “decide” y recompone el Derecho y el mundo desde *infinitas* perspectivas¹⁰⁴.

15. La *forma* con la que se llega a las decisiones y sus repartos adquiere caracteres de más plenitud cuando se escucha a todos los interesados. No obstante, a veces consideraciones diversas, como por ejemplo la búsqueda del éxito personal de los repartidores, llevan a que esa escucha no se concrete¹⁰⁵. Las formas tienen alcances decisionales diversos según se

¹⁰³ V. PARETO, Vilfredo, “Manuale di economia politica con una introduzione alla scienza sociale”. Milán, Società Editrice Libraria, ed. 1919 (Se puede recordar, por ejemplo: Diremo che i componenti di una collettività godono, in una certa posizione, del massimo di ofelimità, quando è impossibile allontanarsi pochissimo da quella posizione giovando, o nuocendo, a tutti i componenti la collettività; ogni piccolissimo spostamento da quella posizione avendo necessariamente per effetto di giovare a parte dei componenti la collettività e di nuocere ad altri., http://archive.org/stream/manualedeconomi00pareuoft/ma00pareuoft_djvu.txt, 16-1-2013, también es posible c. <http://archive.org/stream/manualedeconomi00pareuoft#page/n5/mode/2up>, 16-1-2013). V. además por ej. RAWLS, “A Theory of Justice”, 10^a. imp., Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1980, págs. 118 y ss.

¹⁰⁴ Suele entenderse en esa corriente que todo está presente en todo (v. por ej. LEIBNIZ, “Monadología”, trad. Manuel Fuentes Benot, 4^a. ed. en B.I.F., Bs. As., Aguilar Argentina, 1968, párrafo 56, pág. 46 (“Teodicea”, parágrafo 130, 360); también por ej. “Sistema nuevo de la naturaleza” (con las aclaraciones siguientes), trad. Enrique Pareja, ed. en B.I.F., Bs. As., Aguilar Argentina, 1969).

¹⁰⁵ Esto sucede en tiempos de guerra, pero también de paz, como se dice que ocurrió en enero de 1986 cuando la lanzadera espacial Challenger explotó poco después de despegar (V. por ej. MUÑOZ, Ana, About.Com, Motivación, “Cuando las decisiones de grupo llevan a la tragedia”, http://motivacion.about.com/od/psicologia_social/a/Cuando-Las-Decisiones-De-Grupo-Llevan-A-La-Tragedia.htm, 8-1-2013, se afirma que lo que tuvo lugar fue una manera de pensar peculiar y peligrosa que se da a veces en los grupos, llamada pensamiento grupal. Es un modo de pensar que ocurre cuando la búsqueda del acuerdo en una determinada dirección es tan fuerte y dominante que pasa por alto cualquier opinión en contra, por realista que sea, e incluso rechaza al disidente.).

trate del proceso o la mera imposición y de la negociación o la mera adhesión. Poseen relevancia creciente los cauces de la democracia participativa. Es siempre importante que las decisiones atiendan a incluir, excluir y sustituir despliegues los formales (de audiencia).

16. Las *móviles* de los decisores como repartidores, las razones que *alegan* y las razones que atribuye la *sociedad* pueden ser de más o menos ingenuidad, astucia¹⁰⁶ o malicia¹⁰⁷ y pueden hacer uso de más coraje o cobardía¹⁰⁸. La expresión razones alegadas debe ser entendida en sentido amplio, porque lo que se alega no son siempre razones; la emotividad puede ser muy relevante. Lo alegado y sobre todo las razones sociales pueden tener cierto sentido decisor y repartidor “autónomo” dentro de las decisiones y los repartos. Ambos pueden estar antes, durante o después en relación con lo asignado. Por ejemplo, en las campañas electorales suelen hacerse alegaciones que encubren vacancias en la voluntad de repartir. A menudo se alega con sentido de *espectáculo*.

Los *juegos* suelen expresar perspectivas parciales a menudo profundas de los seres humanos y en muchos de ellos se ejercita la capacidad de engañar a los demás. No es prudente avanzar en otras decisiones y realizar otros repartos sin ir más allá de las razones alegadas por los decisores y repartidores y llegar a sus móviles. Vale saber qué es lo que realmente

¹⁰⁶ Es posible *ampliar* en nuestras "Notas sobre Derecho y astucia", "Boletín del Centro de Investigaciones..." cit., Nº 9, págs. 27 y ss., Repositorio de Derecho de la UNICEN, http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui2/bitstream/handle/123456789/75/Notas_Sobre_Derecho_y_Astucia_Ciuro_Caldani.pdf?sequence=1, 30-12-2012. Acerca de la "viveza", c. por ej. "Estudios Jurídicos ..." cits., pág. 126.

¹⁰⁷ Las razones pueden dar más espacio a la impulsividad o a la prudencia, a la fe y a la incredulidad, a la esperanza y a la desesperanza, al conformismo y al inconformismo, etc. Pueden atribuirse a un mayor o menor albedrío. En relación con el inconformismo de la sociedad occidental, según algunos sobre todo presente en nuestro tiempo, puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "La sociedad contemporánea: su no conformismo y su concepción de la justicia", en "Jus", Nº 23, págs. 35 y ss., luego en "Justicia y verdad", Buenos Aires, "La Ley", 1978, págs. 498 y ss.

¹⁰⁸ En cuanto a las razones alegadas, es posible ampliar en nuestro artículo "Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales", en "Doxa" - Actas del XVIII Congreso Mundial de la IVR (Buenos Aires, 1997), págs. 78 y ss.

quieren. Puede ser conveniente desarrollar cierta “*dietrología*”¹⁰⁹ sin caer en los abusos que no sin razón suelen atribuirse. En todos los ámbitos, sean cuales fueran las personas de que se trate o su condición (por ejemplo dominantes o dominadas) existe un marco del que “*no se habla*”. Para decidir y repartir correctamente es necesario conocer dicho marco en la mayor medida posible. Los *hechos* nos informan con más seguridad que las palabras. Sin embargo, puede ser de utilidad también la teoría de la comunicación.

Las decisiones y los repartos pueden promover consenso o disenso sociales. Importa lograr que para los interesados y el resto de la sociedad las decisiones y sus repartos tengan razones que los hagan sustentables. El logro de esta “*fuerza de convicción*” favorece el éxito. Si el *castigo* puede desanimar¹¹⁰ las decisiones y los repartos¹¹¹, los *estímulos*¹¹² pueden promoverlos¹¹³.

¹⁰⁹ Hoepli.it, Dizionario online, tratto da: Grande Dizionario Italiano di GABRIELLI ALDO, Dizionario della Lingua Italiana, dietrologia, http://www.grandidizionari.it/Dizionario_Italiano/parola/D/dietrologia.aspx, 13-2-2013.

¹¹⁰ Desanimar suele utilizarse en el mismo sentido que desalentar (desanimar. (De des- y animar). 1. tr. desalentar (□ quitar el ánimo). –REAL ACADEMIA, op. cit., desalentar, <http://lema.rae.es/drae/?val=desanimar>, 13-2-2013-; desalentar. 1. tr. Entorpecer la respiración, hacerla dificultosa por la fatiga o cansancio. 2. tr. Quitar el ánimo, acobardar. (REAL ACADEMIA, op. cit., <http://lema.rae.es/drae/?val=desalentar>, 13-2-2013)). También puede traerse a relación disuadir (disuadir. (Del lat. dissuadēre). 1. tr. Inducir, mover a alguien con razones a mudar de dictamen o a desistir de un propósito. –REAL ACADEMIA, op. cit., <http://lema.rae.es/drae/?val=disuadir>, 13-2-2013)).

¹¹¹ La pena es en cierta medida una manera de desanimar el delito. Un camino especial para hacerlo son, v gr., los “intereses punitarios”.

¹¹² Estímulo suele emplearse en el mismo sentido que incentivo (estímulo.(Del lat. *stimulus*). 1. m. Agente físico, químico, mecánico, etc., que desencadena una reacción funcional en un organismo. 2. m. Incitamiento para obrar o funcionar. 3. m. ant. Vara con punta de hierro de los boyeros. –REAL ACADEMIA, op. cit., estímulo, 13-2-2013-; incentivo, va. (Del lat. *incentīvus*).1. adj. Que mueve o excita a desear o hacer algo. U. m. c. s. m. 2. m. Econ. Estímulo que se ofrece a una persona, grupo o sector de la economía con el fin de elevar la producción y mejorar los rendimientos. –REAL ACADEMIA, op. cit., incentivo, <http://lema.rae.es/drae/?val=incentivo>, 13-2-2013-).

¹¹³ Las decisiones y los repartos más referidos a la materia y las personas consideran más los objetos de reparto y los recipientes, como ha ocurrido en el Derecho de Familia tradicional. Esto les dio más vocación de perdurabilidad. En la contractualidad liberal se brinda más atención a la forma y así se puede alcanzar más espacialidad. En las

Es importante incluir, excluir y sustituir móviles, razones alegadas y razones sociales. La forma y las razones alegadas se desenvuelven especialmente en distintos sentidos en el marco de la *comunicación*¹¹⁴.

17. Los *centros de gravedad* de las decisiones y los repartos pueden estar más o menos en sus diversos elementos y en sus ámbitos en lo material, espacial, temporal y personal.

Como partes de los repartos, en las decisiones se pueden *mantener* o *cambiar* sus elementos. El cambio de los repartidores o los recipientes puede denominarse “trasmudación” del reparto, activa o pasiva; el de las potencias e impotencias, “transustanciación”¹¹⁵; el de su forma, “trasformación” y el de las razones, “trasfiguración”. Los cambios entre los elementos pueden ser de subjetivización, activa y pasiva, objetivización, formalización y racionalización. Muestras de los cambios decisarios pueden consistir, v. gr., en que se sacrifica que otro reparta para obtener la potencia que se quiere, mayor audiencia, más razonabilidad social, etc. En cada situación de decisión sus repartidores producen respuestas diferentes.

Las decisiones y sus repartos pueden construirse *adaptando* preferencias, por ejemplo, acumulándolas en cuanto a los recipientes y los objetos para superar la preferencia que se tendría por los repartidores, las formas, etc.¹¹⁶.

18. Existen decisiones y repartos de desarrollo más “único” o “polietápicos”, como son respectivamente los del contrato y el proceso. Las decisiones, como partes de los repartos, pueden ser *autoritarias* o *autónomas*. Esto significa que en carácter autoritario pueden desenvolverse según la imposición, por caminos de ordenanza y obediencia, o de ejecución directa,

decisiones y los repartos más remitidos a la forma pueden desplegarse más en el espacio y menos en el tiempo.

¹¹⁴ A veces, como hemos adelantado, la participación en grupos facilita o dificulta la comunicación.

¹¹⁵ En esta línea de pensamiento pueden interesar la transacción, la novación, etc.

¹¹⁶ Un debate afín se hizo cuando se discutieron los alcances de la legitimidad de origen y de ejercicio.

En relación general con la preferencia es posible v. por ej. von WRIGHT, Georg Henrik, “La lógica de la preferencia”, trad. Roberto José Vernengo, Bs. As., Eudeba, 1967.

realizando el valor poder, o en carácter autónomo conforme al acuerdo de los interesados, que satisface el valor cooperación¹¹⁷.

Las decisiones y los repartos pueden producirse con autoritarización o autonomización. El *cambio* de la relación repartidores-recipientes de modo que varíe la clase de reparto (que en la terminología trialista tradicional se denomina transformación) aquí ha de ser llamada (para diferenciarla del cambio en la forma del reparto) “trasmutación”.

Incluir, excluir y sustituir etapas y autoridad o autonomía pueden ser relevantes al decidir y repartir.

*b'') Las decisiones y los repartos relacionados:
su orden y su desorden*

19. Las decisiones y los repartos que ellas integran pueden *relacionarse en orden o desorden*. En el primer caso, constituyendo un *régimen*, realizan el valor homónimo orden; en el segundo, en condiciones de anarquía, presentan el “disvalor” arbitrariedad.

El orden de las decisiones y de repartos puede constituirse de manera vertical en un *plan de gobierno* que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto. Cuando el plan está en marcha realiza el valor previsibilidad. Los planes contienen proyectos y se expresan en programas. El plan de gobierno es generalmente descendente, pero este carácter no es el único posible y útil. También hay planificación en verticalidad “ascendente”¹¹⁸. Asimismo hay ordenación decisoria y repartidora producida de manera horizontal a través de la *ejemplaridad*, que se desarrolla en el seguimiento de repartos considerados razonables y satisface el valor solidaridad.

¹¹⁷ En relación con el tema es posible recordar, además de las posiciones anarquistas, por ej. BARNARD, Chester I., “The Functions of the Executive”, edición del 30º aniversario, Harvard University Press, 1971.

Tal vez la referencia material haya sido un enclave especialmente fuerte de la autoridad, en lo familiar, penal tradicional, etc., en cambio la atención a las diversidades espaciales, temporales e incluso personales abran más vías para la autonomía.

¹¹⁸ V. por ej. MINTZBERG, Henry y otros, “El proceso estratégico. Conceptos, contextos y casos”, trad. s/n, http://www.cri.edu.ar/archivos/AE-El_Proceso_Estrategico.pdf, 17-1-2013.

El plan de gobierno suele expresarse en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, etc. La ejemplaridad se manifiesta, por ejemplo, en las costumbres, la jurisprudencia, los usos, etc. Un problema afín a la ejemplaridad es el de la imitación, más o menos racionalizada pero quizás siempre menos racional que aquélla¹¹⁹. Una expresión especial de la ejemplaridad es la práctica de la lealtad¹²⁰. El orden y el desorden se desenvuelven en complejos de valores más o menos compartidos. Promover un orden de decisiones y repartos es promover un orden de valores.

Hay *grupos* de decisiones y de repartos diversamente relacionados. Una agrupación frecuente es la que relaciona el “fondo” y el “proceso”, a veces con vocaciones de dominación en uno u otro sentido. En muchos casos, el proceso es manera de ganar ámbitos en la materia, el espacio, el tiempo o las personas.

Dentro del orden, las decisiones como partes de los repartos pueden producirse en sentidos de *concurrencia*¹²¹ o *competencia*¹²², en tanto el desorden se constituye con más sentidos de *competencia*.

¹¹⁹ A veces se trata de una imitación más racionalizada, como la de la teoría del uso jurídico del Derecho Internacional Privado, en otros casos de una reproducción más “mecánica”. En relación con la teoría del uso jurídico es posible c. GOLDSCHMDT, Werner, “La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado”, Barcelona, Bosch, 19359. Acerca de una imitación más mecánica y sentimental cuya consideración luego se logicizó se hace referencia, por ejemplo, a las aves volando en bandadas y los peces nadando en cardúmenes. A este respecto se pueden referir las ideas de Callan, Shapiro y Vaga (se citan CALLAN, E. - SHAPIRO, D., "A theory of Social Imitation", de "Physics Today", 27, 1974 y VAGA, T., "The Coherent Market Hypothesis", de "Financial Analysts Journal", December/January, 1991, en MEDINA SALGADO César – ESPINOSA ESPÍNDOLA, Mónica T., "La toma de decisiones en un mundo posmoderno: de la racionalidad al caos", Gestión y Estrategia, <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/gestion/num8/doc10.htm>, 7-1-2013).

¹²⁰ Se puede v. lealtad. (De leal).1. f. Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien. 2. f. Amor o gratitud que muestran al hombre algunos animales, como el perro y el caballo. 3. f. p. us. Legalidad, verdad, realidad. (REAL ACADEMIA, op. cit., lealtad, <http://lema.rae.es/drae/?val=lealtad>, 7-1-2013). Una manera “disvaliosa” de la lealtad es la omertà (Omertà o ley del silencio es el código de honor predominantemente de la mafia siciliana que prohíbe informar sobre los delitos graves donde un testigo o una de las personas incriminadas prefieren guardar silencio por miedo de represalias o por proteger a culpables. En la cultura de la mafia el rompimiento de la omertà puede ser castigado con mucha gravedad.).

¹²¹ Correr junto con (COROMINAS, op. cit., t. II, 1980, págs. 167 y 208 y ss.). V. concurrencia. (De concurrente). 1. f. Acción y efecto de concurrir. 2. f. Conjunto de

Los órdenes y desórdenes de las decisiones y los repartos pueden desenvolverse con orientaciones más *conservadoras* o *innovadoras*. Cuando la conservación no tiene sentidos profundos constituye *rutina*. Si la rutina es administrativa, se produce lo que se denomina, con el mal sentido de la palabra, burocracia. Suele reclamarse la ruptura de la rutina en lo que a veces se nombra como “adhocracia”¹²³.

La innovación sin sentidos profundos es *revuelta*. El demasiado frecuente alegato innovador sin proyección a decisiones y repartos de cambio real suele ser llamado “gauche caviar” y “gauche champagne”; no en traducciones conceptuales idénticas, se habla de “izquierda caviar” e “izquierda champagne”.

personas que asisten a un acto o reunión. 3. f. Coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias. 4. f. Asistencia, participación., REAL ACADEMIA, op. cit., concurrencia, <http://lema.rae.es/drae/?val=concurrencia>, 31-12-2012.

¹²² V. competencia¹. (Del lat. *competentia*; cf. competir). 1. f. Disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo. 2. f. Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa. 3. f. Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio. 4. f. Persona o grupo rival. Se ha pasado a LA competencia. 5. f. Am. Competición deportiva. a ~. 1. loc. adv. a porfia. □ V. cuestión de competencia. competencia². (Del lat. *competentia*; cf. competente). 1. f. incumbencia. 2. f. Pericia, aptitud, idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado. 3. f. Atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto. (REAL ACADEMIA, op. cit., competencia, <http://lema.rae.es/drae/?val=competencia>, 31-12-2012). Competencia proviene de pedir, en cierto sentido es ir al encuentro una cosa de otra y en uno diverso estar de acuerdo con, lo tomamos en el primero (COROMINAS, op. cit., 1^a, reimpr., t. IV, 1985, pág. 457). Sobre estrategia competitiva se puede c. por ej. Harvard. Business. School, Michael E. Porter, <http://www.hbs.edu/faculty/Pages/profile.aspx?facId=6532&facInfo=pub>, 18-1-2013. Suele hacerse referencia a la competencia y la creatividad en el “calor de la batalla”, el calor de la vida.

¹²³ Se afirma que la adhocracia se realiza por la simplificación de los procesos y la adaptación de la organización a cada situación en particular. Acerca de la adhocracia se pueden c. v. gr. TOFFLER, Alvin, “El shock del futuro”, trad. J. Ferrer Aleu, Barcelona, Plaza y Janes, 1970, cabe c. Scribd, <http://es.scribd.com/doc/21729962/Toffler-Alvin-El-Shock-Del-Futuro>, 31-12-2012; WATERMAN, Robert H., Jr., “Adhocracy”, Nueva York, Norton & Company, 1993; MINTZBERG, Henry, “Mintzberg y la Teoría de la Dirección”, trad. autorizada del inglés por la editorial, Madrid, Asociación para el Progreso de la Dirección – Diputación Foral de Bizkaia, Díaz de Santos, 1991, <http://books.google.com.ar/books?id=CZX1NRqyPkMC&pg=PA442&lpg=PA442&dq=Andr%C3%A9s%20Th%C3%A9odore%20raisinghani&source=bl&ots=5oDIrvH8j&sig=vQFQhPobuZIjINdNfStZs84EsIg&hl=es-419#v=onepage&q&f=false>, 31-12-2012.

20. Es importante poder determinar el “*lugar*” de cada decisión y cada reparto en el orden y el desorden de los repartos. Conocer el *puesto* desde el cual se actúa es relevante para el éxito de lo que se hace.

El cambio de la ubicación de una decisión y un reparto de un modo constitutivo al otro puede denominarse “trasmutación” de su ordenación. Si sólo varían los supremos repartidores se habla de golpe de Estado o “trasmudación” del orden, que puede ser "revolución palaciega" cuando se produce dentro del mismo grupo gobernante, o "asalto al poder" si proviene de sujetos antes excluidos. Cuando sólo cambian los criterios supremos de reparto se trata de una evolución o "revolución pacífica" constitutiva de una “transustanciación” del régimen¹²⁴. La influencia de las distribuciones en las alteraciones del orden de decisiones y repartos produce caos¹²⁵.

Cada decisión y cada reparto son momentos de una “*novela*” escrita en capítulos, más ordenada o desordenada, pero a su vez son partes de una *experiencia* que construye experiencia y sabiduría de los decidores y en general repartidores. Los órdenes de decisiones y de repartos suelen abarcar *subórdenes* más o menos diferenciados¹²⁶.

Suele hacerse referencia de manera específica a las decisiones y los repartos en *casos testigo*. Hay decisiones y repartos *promotores* de decisiones, repartos y distribuciones, por ejemplo que dan o quitan ámbitos a los repartos autoritarios y al enfrentamiento o a los repartos autónomos y la integración, a la naturaleza, la ciencia, etc. Las medidas precautorias y las presunciones *iuris et de iure* son muestras al respecto¹²⁷. El nacimiento es apertura a decisiones y repartos, en general la muerte cierra las posibilidades respectivas y sólo podrá haber efectos post mortem de lo iniciado con anterioridad.

¹²⁴ Respecto del cambio es posible v. por ej. ALCHOURRÓN, C.E. - MAKINSON, D., 1982, “On the logic of theory change: Contraction functions and their associated revision functions”, en “Theoria”, 48, págs. 14–37. También nuestro artículo “Reflexiones sobre los valores jurídicos en una sociedad en transformación”, en “Zeus”, t. 6, págs. D. 25 y ss.

¹²⁵ C. en relación con el tema por ej. MEDINA SALGADO – ESPINOSA ESPÍNDOLA, op. cit., 7-1-2013.

¹²⁶ En cuanto a la integridad de los subórdenes sociales, es posible v. por ej. MATORANA R., Humberto, “Biología del fenómeno social”, “Ecovisiones” 6, <http://www.ecovisiones.cl/metavisiones/Pensadores/maturana/sociedadeshumanas.htm>, 2-2-2013.

¹²⁷ Acerca de las presunciones, es posible v. además por ej. ALCHOURRÓN, Carlos E. – BULYGIN, Eugenio, “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, 1^a reimp., Bs. As., Astrea, 1987, pág. 62.

En el *relacionamiento* se constituyen *árboles de decisiones* y repartos, útiles para organizar las vidas de individuos y grupos; suele decirse de particulares y de empresas¹²⁸. Un enfoque relevante es el de las decisiones y los repartos contractuales *conexos*, incluso cuando tienen ese carácter porque se producen influyendo involuntariamente en otros.

Son significativas también las decisiones y los repartos de sentidos menos o más *espiralados*, de modos que se adjudican potencias o impotencias para obtener respuestas de potencias o impotencias. Un ejemplo de tales relaciones se presenta cuando se “fabrica” un enemigo sobre todo para consolidar las propias fuerzas a través de la reacción. Se procura difundir sentidos maniqueos y donatistas “demonizando” al adversario.

El Derecho Positivo atiende crecientemente a los llamados *intereses colectivos*. Asimismo importan las decisiones y los repartos en los relacionamientos *tácticos* y *estratégicos*. Hay tácticas de la propia fortaleza y del relacionamiento. Existen tácticas promotoras del enfrentamiento y otras pacificadoras. Tomar una decisión es siempre difícil y lo es más cuando *otros* también están decidiendo y el resultado depende del conjunto de todas las decisiones adoptadas¹²⁹.

Las decisiones y los repartos se desenvuelven a veces en anarquía, que puede ser más *institucional* o *teleológica*, referida a quiénes mandan o a los criterios con que se manda; asimismo es posible que sea más objetiva o subjetiva, en la realidad de los repartos o en la percepción social¹³⁰. En la

¹²⁸ En relación con el tema, se pueden v. por ej. http://books.google.com.ar/books?id=DWvtFYqh0YC&lpg=PA486&ots=Vimf_Q9ce5&dq=%22arbol+de+decisiones%22&pg=P486&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false, 29-12-2012; <http://www.utm.mx/~jahdezp/archivos%20estructuras/DESICION.pdf>, 16-1-2013.

¹²⁹ Respecto de las etapas iniciales de la teoría de los juegos cabe recordar, v. gr., la obra de VON NEUMANN, John – MORGENSTERN, Oskar, “Theory of Games and Economic Behavior”, ed. Princeton, Princeton University Press, 1953; <http://archive.org/stream/theoryofgame030098mbp#page/n5/mode/2up>, 15-1-2013, <http://ia700301.us.archive.org/29/items/theoryofgame030098mbp/theoryofgame030098mbp.pdf>, 15-1-2013. Es posible c. también v. gr. GASTALDI, Carlota y otros, “Teoría de la Decisión. Contribuciones de von Neumann”, en “Divulgaciones Matemáticas”, 6, 1 , págs. 37/42, <http://www.emis.de/journals/DM/v61/art5.pdf>, 15-1-2013.

¹³⁰ La planificación en materias familiar y penal ha contribuido a cristalizar el espacio, el tiempo y las personas. En cambio, las costumbres y los usos comerciales han favorecido la dinamización del tiempo, el espacio y las personas. La actual posmodernidad es considerada a menudo una manifestación del “desorden” del mundo.

anarquía las decisiones y los repartos tienen tensiones específicas. El aislamiento provoca necesidades de *propia sustentación* que en el orden se comparten. Una consecuencia de las decisiones en relativa anarquía es el efecto *sorpresa*¹³¹.

Incluir, excluir y sustituir plan de gobierno, ejemplaridad y anarquía puede ser relevante al decidir y repartir. Así ocurre, por ejemplo, cuando se busca incrementar ejemplaridad en la propaganda.

c') Características generales de las adjudicaciones

21. Las decisiones, los repartos y sus relaciones se desenvuelven en ámbitos respectivos, constituidos por distribuciones, otras decisiones, otros repartos y otras relaciones. Si se atiende a las distribuciones, se advierte que el campo de las decisiones y los repartos es mucho menor de lo que habitualmente se cree. El conocimiento del ámbito de desenvolvimiento, incluyendo de modo destacado a los otros decisores y repartidores, es de fundamental importancia para el éxito de lo que se desea hacer.

El ámbito de decisión, de reparto y sus relaciones es integrado de modo principal por *factores de poder* (en general factores de fuerzas sociales) que forman en sentido amplio la *constitución material*¹³² y pueden presentarles *límites necesarios* surgidos de la llamada naturaleza de las cosas. Tal vez sea útil emplear al respecto la noción de campos de fuerza, referida con distintos sentidos por Benjamin¹³³, Jay¹³⁴, etc. Los límites de

Se dice que “El arte tras la posmodernidad ha desarrollado estrategias propias y trata de renunciar a todo tipo de estética. La claridad y la armonía ya no parecen ser las claves de la realidad, sino el caos y la falta de transparencia.” (v. ZAUNSCHIRM, Thomas, “El desorden como equivalente a la complejidad del mundo”. en “Humboldt”, Nº 138, págs. 76/77). Se piensa en la complejidad del desorden, con sentido dionisíaco, aunque tal vez quepa decir que el desorden es una manera de no referirse a un orden más profundo. Apolo y Dionisos representan, a nuestro parecer, dos maneras básicas de construir el mundo.

¹³¹ Se puede v. por ej. SCHICK, Frederic, “Surprise, self-knowledge”, and commonality”, <http://www.lucs.lu.se/spinning/categories/decision/Schick/Schick.pdf>, 4-2-2013.

¹³² Es posible c. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

¹³³ Se puede v. ARRIBAS, Sonia, “La representación del sujeto barroco como campos de fuerzas en Walter Benjamin”, Eikasia. Revista de Filosofía, año V, 37 (Marzo 2011),

las decisiones, los repartos y sus relaciones pueden ser sobre todo físicos, psíquicos¹³⁵, lógicos, sociopolíticos, socioeconómicos y referidos especialmente a los proyectos en cuestiones vitales.

La lógica no sólo limita lo que se puede hacer; ella misma tiene límites. Desde las perspectivas lógicas suele considerarse que hay cuestiones “indecidibles”¹³⁶. Incluso vale reconocer que se producen grandes debates acerca del valor mayor o menor del empleo de la lógica en la toma de decisiones¹³⁷. En los proyectos en cuestiones vitales, al momento del cumplimiento lo proyectado se replantea, sea con el resultado de cumplirlo o no.

Cuando se quiere ir más allá de los límites, hay que cambiar el juego de los factores sociales. Es relevante lograr en alguna medida el *compromiso* de los interesados¹³⁸ e *interesar* a quienes no lo están. El interés se obtiene

págs. 199 y ss., <http://www.revistadefilosofia.com>, <http://www.revistadefilosofia.com/37-11.pdf>, 15-1-2013.

Es posible v. referencias a los enclaves del poder e ideológicos por ej. en nuestros artículos “Introducción al Derecho, la disciplina de la unidad del Derecho”, en “Investigación ...” cit. Nº 35, págs. 9/14, Repositorio de Derecho de la UNICEN, <http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui2/bitstream/handle/123456789/459/Introducci%C3%B3n%20al%Derecho....pdf?sequence=1>, 15-1-2013 ; “Líneas problemáticas trialistas para la construcción de la Argentina en el Bicentenario de la Revolución de Mayo”, en “Investigación ...” cit., Nº 43, págs. 153 y ss., Centro de Investigaciones ... cit., http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD43_12.pdf, 15-1-2013.

¹³⁴ Se puede v. JAY, Martín, “Campos de fuerza. Entre la historia intelectual y la crítica cultural”, trad. Alcira Bixio, Buenos Aires, Paidós, 2003.

¹³⁵ Es posible c. VILLORIA QUIJADA, Olivia, “Bloqueos Psicológicos en la Toma de Decisiones”, Psicología Online, http://www.psicologia-online.com/autoayuda/bloqueo/bloqueo_psicologico.shtml, 25-1-2013.

Vale tener en cuenta también los “hitos culturales”: es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Aportes a la Culturología Jurídica. Los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica”, en “Investigación ...” cit., Nº 38 (2005), págs. 9/49, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/875/706>, 4-1-2013.

¹³⁶ Por ejemplo, la llamada indecidibilidad de Kurt Gödel (c. v. gr. Encyclopaedia Britannica, Kurt Gödel, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/236770/Kurt-Godel>, 3-1-2013).

¹³⁷ Es posible tener en cuenta BARRETO, Daniel, “Antecedentes de los Modelos de Toma de Decisiones”, Pensamiento Imaginativo, <http://manuelgross.bligoo.com/content/view/619150/Historia-del-desarrollo-de-los-modelos-de-Toma-de-Decisiones.html#comment-1130927>, 3-1-2013.

¹³⁸ A veces se dice que hay que obtener el compromiso o al menos la complacencia y evitar la resistencia (cabe v. CODINA, Alexis, “Estrategia y tácticas de influencia en las

logrando que lo referido sea considerado valioso, sean cuales fueran los valores de referencia. Hay que lograr el interés, al menos en la medida necesaria.

Se debe conocer, por ejemplo, cuáles son los *espacios particulares y comunes de fortaleza y debilidad* y el movimiento que viabilizan¹³⁹ permitiendo que una decisión, un reparto y una relación puedan adoptarse y concretarse. Según hemos referido, el conocimiento de los móviles de los demás protagonistas, más allá de lo que aleguen, es uno de los despliegues de gran importancia.

El *suicidio* y la *renuncia* suelen ser decisiones y repartos que manifiestan tropiezos con límites en lo que los suicidas y los renunciantes querían hacer. En general evidencian situaciones conflictivas irresueltas. A veces se producen para afirmar otras decisiones, otros repartos y otras relaciones¹⁴⁰.

Las decisiones, los repartos y sus relaciones tienen también *límites voluntarios*, fijados por los repartidores. Vale no caer en el voluntarismo, que ignora la realidad y tropieza con ella, ni en la cobardía. Cada uno decide, dice y hace lo que *quiere* dentro de lo que *puede*, aunque ha de decidir, decir y hacer lo valioso.

Los límites necesarios y los voluntarios se *relacionan*, por ejemplo, en la diversidad de soluciones voluntarias a las que se puede llegar cuando se incrementa o disminuye la *importancia* de las potencias e impotencias en juego. Si se trata de algo cotidiano, de menos importancia, se suele apostar al mayor riesgo; cuando en cambio se trata de algo vital (por ej. hacerse rico o pobre, incluso vivir o morir) es más frecuente asumir el menor riesgo. No obstante suele decirse, de acuerdo con lo expuesto por el célebre Joseph Fouché (con acierto a discutir) que al fin todo hombre tiene su “precio” y lo

organizaciones”, de Gerencia. com, http://www.degerencia.com/articulo/estrategias_y_taticas_de_influencia_en_las_organizaciones, 22-1-2013).

¹³⁹ Solemos hacer referencia a los denominadores particulares y comunes (Acerca de los denominadores comunes y particulares es posible ampliar en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política” cits., t. II, 1984, págs. 205 y ss.

¹⁴⁰ Un caso especialmente impactante en estos días es la renuncia del Papa Benedicto XVI (se puede v. por ej. La Nación, Jueves 14 de febrero de 2013, El Papa llamó a poner fin a las rivalidades de la Iglesia, <http://www.lanacion.com.ar/1554508-el-papa-llamo-a-poner-fin-a-las-rivalidades-de-la-iglesia>, 14-2-2013). Quizás los límites sean al fin la gran dificultad para mantener una Iglesia imperial de modelo romano y la penetración estoica, que resultan anacrónicas. Todo esto desconociendo, a nuestro parecer, la posible actualidad del mensaje de Jesús.

que hace falta es saber cuál es¹⁴¹. También influye psicológicamente la manera en que son *presentados* los problemas¹⁴².

Las decisiones y sus repartos pueden procurar la viabilización o la inviabilización de otros repartos. Incluir, excluir y sustituir factores de poder puede ser relevante al decidir y repartir. Se ha de contar, con las proyecciones estáticas y dinámicas pertinentes, con la materia, el espacio, el tiempo y las personas necesarios¹⁴³.

22. Las *categorías básicas* de la dimensión sociológica, en este caso de las decisiones, los repartos y su orden, son la *causalidad*, la *finalidad objetiva* que “encontramos” en los acontecimientos, la *finalidad subjetiva*, la *posibilidad*, la *realidad* y la *vida*¹⁴⁴. La finalidad subjetiva es decisiva para

¹⁴¹ Otra de las frases célebres atribuidas al oportunista e inescrupuloso pero genial Fouché es: fue peor que un crimen, fue una equivocación.

¹⁴² En relación con este debate, es posible c. por ej. ALLAIS, M., “Le comportement de l’homme rationnel devant le risque : critique des postulats et axiomes de l’école américaine”, *Econometrica*, 21, págs. 503 y ss. (es posible v. una autobiografía de Maurice Allais en http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1988/allais-autobio.html, 8-1-2013). Asimismo cabe c. v. gr. CRESPO, Ricardo, “La “paradoja de Allais”, http://www.iae.edu.ar/antiguos/Documents/Revista22/IAE22_54_55.pdf, 8-1-2013.

Los límites en lo material, sobre todo por cuestiones psíquicas, socioeconómicas y vitales en asuntos económicos, han promovido la expansión espacial de la globalización/marginación y su crisis actual. El espacio se expandió y ahora, junto con el tiempo, entran en crisis.

Del Derecho Internacional Privado clásico se pasó en mucho al Derecho Privado Internacional, por ejemplo al Derecho Comercial Internacional. En lo personal es relevante atender que la globalización y sobre todo la crisis dejan afuera del sistema personal a muchos marginados. Esto pone en cuestión, por ejemplo, al Derecho de la Seguridad Social.

¹⁴³ Es posible ampliar en “Estrategia Jurídica” cit.

¹⁴⁴ Se puede ampliar en nuestras “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones ... cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/bases/Bases.pdf>, 2-1-2013. También en “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral (reimpresión en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., Nº 28, págs.105/112), Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/960/796>, 31-12-2012. V. COSSIO, Carlos, “La “causa” y la comprensión en el Derecho”, 4a ed., Bs. As., Juárez, 1969; SCHAFER, Glenn, “The Art of Causal Conjecture”, Cambridge, MA, Mitt, 1996, [http://www.hss.cmu.edu/philosophy/glymour/](http://www.hss.cmu.edu/philosophy/glymour/glymour-)

diferenciar a los repartos de las distribuciones¹⁴⁵ y en esta misma orientación adquiere relevancia una categoría especialmente discutida: la *libertad*. Quizás todas esas categorías, menos la finalidad subjetiva, sean “*pantónomas*”, es decir, referidas a la totalidad de sus respectivas manifestaciones¹⁴⁶. Como de cierto modo hemos adelantado, dado que no podemos lograr sus alcances las fraccionamos para hacernoslas accesibles, produciendo *certeza*¹⁴⁷.

Es importante apreciar los enriquecimientos de las decisiones que se hacen viables partiendo de las *partes* o del *todo*. La comprensión de las partes y el todo está interrelacionada, los fraccionamientos y los desfraccionamientos aclaran y oscurecen¹⁴⁸.

shafer1998.pdf, 26-1-2013 (es posible tomar referencia de las ideas de Schafer en Glenn Schafer, <http://www.glenntshafer.com/index.html>, 9-12-2012).

Sobre todo los sociólogos han hecho estudios que les permiten diferenciar, por ejemplo, las leyes sociales, los mecanismos y la descripción. Un panorama de los debates acerca del mecanismo social y las presunciones puede v. por ej. en Wikipedia, Mecanismo social. http://es.wikipedia.org/wiki/Mecanismo_social, 29-1-2013. También cabe referir las investigaciones de filósofos, psicólogos, historiadores, juristas, etc.

¹⁴⁵ Las otras recién mencionadas se presentan también en las distribuciones.

¹⁴⁶ El carácter fraccionado con que manejamos las pantonomías hace que las decisiones al respecto sean satisfactorias, no óptimas. Es posible v. SHAFER, Glenn, “The Art of Causal Conjecture” (cit.); COSSIO, op. cit. Es relevante señalar, por ejemplo, que la especial intensidad de la pantonomía de la finalidad objetiva que “encontramos” en los acontecimientos la lleva a estar abierta hasta lo que podría ser no sólo el fin de la vida de cada individuo, sino el “fin de los tiempos”. De aquí la importancia de la esperanza y de la rectificación en el último momento. Tal vez el “infierno” sea la pérdida de la esperanza, como de cierto modo lo entendió Dante (ALIGHIERI, Dante, “Divina Commedia”, Inferno, 3, 9, “...Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate” ..., en Media Soft, <http://www.mediasoft.it/dante/pages/danteinf.htm>, 2-1-2013). Incluso desde nuestra posición de agnóstico, consideramos que quizás en su caso la “salvación” más “segura” sería la que Jesús prometió al ladrón arrepentido quien, en su último momento, “redimió”, cambió el sentido, de todo su pasado (Lucas, 23 , 39-43). La permanente posibilidad de rectificar la finalidad objetiva con la finalidad subjetiva está en la “compra” del alma de Jean Valjean por Monseñor Bienvenido en la obra de Víctor Hugo (Les Misérables, I, 2, 12, http://groupugo.div.jussieu.fr/Miserables/Lecture/Final/Cadres_lecture_Final.htm, 2-1-2013).

¹⁴⁷ En relación con el fraccionamiento se puede v. además la información respectiva obrante en el Apéndice.

¹⁴⁸ Se puede c. por ej. ALVAREZ ATOCHE, Francisco y otros, “Planeamiento Estratégico. Safari a la Estrategia”, Lima, Universidad San Martín de Porres, 2009, <http://www.slideshare.net/ElmerEspinosa/safari-a-la-estrategia>, 18-1-2013.

En el estudio de las decisiones suele hacerse referencia, con diferentes alcances, a la multiplicación de las relaciones causales en lo que se denomina “*efecto mariposa*”. Con éste se hace mención a que una pequeña modificación puede generar grandes resultados o, hipotéticamente, “el aleteo de una mariposa en Londres puede desatar una tormenta en Hong Kong”.

Los debates acerca del *destino* suelen relacionarse con la penetrabilidad de las pantomomas de la realidad social¹⁴⁹. ¿La causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad, la realidad y la vida misma son modificables y vale decidir con tal objetivo o su modificación es sólo una ilusión? La aptitud para manejar estas categorías integra el campo de la *astucia*.

La *oportunidad* de la decisión se construye en la materia, el espacio, el tiempo y las personas. No es posible conocer todas las “alternativas” que están disponibles para la toma de decisiones que, sin embargo, en muchos casos deben ser adoptadas. Para vivir es necesario decidir. Lo dejado en el “exterior” produce *contingencia*¹⁵⁰ y cuando ésta tiene sentido negativo es *riesgo*¹⁵¹. La referencia a posibilidades desconocidas porque no se las puede

En la búsqueda de la probabilidad pueden interesar el método hipotético-deductivo y el método *bayesiano*, con referencia a los cuales se desarrollan importantes debates. En relación con estos debates es posible v. por ej. CASSINI, Alejandro, “Confirmación hipotético-deductiva y confirmación bayesiana”, en “Análisis filosófico”, 23, 1, Scielo, http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96362003000100003&lng=es&nrm=iso&tlang=es, 19-1-2013.

¹⁴⁹ Además de lo ya expuesto, acerca del destino es posible v. por ej. FERRATER MORA, op. cit., t. I, 1965, “destino”, págs. 429/430.

¹⁵⁰ contingencia. (Del lat. *contingentia*). 1. f. Posibilidad de que algo suceda o no suceda. 2. f. Cosa que puede suceder o no suceder. 3. f. riesgo. (REAL ACADEMIA, op. cit., contingencia, <http://lema.rae.es/drae/?val=contingencia>, 10-2-2013). Contingencia se relaciona con acontecer, suceder (COROMINAS, op. cit., t. I, 1980, págs. 39/40, t. II, 1980, pág. 182). Es posible entender aquí contingencia como “no firme” dentro del espacio fraccionado, en cierta afinidad con lo no necesario que suele utilizarse en la Filosofía (cabe c. FERRARER MORA, op. cit., t. I, 1965, págs. 349/50).

¹⁵¹ Se puede c. BECK, Ulrich, “Risk Society”, Londres, Sage Publications, reimp. 2004, es posible c. “La sociedad del riesgo”, en Shvoong.com, <http://es.shvoong.com/humanities/theory-criticism/119753-la-sociedad-del-riesgo/>, 8-1-2013; SHORT, J. F., “The social fabric of risk: towards the social transformation of risk analysis”, en “American Sociological Review”, 1984, vol. 49, diciembre, págs. 711-725.

Cabe c. por ejemplo PRIGOGINE, Ilya, “El Fin de las Certidumbres”, trad. Pierre Jacomet, 5^a ed., Barcelona, Buenos Aires - México - Santiago de Chile, Andrés Bello,

o quiere conocer genera *azar* y el avance en éste configura “*a-ventura*”¹⁵². Decidir, repartir y vivir suponen al fin la aventura de no saber adónde se va. Introducirse en espacios de riesgo es *atrevimiento*¹⁵³ (también suele decirse audacia¹⁵⁴). La propia humanidad y el Cosmos son interrogantes en el fraccionamiento, la contingencia y el riesgo.

A veces las decisiones y sus repartos son *desplazados* para manejar los sentidos de las posibilidades en el espacio. A veces se los *demora* o *apresura* para manejar sus posibilidades en el tiempo. Las decisiones y los repartos que cambian los “lugares” vitales para obtener lo que está prohibido, pueden constituir fraude.

Toda decisión significa de manera no desdeñable echar la *suerte*, jugar a la causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad, la realidad y la vida desconocidas. Con la célebre y repetida frase “Alea iacta est”, que Julio César habría tomado de su admirado Menandro¹⁵⁵, cabe señalar el riesgo

1997; “¿Tan sólo una ilusión?”, trad. Francisco Martín, 4^a ed., Barcelona, Tusquets, 1997.

En cuanto a la superación del riesgo, v. por ej. AS. VS., “Derecho, sociedad y riesgos: la sociedad contemporánea vista a través de la idea de riesgo”, Rede Latinoamericana y Europea sobre Gobierno de los Riesgos, Brasilia, UniCEUB, UNITAR, 2007. Cabe c. ETKIN, Jorge, “Estrategias de dirección para enfrentar la incertidumbre”, en “Enfoques”, t. 2005, págs. 623 y ss.; MARCHIONE, Julio C., “El proceso estratégico”, en “Boletín de Lecturas Sociales y Económicas”, UCA, FCSE, año 7, N° 30, págs. 38 y ss. El riesgo se refiere a resultados indeseables. La incertidumbre simplemente ignora cuáles serán los resultados. En el peligro avanza la referencia fáctica a la posibilidad de que el daño ocurra. Estar en peligro es más grave que estar en riesgo.

¹⁵² La etimología proviene de llegar, suceder. Se puede v. aventura. (Del lat. *adventūra*, t. f. del part. fut. act. de *advenīre*, llegar, suceder). 1. f. Acaecimiento, suceso o lance extraño. 2. f. Casualidad, contingencia. 3. f. Empresa de resultado incierto o que presenta riesgos. Embarcarse en aventuras. 4. f. Relación amorosa ocasional. (REAL ACADEMIA, op. cit., aventura, <http://lema.rae.es/drae/?val=aventura>, 7-1-2013). Suele decirse que una aventura es una experiencia arriesgada normalmente compuesta de eventos inesperados.

¹⁵³ atrevimiento. 1. m. Acción y efecto de atreverse (□ determinarse a algo arriesgado). 2. m. Acción y efecto de atreverse (□ insolentarse). (REAL ACADEMIA, op. cit., atrevimiento, <http://lema.rae.es/drae/?val=atrevimiento>, 14-2-2013).

¹⁵⁴ audacia. (Del lat. *audacia*). 1. f. Osadía, atrevimiento. (REAL ACADEMIA, op. cit., audacia, <http://lema.rae.es/drae/?val=audacia>, 14-2-2013).

¹⁵⁵ “Arrephoros”, Nihil sub sole novum, Aforismos en Suetonio, a propósito de Vincigrip (y II), <http://nihilnovum.wordpress.com/2010/03/01/aforismos-en-suetonio-a-proposito-de-vincigrip-y-ii/>, 6-2-2013.

que significa decidir¹⁵⁶.

Una de las aptitudes más importantes para los decisores, a menudo poco desarrollada, es la de *conjeturar*. La posibilidad requiere un despliegue del siempre difícil planteo de la prospectiva. Saltar más allá de lo posible lleva a la utopía y la ucronía, con los consiguientes riesgos para todas las categorías sociales. A medida que la amplitud de la posibilidad se va reduciendo y se aproxima la realidad se va generando la *probabilidad*¹⁵⁷. Sin embargo, es relevante poder apreciar las “*expectativas*” que, pese al sentido estricto del término, no siempre se atienen al rigor de las probabilidades¹⁵⁸. Más allá de las expectativas se encuentran la esperanza y de cierto modo la fe.

Cuando se busca lo deseado ante posibilidades reducidas se puede hacer referencia al *coraje*; si no se aprovechan posibilidades apreciables de lo deseado se incurre en *cobardía*. Si el avance es en sentido “positivo”, suele hablarse de “*valor*”.

¹⁵⁶ Revista de Humanidades Sárasuati, ““Iacta alea est” y otras frases de César”, de Sebastián Martínez, <http://www.sarasuati.com/iacta-alea-est-y-otras-frases-de-cesar/>, 6-2-2013.

En cuanto a suerte y mérito, cabe recordar GOLDSCHMIDT, Werner, "Suerte y mérito de Cristóbal Colón", en "Revista de la Facultad de Derecho", U.N.R., Nº. 2/3, págs. 51 y ss. (acerca de la fe de Colón en las ciencias aplicadas de la naturaleza); "Introducción ..." cit., pág. 477.

¹⁵⁷ La pantomomía de la posibilidad puede hacerse más manejable a través de la Estadística (es posible v. aproximaciones accesibles en Profesor en línea, Cálculo o medición de la Probabilidad., <http://www.profesorenlinea.cl/matematica/ProbabilidadCalculo.htm>, 7-1-2013; Introducción al cálculo de probabilidad, <http://www.ugr.es/~eues/webgrupo/Docencia/MonteroAlonso/estadisticaII/tema1.pdf>, 7-1-2013). Una manera de aproximarse al dominio relativo de la posibilidad es la consideración de la frecuencia. Sin embargo, la vinculación no es segura. Una vía relativamente simple de acercamiento al manejo de la probabilidad, que ha alcanzado desarrollos matemáticos de discutible utilidad en las decisiones jurídicas, es el llamado método de Montecarlo.

Acerca de la probabilidad se puede recordar v. gr. COHEN, John, “Azar, habilidad y suerte”, trad. Atanasio Sánchez, Bs. As., Los Libros del Mirasol, 1964.

¹⁵⁸ Es posible v. por ej. CONTRERAS SOSA, Hugo J., “Daniel Kahneman: Premio Nobel de Economía 2002”, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/104/10410210.pdf>, 23-1-2013; TED Ideas worth spreading, Speakers, Daniel Kahneman: Behavioral economics founder, http://www.ted.com/speakers/daniel_kahneman.html, 23-1-2013; LÓPEZ VERA, J.: “Expectativas racionales versus neuroeconomía: ¿cómo tomamos decisiones los agentes?”, en “Contribuciones a la Economía”, enero 2013, Eumed.net, www.eumed.net/ce/2013/expectativas-racionales-versus-neuroeconomia.html, 23-1-2013.

Hay modos de afirmar los cortes en las categorías básicas de la realidad social obteniendo más certeza: el seguro, el “aseguramiento” de pruebas, las acciones meramente declarativas, etc. Suele hacerse referencia al manejo del riesgo a través de la simulación, la gestión, el control y la modelación.

Al decidir y repartir es relevante atender que todas las otras categorías de la dimensión sociológica y al fin todas las otras categorías jurídicas se desenvuelven en la vida¹⁵⁹. El éxito en la causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad, la realidad y la vida es medida considerable del acierto de la decisión. Al fin, toda la *tensión* categorial está presente en las decisiones, por ejemplo, una decisión en sí “correcta” puede tener resultados opuestos a los deseados. En cuanto las categorías son pantónomas, nunca se puede hacer referencia a decisiones definitivamente acertadas. El resultado se sabrá al “final de los tiempos”.

La tensión decisional *actual* es enorme. Nuestro tiempo está especialmente signado por el riesgo, porque hemos tomado conciencia de él y porque lo incrementamos con las modificaciones que hemos introducido en el mundo. Quizás más que nunca sabemos que hay un riesgo planetario, referido a nuestra pequeña Tierra en un Universo infinito, pero también existe un riesgo tecnológico producido por el sentido bivalente de la tecnología.

b) Dimensión normológica

a'') Las normas aisladas

23. Las decisiones y los repartos han de tener en cuenta que para integrar las tres dimensiones jurídicas la propuesta integrativista tridimensionalista trialista considera a las *normas* captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros. En lugar de expresar que son captaciones hechas desde el punto de vista de terceros, puede

¹⁵⁹ En lo material, el ámbito contractual ha atendido mucho a la finalidad subjetiva, en tanto el espacio familiar se ha referido tradicionalmente más a la causalidad y la finalidad objetiva, aunque ahora ha ganado mucho espacio la finalidad subjetiva. En el espacio y el tiempo se han expandido, principalmente en el comercio, sentidos de finalidad objetiva de globalización/marginación. Lo personal se refiere de manera relevante a la finalidad subjetiva de los sujetos.

indicarse que son captaciones “neutrales”. La referencia a terceros no excluye las captaciones hechas desde el punto de vista de los protagonistas, que Goldschmidt consideró en parte como imperativos, pero tiene la cualidad de plantear con intensidad la problemática del cumplimiento.

Para mantener el Derecho profundamente vinculado a la vida de las personas es importante tratar de establecer qué es lo que se quiso decir, aunque no necesariamente haya que atenerse al fin a la voluntad del autor, y sobre todo que las normas se *cumplan*, valiéndose de los medios necesarios y logrando sus objetivos. El descubrimiento de los contenidos de la voluntad de los autores reconoce si las normas son *fieles*. Si las normas se cumplen son *exactas*¹⁶⁰. En la medida que se dispone de los medios para lograr los fines, las normas son *eficientes*. La capacidad de lograr el objetivo se denomina *eficacia*. Las decisiones han de lograr el complejo de la fidelidad, la exactitud, la eficiencia y la eficacia de las normas.

Incluir, excluir y sustituir caracteres de las normas puede ser relevante al decidir y repartir. Por ejemplo, cuando se decide procurando aumentan las posibilidades de su exactitud.

24. Al adoptar las decisiones se ha de atender que el carácter lógico de las normas en que ellas han de expresarse las plantea con la *estructura* de *juicios* dotados, como tales, de *antecedente* y *consecuencia*, referidos respectivamente al problema a resolver y a su solución, al caso y a la respuesta que se le da. La consecuencia es “consecuencia jurídica”. El antecedente y la consecuencia jurídica poseen *características* positivas y negativas que deben estar respectivamente presentes y ausentes para que las normas funcionen.

Esta estructura compleja de la norma contribuye a mostrar la complejidad de la realidad social, incluso de las decisiones. Un tema de gran significación es la *correspondencia* por afinidad o atracción o la mera yuxtaposición entre los antecedentes y las consecuencias de las normas¹⁶¹.

¹⁶⁰ En lo material, en el espacio “occidental” hay en nuestros días una gran inexactitud del Derecho de la Seguridad Social. Incluso en varios países del sur de Europa se generó inexactitud de las normas constitucionales.

¹⁶¹ Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión”, en “Juris”, t. 80, págs. 298 y ss.

En lo material, es interesante la consideración de la intermaterialidad que trata la Teoría General del Derecho abarcadora del conjunto de las áreas. En esta dimensión las ramas

Quizás una de las guías decisionales más tensas en cuanto a correspondencia que se hayan planteado nunca es la que presentan las magníficas Bienaventuranzas enseñadas por Jesús¹⁶².

Incluir, excluir y sustituir características en las normas es relevante al decidir y repartir. Así sucede, v. gr., si se incrementa el control del fraude a la ley en las características negativas del antecedente y del orden público en las características negativas de la consecuencia jurídica.

25. Las *fuentes* de las normas, incluyendo las fuentes de las normatividades decisorias, pueden ser reales o de conocimiento. Las *fuentes reales* se presentan en condiciones *materiales*, como repartos proyectados¹⁶³, y *formales*, como “*autobiografías*” de los repartos hechas por los propios repartidores. Para nuestro estudio se trata de decisiones proyectadas y de autobiografías de las decisiones hechas por los propios decisores (constituciones formales, tratados internacionales, “decisiones” en la integración, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.).

Es muy importante que las *fuentes formales* sean “auto-biografías” hechas individual o colectivamente por los decisores: tienen todas las grandezas y las pequeñeces que puede poseer el género literario auto-

se vinculan en mucho a través de los enfoques luminosos y de penumbra que se constituyen en la estructura de las normas. Por ejemplo: la cosa juzgada del Derecho Procesal emerge como características negativas del antecedente de las normas de Derecho Civil, la litispendencia y la cosa juzgada son también fuertes integrantes negativos de las normas del Derecho Penal y el Derecho Penal aparece en los horizontes lejanos de las características, sobre todo negativas, del fraude a la ley y el orden público del Derecho Civil.

La más nítida estructuración de las normas ha correspondido al ámbito penal, pero también son posibles las construcciones normativas completas en todas las otras materias. En lo interespacial, intertemporal e interpersonal existen no sólo construcciones normativas positivas, sino la construcciones normológicas ya elaboradas de las ciencias del Derecho Internacional Privado, el Derecho Intertemporal y el Derecho Interpersonal.

¹⁶² Mt 5, 1-12. A nuestro parecer, corresponde atenerse a los textos *pobres* y no pobres de espíritu y sobre todo *misericordiosos* y no compasivos. Un punto de particular relevancia es el de la relación entre la justicia y la misericordia. En lo jurídico, se puede *ampliar* en nuestras “Perspectivas Jurídicas” cits., págs. 289 y ss.

¹⁶³ Cabe recordar en relación con el tema por ej. VARGA, Csaba, “On the socially determined nature of legal reasoning”, en “Logique et analyse”, 61-62, págs. 21 y ss.

biográfico¹⁶⁴. Son *en sí mismas* decisiones y repartos. Se decide formalizar y en consecuencia, con mayor o menor conciencia repartir. Formalizar es repartir, de manera diferenciable de lo que se formaliza. La formalización posee cierto sentido “autónomo” respecto del reparto proyectado de referencia.

Las fuentes formales construyen el “*relato*” que más interesa a sus redactores, más o menos ajustado a la realidad¹⁶⁵. Quien escribe la historia y quien autobiografía exponen las perspectivas que les interesan y, generalmente, son las que les favorecen, de modo que la formalización los hace recipiendarios de potencias. Por esto es imprescindible “saltar” a la realidad para conocer la vida de las personas con más plenitud. A veces, los saltos evidencian que no hay verdaderos repartos proyectados como los que se relatan, sino repartos “oblicuos”, según sucede en la simulación e incluso en el fraude a la ley. Se autobiografía repartiendo algo distinto de lo que se dice repartir.

Los alcances de las fuentes formales suelen motivar cuestiones interesantes en cuanto al carácter de tales que pueden tener los *obiter dicta*¹⁶⁶, los *preámbulos*¹⁶⁷, los “*considerandos*”, los “*vistos*” y las *notas*, como

¹⁶⁴ Se trata de un punto de contacto muy relevante del mundo jurídico con el mundo histórico, el mundo prospectivo y el mundo general de la temporalidad. Se pueden v. por ej. DILTHEY, Wilhelm, “Selected Works. Volume III”. “The Formation of the Historical World in the Human Sciences”, Rudolf A. Merkkreel - Frithjof Rodi (eds.), Princeton, Princeton University Press, 2002, págs. 213 y ss., es posible c. http://books.google.com.ar/books?id=GFO3GX_Om38C&q=autobiographie#v=onepage&q&f=false, 2-1-2013; MIRAS BORONAT, Núria Sara, “Experiencia y lenguaje en Dilthey y Collingwood. Autobiografía intelectual y pretensión de verdad de la ciencia histórica”, en “Éndoxa: Series Filosóficas”, 29, págs. 113 y ss., <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Endoxa-2012-29-5050&dsID=Documento.pdf>, 2-1-2013.

Quizás quepa decir que más allá de la autobiografía hay que construir la “biografía”, la historia y la prospectiva del reparto proyectado. En una publicación actual, cabe c. GREGORICH, Luis, “Borges, Bioy, y unos diarios que siguen despertando polémicas”, en “La Nación”, miércoles 02 de enero de 2013, <http://www.lanacion.com.ar/1541942-borges-bioy-y-unos-diarios-que-siguen-despertando-polemicas>, 2-1-2013.

¹⁶⁵ Interesa atender que la palabra “relato” puede referirse a un hecho real o ser un cuento. relato.(Del lat. *relatus*). 1. m. Conocimiento que se da, generalmente detallado, de un hecho. 2. m. Narración, cuento. (REAL ACADEMIA, op. cit., relato, <http://lema.rae.es/drae/?val=relato>, 19-1-2013).

¹⁶⁶ Oxford Dictionaries, obiter dictum, <http://oxforddictionaries.com/definition/english/obiter%2Bdictum>, 11-1-2013. En cuanto al debate al respecto, c. por ej. DEVINAT, Mathieu, “L’autorité des *obiter dicta* de la Cour suprême du Canada”, en “Revue du

las del Código Civil argentino. En los horizontes están los mensajes de remisión al Poder Legislativo; los debates parlamentarios; las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales; los orígenes de la recepción, etc.

Las fuentes formales de las decisiones y los repartos se diferencian según su *flexibilidad* o *rigidez*, que corresponden a su elaboración y modificación con mayor o menor facilidad; por su *elasticidad*, es decir, su adaptabilidad a los cambios de la realidad; según la *participación* de los interesados en su redacción y por su *jerarquía*. Todo, a su vez, en sentidos formales o de la realidad social¹⁶⁸.

Las fuentes formales pueden ser más o menos *adecuadas* a lo que se pretende en el reparto captado y en la formalización. Incluir, excluir y sustituir características de las fuentes formales es relevante al decidir y repartir. Por ejemplo: a menudo se busca la constitucionalización para lograr más rigidez y jerarquía que si sólo se tratara de leyes o decretos.

Las *fuentes de conocimiento* constituyen la *doctrina* (tratados, tesis, monografías, manuales, etc., con diversos significados). También en la doctrina hay distribuciones, decisiones y repartos propios (originados por los autores de las obras). Un tema relevante es el de las *interrelaciones* entre las fuentes de conocimiento y las fuentes reales. Quizás la máxima expresión de dominación de las fuentes de conocimiento, que devinieron en fuentes reales, esté en la famosa “Ley de Citas”; tal vez la mayor dominación de las fuentes reales sobre las de conocimiento se haya producido en la escuela de la exégesis¹⁶⁹.

Barreau Canadien. The Canadian Bar Review”, 77, 1998, 1-35. http://www.cba.org/cba_barreview/Recherche.aspx?VolDate=03%2f01%2f1998, 19-1-2013.

¹⁶⁷ Se puede v. VARGA, Cs., “The Preamble: A Question of Jurisprudence”, en “Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae”, t. 13 (1-2), págs. 121-128.

¹⁶⁸ Una materia con normas a menudo rígidas, elásticas y participativas es el Derecho Constitucional; la espacialidad logra rigidez, a veces con inelasticidad y menos participación en los tratados internacionales; el tiempo perdura en la rigidez con frecuencia elástica de la constitución formal y se hace flexible en los decretos y los contratos, en este caso con incremento de la participación de los interesados; la personalidad se manifiesta en gran medida en la flexibilidad y la participación de la contractualidad.

¹⁶⁹ Es posible v. por ej. RONCHETTI, Fernando, “La doctrina como fuente real del Derecho”, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/948/778>, 28-1-2013

La doctrina acerca de la decisión tiene, algunas veces, carencias de rigor científico por demasiada presencia de obras de “autoayuda” orientadas emotivamente. Importa evitar los *desvíos* en ese sentido y desarrollar más un cuerpo científico respecto de la decisión.

Incluir, excluir y sustituir fuentes de conocimiento puede ser relevante para las decisiones y los repartos que ellas refieren y también para los de ellas mismas como decisiones y repartos propios. Escribir, por ejemplo, un tratado o una tesis puede tener gran importancia decisoria y repartidora.

26. Para que la decisión y el reparto proyectado captados en la norma se realicen, alcanzando al fin debidamente a la vida de las personas, es necesario que la norma *funcione*. El funcionamiento de la norma se produce a través de un complejo de decisiones y repartos que abarca tareas de *reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación* y *síntesis* y, transversalmente, de *argumentación*. De cierto modo, es un “trayecto” de desenvolvimiento de un “proyecto”, constituido por un complejo de decisiones y repartos.

Todo el funcionamiento es construido con miras a la tridimensionalidad normo-socio-dikelógica. Sin embargo, las tareas poseen distintos significados dimensionales. El reconocimiento, la interpretación¹⁷⁰ y la aplicación son bidimensionales normo-sociológicos. En la aplicación, tarea cuya importancia suele no recibir la atención que merece, el encargado del funcionamiento¹⁷¹ toma decisiones sobre normas y acerca de hechos. La determinación y la elaboración son crecientemente tridimensionales. También la síntesis puede tener proyecciones tridimensionales y asimismo se puede argumentar tridimensionalmente¹⁷².

Una problemática de decisiones y repartos interrelacionados de manera especial es la de las interpretaciones auténticas, con autenticidades

¹⁷⁰ En la teoría tradicional de la interpretación se hace referencia ya a la inclusión, la exclusión y la sustitución.

¹⁷¹ Por ejemplo el juez, el administrador, etc.

¹⁷² Cabe c. CHAUMET, Mario E., "La argumentación de la adjudicación judicial en el Estado Constitucional de Derecho (necesidad de un paradigma integrativista)", tesis doctoral aprobada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

“decisorias”¹⁷³ y cognitivas¹⁷⁴ y con autenticidades plenas o parciales (infraautenticidades, por ejemplo en los cuerpos parlamentarios, los contratos, etc.). También merece referencia la interpretación histórica producida ante diferentes razones de los autores, por ejemplo, cuando han tenido ciertos móviles y han expuesto razones alegadas distintas. Suele sostenerse que han “decidido” en este último sentido.

Las decisiones, los repartos y las normas que los captan pueden presentar *carencias* (lagunas del ordenamiento normativo) históricas o dikelógicas¹⁷⁵. En las carencias históricas los problemas no fueron resueltos, por olvido o novedad; en las dikelógicas se descartan las soluciones establecidas en razón de considerarlas disvaliosas. La *elaboración* de las decisiones, sus repartos y las normas respectivas (integración del ordenamiento) puede hacerse por *autointegración* o *heterointegración*. En la autointegración se toman bases en normatividades ya establecidas. En la heterointegración se incorporan despliegues ajenos considerados valiosos. Puede hacerse uso de la analogía o recurriendo a principios generales. La autointegración corresponde a decisiones, repartos y normas más dependientes; la heterointegración a otros más autónomos.

Las decisiones, los repartos y sus normas terminan siendo lo que, dentro de lo que pueden, los encargados del funcionamiento los hacen ser. En ese hacer va incluido el decir: según ya expusimos, cada uno hace y dice lo que quiere dentro de lo que puede. Sin embargo, mucho se discute, principalmente en el campo jusfilosófico, sobre la existencia final de soluciones acertadas únicas¹⁷⁶. En ámbitos de especialidades jurídicas se afirma, por ejemplo, que la referencia a la norma muestra áreas de certeza positiva, de certeza negativa y de duda¹⁷⁷. Las dos líneas de pensamiento,

¹⁷³ Producidas por quienes ocupan los lugares de los autores de las normas, v. gr. en el ámbito gubernamental.

¹⁷⁴ Producidas por quienes generaron las decisiones interpretadas.

¹⁷⁵ La carencia en la norma es carencia en la decisión y en el reparto.

¹⁷⁶ V. por ej. CHAUMET, Mario E., “Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles”, Cartapacio, <http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui2/bitstream/handle/123456789/578/Perspectiva%20trialista%20para%20la%20caracterizaci%C3%B3n%20de%20los%20casos%20dif%C3%ADciles.pdf?sequence=1>, 10-1-2013.

¹⁷⁷ C. por ej. CASSAGNE, Juan Carlos, “La discrecionalidad administrativa”, pág. 13, <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>, 8-2-2013; GARCÍA DE ENTERRÍA,

una filosófica jurídica general y otra de especialidades, no son siempre coincidentes: quienes hacen referencia a la duda sostienen a veces que hay soluciones correctas únicas. Estos debates muestran menor o mayor discrecionalidad de los encargados del funcionamiento.

Como todas las *teorías*, las del funcionamiento de las normas reflejan siempre *intereses*. La decisión del encargado del funcionamiento y la atención a sus intereses se van incrementando a medida que se pasa, por ejemplo, desde la escuela de la exégesis - que pretende casi automatizarlo-, a la teoría pura, a los neoconstitucionalismos y a la escuela del Derecho Libre.

Las decisiones de los encargados del funcionamiento y el juego de sus intereses son más notorios a medida que se va desde la interpretación a la determinación¹⁷⁸ y a la elaboración. Quizás las decisiones más tensas que realizan los encargados del funcionamiento, con más despliegue de sus intereses, sean las que producen carencias dikelógicas y heterointegración. También merecen atención las decisiones y los intereses de la aplicación, la síntesis y la argumentación¹⁷⁹.

Es importante tener en cuenta las diversidades *funcionales* según la materia, el espacio, el tiempo y las personas. En este último aspecto, es relevante considerar el funcionamiento judicial, administrativo, legislativo, constitucional, particular, etc.

Hay un funcionamiento formal y otro *conjetural*; en este caso se hace referencia a lo que podría suceder, en relación con lo que se producen decisiones y repartos. Ambos funcionamientos son al menos normosocio-

Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, 1^a. ed. con notas de Agustín Gordillo, Bs. As., La Ley, I, págs. 465 y ss.

¹⁷⁸ Se puede *ampliar* en nuestro trabajo “La determinación (precisión y reglamentación de normas y desarrollo de principios)”, en “Boletín del Centro de Investigaciones ...” cit., Nº 21, págs. 52 y ss.

¹⁷⁹ Puede ser interesante relacionar el pensamiento del funcionamiento normativo con el pensamiento vertical, convergente, lateral y divergente (es posible c. por ej. DE BONO, Edward, “El pensamiento lateral”, trad. Equipo MMLB, Paidós, Barcelona, 1991, http://books.google.com.ar/books?id=seyjkUgT1f0C&printsec=frontcover&dq=inauthor%22Edward+De+Bono%22&hl=es&sa=X&ei=NXnjUIU_jN7wBKzGgKgD&ved=0CFUQ6AEwBQ#v=onepage&q&f=false, 1-1-2013; en vinculación con esto cabe c. ARRÓLIGA G., Róger, “Edward De Bono. Los siete pasos para pensar mejor”, Paperblog, <http://es.paperblog.com/mas-creatividad-con-los-siete-pasos-del-pensamiento-lateral-de-edward-de-bono-976100/>, 1-1-2013).

lógicos¹⁸⁰. Una manera específica de avanzar en el funcionamiento conjetural se logra con la promoción de casos testigo.

Incluir, excluir y sustituir tareas y en general despliegues de funcionamiento es muy relevante al decidir y repartir. El complejo de decisiones y repartos del funcionamiento de la norma, ámbito *culminante* de la integración de las dimensiones jurídicas, es el espacio decisional y repartidor más relevante del mundo jurídico¹⁸¹.

27. Las captaciones normativas de las decisiones repartidoras describen y al mismo tiempo *integran* la realidad de referencia, para hacerlo se valen de *conceptos*. Hay un espacio de decisión y reparto conceptuales. Construir y emplear un concepto es en sí decidir y repartir. Los conceptos “*denominan*” y en alguna medida construyen espacios mayores o menores de decisión y reparto¹⁸².

Sin reducir la persona a las normas, cabe señalar que el concepto “persona” se refiere a un espacio de adopción de decisiones, por actos propios o de representantes. La capacidad de derecho es capacidad de decidir¹⁸³.

Los conceptos determinan la realidad, dándole “claridad” y le integran sentidos según los cuales se vive, al menos hasta que se advierta su falsedad¹⁸⁴. Valiéndonos de la afinidad etimológica ya referida con la palabra decisión, cabe señalar que la claridad de ésta requiere concisión¹⁸⁵ y precisión conceptuales¹⁸⁶. Es relevante atender a la decisión “conceptuadora”.

¹⁸⁰ La materialidad influye sobre todo en las tareas de interpretación, determinación, elaboración aplicación y síntesis, por ejemplo en los ámbitos administrativo y penal; la espacialidad manifiesta ciertas particularidades en la heterointegración; la temporalidad manifiesta particularidades en la frecuente tensión entre la interpretación auténtica y la heterointegración, por ejemplo en la interpretación contractual y la integración de carencias históricas; la personalidad halla vías de particularidad, por ejemplo, en el Derecho Penal y el Derecho de Familia.

¹⁸¹ En relación con el tema es posible v. por ej. CALVO SOLER, Raúl, “Uso de normas jurídicas y toma de decisiones”, Barcelona, Gedisa, 2003.

¹⁸² Se puede ampliar en nuestro artículo “Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos”, en “El Derecho”, t. 93, págs. 831 y ss.

¹⁸³ En principio, las deudas son de valor, no de dinero. La decisión de indexar o no tiene relevante referencia conceptual.

¹⁸⁴ Reemplazándolos por otros, en principio metanormativos.

¹⁸⁵ Cabe agregar, por ejemplo, ThefreeDictionary, concisión, <http://es.thefreedictionary.com>.

La ambigüedad es uno de las condiciones que exigen en sí decisiones conceptuales. Hay conceptos más o menos *determinados*. La opción entre ellos posee alto valor decisorio. Los indeterminados tienen con especial intensidad la necesidad de una decisión y sirven más a la elasticidad normativa, pero también a limitar la discrecionalidad total¹⁸⁷.

Los conceptos pueden ser más *institucionales* o *negociales*. Esta clasificación corresponde a que son más o menos cargados de ideología y menos o más disponibles para las partes¹⁸⁸. La decisión entre ellos se vincula con las características respectivas de la cultura. Vale no sujetar el mundo a los conceptos. En cierto acuerdo con el nominalismo, consideramos que los conceptos son al fin “nombres”, no realidades propias. Han de ser útiles para una realidad que está más allá de ellos, no apresarla.

Los conceptos denominadores de instituciones públicas y privadas no deben ocultar que las decisiones que se adoptan en nombre de ellas suelen cubrir múltiples *tensiones decisionales*¹⁸⁹. Los debates acerca del establecimiento de los matrimonios homosexuales son muestras de la importancia de la función conceptual. También cabe considerar, por ejemplo, las discusiones acerca de las “carátulas” de los expedientes penales.

com/_dict.aspx?word=conciso%C3%B3n, 27-1-2013; Definición de Conciso, <http://definicion.de/conciso/>, 27-1-2013.

¹⁸⁶ V. preciso, sa. (Del lat. *praecīsus*).1. adj. Necesario, indispensable, que es menester para un fin. 2. adj. Puntual, fijo, exacto, cierto, determinado. Llegar al tiempo preciso 3. adj. Distinto, claro y formal. 4. adj. Dicho del lenguaje, del estilo, etc.: Concisos y rigurosamente exactos. 5. adj. Fil. Abstraído o separado por el entendimiento. 6. adj. El Salv. Que tiene prisa. 7. adj. desus. Separado, apartado o cortado. 8. f. Nic. prisa (□ necesidad de ejecutar algo con urgencia). (REAL ACADEMIA, op. cit., preciso, <http://lema.rae.es/drae/?val=preciso>, 27-3-2013). Puede v. la relación etimológica entre “preciso” (“cortado”, “recortado”, “abreviado”) y decisión en COROMINAS, op. cit., t. II, 1980, pág. 431).

¹⁸⁷ V. CASSAGNE, op. cit.

¹⁸⁸ La materialidad penal se ha caracterizado tradicionalmente por el empleo de conceptos institucionales y por la búsqueda de nítidos perfiles en el espacio y el tiempo. También ha habido fuerte institucionalidad en el campo familiar, donde los desempeños personales han sido nítidamente perfilados. En cambio, en nuestros días la institucionalidad se ha debilitado, tal vez más en el campo personal familiar, pero algo análogo sucede en el ámbito penal.

¹⁸⁹ Cabe referir v. gr. CYERT, Richard M. – MARCH, James G., “A Behavioral Theory of the Firm”, 2^a. ed., Oxford, Blackwell , 1992. Es relevante la organizacionalidad de las decisiones. Incluso se ha hecho aprovechamiento de aportes de la literatura.

En la perspectiva de los conceptos cabe hacer especial referencia a la pretensión muy discutida de *matematización* de las decisiones. En relación con los muy debatidos despliegues de la Econometría, planteo que a nuestro parecer vale limitar, también hay que limitar las propuestas de lo que puede denominarse “Jurimetría”¹⁹⁰.

Incluir, excluir y sustituir espacios conceptuales es relevante al decidir y repartir¹⁹¹.

b'') El ordenamiento normativo

28. Según la propuesta integrativista tridimensionalista trialista, el *ordenamiento normativo* es la captación lógica neutral de un orden de decisiones y de repartos. Las normas que captan decisiones ordenadas se integran en él. El ordenamiento normativo contiene el imperativo de la legalidad.

La estructura del ordenamiento se produce de maneras *vertical* y *“horizontal”*, en cada caso con relaciones de *producción* y de *contenido*. Llamamos horizontales a todas las relaciones que no son verticales, por ejemplo las que suceden entre resoluciones administrativas de servicios públicos y las leyes penales que las protegen. Las relaciones verticales de producción realizan el valor subordinación; las vinculaciones verticales de contenido satisfacen el valor ilación; las relaciones horizontales de producción realizan el valor infalibilidad y las vinculaciones horizontales de contenido

¹⁹⁰ Respecto de la Econometría (la rama de la Economía que utiliza métodos y modelos matemáticos) y sus debates puede v. por ej. BALACCO, Hugo Roberto, “Sobre algunas posibles limitaciones del análisis económico”, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo, http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4058/balacoeconometria.pdf, 21-1-2013. Acerca de la Jurimetría es posible c. v. gr. LOEVINGER, Lee, “Jurimetrics”, en “Minnesota Law Review”, 33, 5, págs. 455 y ss., “Jurimetrics: Science and prediction in the field of law”. “Minnesota Law Review”, 46, 2, págs. 255 y ss.; MOYA GARCÍA, Rodrigo Javier, “La Jurimetría. Una Breve Aproximación”, en “Jurimetría”, 2, 2003, <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCIJ>, 21-1-2013, <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCIJ/article/viewFile/10794/11043>, 21-1-2013. Se puede c. la bibliografía <http://cs.anu.edu.au/~James.Popple/publications/bibtex/shyster.html>, 21-1-2013.

¹⁹¹ Cabe recordar AUSTIN, John L., “Cómo hacer cosas con palabras”, trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1991, es posible v. http://books.google.com.ar/books?id=RiGNvAjLTRsC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, 16-2-2013.

satisfacen el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia.

Hay *grupos normativos*, también en las normatividades de las decisiones. A veces tienen sentidos recíprocamente penetrados, que incluyen por ejemplo las relaciones entre fondo y proceso, las redes constituidas por los contratos conexos¹⁹² y los *subordenamientos* más o menos autónomos¹⁹³. A veces las decisiones y los repartos de fondo dominan a los procesales, o a la inversa. La autonomía se evidencia en la medida en que en lugar de buscar soluciones en otros subordenamientos se asciende hasta llegar a principios propios¹⁹⁴. Así se advierte, v. gr., si ante una carencia normativa de contrato de trabajo más que buscar en las reglas de los contratos civiles se asciende hacia principios propios del Derecho del Trabajo. Puede hacerse referencia a una principalización de la normatividad de una decisión o de un reparto, y vale atender a la ponderación de los principios¹⁹⁵.

Es relevante encontrar los *puestos* normativos de las decisiones, los repartos y sus normas. En cierto sentido es importante establecerlos según

¹⁹² Se puede ampliar en nuestro libro "Los contratos conexos. En la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1094/998>, 11-1-2013.

¹⁹³ Cabe v. NICOLAU, Noemí Lidia, "La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado", Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1034/938>, 2-2-2013.

¹⁹⁴ La materia y el tiempo suelen adoptar más vías verticales, en un caso de producción y contenido y en el otro más de producción, por ejemplo, en fuerte presencia del Derecho Constitucional y el Derecho Penal liberal; en cambio el espacio se manifiesta más en la posibilidad de relaciones horizontales de contenido, v. gr. en el Derecho Internacional Privado. El área personal se muestra en vinculaciones diversas que atienden a las particularidades de los sujetos.

¹⁹⁵ En cuanto a principios y su ponderación es posible v. por ej. ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en "Doxa", 5, págs. 139 y ss., también c. "El concepto ..." cit.; asimismo DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, por ej. págs. 72 y ss.; "Taking Rights Seriously", 2^a. ed., Londres, Duckworth, 1978; ATIENZA, Manuel - RUIZ MANERO, Juan, "Sobre principios y reglas", en "Doxa", 10, págs. 101 y ss.; Doxa, 12, págs. 327 y ss., Alexander Peczenik, Nota, Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_11.pdf, 8-2-2013; RUIZ MANERO, Juan, "Principios, objetivos y derechos: otra vuelta de tuerca", en "Doxa", N° 28, págs. 341 y ss.; BERGEL, Jean-Louis, "Théorie Générale du Droit", 4^a. ed., París, Dalloz, 2003.

que los ordenamientos sean *meros órdenes o sistemas*. La diferenciación se produce conforme a la actitud que han de asumir los encargados del funcionamiento en casos de lagunas. Si deben consultar a los autores, los ordenamientos son meros órdenes y la última facultad social de decidir es retenida por éstos. Cuando tienen que decidir los propios encargados, los ordenamientos son sistemas. En los sistemas materiales deben resolver según lo consideren valioso y la facultad social de decisión final corresponde a los propios encargados del funcionamiento. En los sistemas formales han de resolver aplicando una regla de cierre, que puede ser la aprobación de lo sucedido, como ocurre en el Derecho Penal liberal. En este caso, la facultad social residual de decidir pasa a los protegidos por el cierre, por ejemplo, en el caso penal liberal, al resto de la sociedad, cuando es considerada desde el puesto de los reos¹⁹⁶.

Incluir, excluir y sustituir relaciones entre las normas puede ser relevante al decidir y repartir. Así ocurre, por ejemplo, cuando se agregan apoyos penales para la infalibilidad de las normas civiles.

c'') Características generales de las normatividades

29. La *categoría básica* de la dimensión normológica del mundo jurídico propuesto por el integrativismo tridimensionalista trialista es la *verdad*¹⁹⁷, relevante incluso en cuanto a las normatividades de las decisiones

¹⁹⁶ Acerca de los sistemas jurídicos en general es posible ampliar en nuestras "Perspectivas Jurídicas" cits., págs. 11 y ss.

¹⁹⁷ En relación con el tenso tema de la verdad, se puede v. por ej. la relativamente reciente publicación FOUCAULT, "El coraje de la verdad", trad. Horacio Pons, 1^a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2011. Cabe c. nuestro artículo "La justice et la vérité dans le monde juridique" (versión francesa en colaboración), en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", LXIX, fasc. 4, págs. 446 y ss.

Un panorama del amplio debate acerca de la verdad en el Derecho puede v. por ej. en MANSON, Manuel, "Normas, verdad y lógica formal", en "Doxa", 21-II, págs. 237 y ss. Acerca de la obra de Georg Henrik von Wright, uno de los protagonistas de las polémicas acerca de la verdad en el Derecho, es posible v. por ej. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Apuntes sobre la vida y la obra de Georg Henrik von Wright (1916-2003)", http://isearch.avg.com/search?q=APUNTES+SOBRE+LA+VIDA+Y+LA+OBRA+DE+GEORG+HENRIK+VON+WRIGHT+%281916-2003%29*+Daniel+Gonz%C3%A1lez+Lagier&sap=dsp&lang=es&mid=a42a56a5d46c505759b267c9bf3b125c-e856a1c7fe2e7d552b9c904f889f1d5722745e01&cid={BC5F051D-FB95-412C-975C-

y sus repartos. En nuestro caso, si bien compartimos una posición “constructivista” básica también referida a la verdad, es decir que de cierta manera la verdad es “construida”, consideramos que se ha de tener vocación por “desenmascarar” la cobertura que las normatividades ponen sobre las decisiones y toda la realidad social. Con el gigantesco escritor inglés vale decir: “It's not enough to speak, but to speak true.”¹⁹⁸

La verdad es una categoría “*pantónoma*”, que nos hacemos accesible mediante fraccionamientos productores de *certidumbre*. El integrativismo tridimensionalista trialista evidencia con intensidad el carácter de *relato* decisorio y repartidor más o menos satisfactorio de la verdad que tienen, a través de sus fuentes, las construcciones normativas. A veces, combinando la verdad con la posibilidad, se llega a hablar más que de verdad de *verosimilitud*¹⁹⁹.

En el campo material, las “habitualidades”, las presunciones, las ficciones y la referencia a la verdad procesal son muestras del carácter decisorio y repartidor de la verdad²⁰⁰. Los hechos notorios y las máximas de la experiencia se construyen con decisiones y repartos relacionados con la materialidad de la verdad. Lugares de especial intensidad corresponden a las

85C12349D700}&v=12.2.5.32&ds=AVG&d=07%2F06%2F2012+1%3A29%3A25&pr=fr&snd=hdr, 30-1-2013.

¹⁹⁸ Se ha hecho célebre la expresión empleada por Shakespeare: “LYSANDER / He hath rid his prologue like a rough colt; he knows / not the stop. A good moral, my lord: it is not / enough to speak, but to speak true.” (The Complete Works of William-Shakespeare, Act 5, Scene 1, http://www.shakespeare-literature.com/A_Midsummer_Night%27s_Dream/9.html, 20-1-2013). En la lectura cotidiana, en el día que escribimos esta nota, se lee en adn Cultura, del diario “La Nación” de Buenos Aires, en reportaje de Hernán Iglesias Illa a Javier Cercas “... evidentemente la primera norma del lector es desconfiar de lo que dice el narrador.”. Creemos que esto es válido para todo tipo de narración, también en el mundo jurídico. (pág. 10; 25 de enero de 2013; <http://www.lanacion.com.ar/1548432-javier-cercas-lo-primeros-que-debes-hacer-es-desconfiar-del-narrador>).

¹⁹⁹ Suele pensarse más en lo material-personal.

Se puede v. verosimilitud f. Apariencia de verdadero o con posibilidad de ser creído: WordReference, <http://www.wordreference.com/definicion/verosimilitud>, 4-2-2013.

²⁰⁰ Además de lo ya citado, es posible v. por ej. GÉNY, “Science et technique en droit privé positif”, cit., págs. 258 y ss.; BERGEL, Jean-Louis, “Méthodologie juridique”, París, Presses Universitaires de France, 2001, págs. 73 y ss.; TERRÉ, François, “Introduction générale au droit”, 7^a. ed., París, Dalloz, 2006, págs. 387, 471 y ss. y 535 y ss.; también v. gr. SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna, “Les fictions en droit privé”, en “Archives de Philosophie du Droit”, 20, págs. 273 y ss.

presunciones iuris et de iure, pero también significan decisiones y repartos acerca de la verdad las presunciones iuris tantum. La conjetura iusprivatista internacional sobre el Derecho declarado aplicable es una expresión decisoria y repartidora de la verdad en el espacio. También se advierte, por ejemplo, la decisión y el reparto de la verdad en la temporalidad de la prescripción, de los plazos procesales y la preclusión. Las teorías de los actos propios y de la apariencia son muestras de construcciones decisorias y repartidoras de la verdad en cuanto a lo material-personal²⁰¹. Incluso el onus probandi tiene en parte vinculación decisoria y repartidora con el acceso a la verdad.

Incluir, excluir y sustituir despliegues de verdad es relevante al decidir y repartir. En el horizonte lógico de las decisiones relacionadas con la verdad es importante la denominada *lógica de la preferencia*²⁰².

c) *Dimensión dikelógica*

a') *La justicia como valor*

30. La propuesta de construcción del objeto jurídico del integrativismo tridimensionalista trialista presenta para las distribuciones, las decisiones, los repartos y las normas²⁰³ una dimensión dikelógica referida a un *campo axiológico* complejo culminante en la *justicia*. También son partes de ese complejo de valores la utilidad, el amor, la salud, la verdad, la belleza, etc. En relación con la utilidad se plantean las necesidades de contar con

²⁰¹ La “purificación” kelseniana es una fuerte expresión de la decisión en la construcción de la verdad.

²⁰² V. por ej. Stanford Encyclopedia of Philosophy, Preferences, <http://plato.stanford.edu/entries/preferences/>, 18-1-2013. Sobre todo cabe recordar la obra al respecto ya citada de von Wright. Es posible c. por ej. BIENVENU, Meghyn y otros, “From Preference Logics to Preference Languages, and Back”, <http://www.lamsade.dauphine.fr/scripts/FILES/publi1675.pdf>, 18-1-2013.

En el horizonte lingüístico las decisiones pueden adoptarse en relación con diferentes lugares *gramaticales*, por ejemplo desde distintos pronombres personales: con la afirmación del yo, como sucedió en ciertas monarquías absolutas, con la constitución del nosotros más amplio posible, en relación con vosotros, con el enfrentamiento de nosotros y ellos, etc.

²⁰³ Si bien lo más significativo es que los repartos sean valiosos y en nuestro presente trabajo vale atender al valor de las decisiones, consideramos que puede interesar indicar la necesidad de justicia de las normas.

metodologías apropiadas, de lograr eficiencia y eficacia y de aprovechar posibilidades de medición. Un tema relevante es, asimismo, decidir y repartir la referencia o no al valor *humanidad*, entendido como el deber ser cabal de los seres humanos, más allá de cualquier otro valor.

Enfoques relevantes son las relaciones entre valores que son *medios* de otros que son *fines* y entre valores *relativos* y valores *absolutos*. Los valores de las dimensiones sociológica y normológica son, en nuestra construcción, medios para la justicia; son relativos respecto de ella, que nos resulta un valor absoluto. Una manera discutible para resolver la debatida relación de medio a fin entre los valores, que ha suscitado múltiples posiciones, es la que planteó el Mahatma Gandhi cuando dijo que no hay camino para la paz, la paz es el camino²⁰⁴. Podría ser parafraseado diciendo que no hay camino para la justicia y ésta es el camino. Una relación difícil entre la justicia y la humanidad habría sido planteada por el Emperador Fernando I, del Sacro Imperio Romano Germánico, con la afirmación de que debía hacerse justicia aunque pereciera el mundo²⁰⁵. A nuestro parecer se ha de pensar siempre en los valores como *construidos*, en sus contenidos y niveles.

Según los niveles que se les atribuyan, los valores pueden guardar entre sí *relaciones* de *coadyuvancia* y de *oposición*, presentes en las decisiones, los repartos y las normas. La coadyuvancia puede producirse en sentido vertical, ascendente o descendente, por contribución, o en sentido horizontal, por integración. La oposición puede ser legítima, en sustitución, o ilegítima, por secuestro del material de un valor por otro. El secuestro puede ser ascendente, por subversión, descendente, por inversión, o en el mismo nivel, en arrogación del lugar que corresponde a un valor por otro. Las

²⁰⁴ ServiciosJFP.com, Mahatma Gandhi, pelegrino de la paz, <http://www.serviciosjfp.com/Canales/otros/000082.htm>, 1-2-2013.

²⁰⁵ Cabe c. acerca del lema de Fernando: GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., págs. 381; Wikipedia, Fernando I de Habsburgo, http://es.wikipedia.org/wiki/Fernando_I_de_Habsburgo, 1-2-2013. Sin embargo, cabe recordar que pese a ciertos desbordes represivos el Emperador fue un hombre relativamente conciliador entre católicos y protestantes (v. por ej. GOETZ, Walter, “La Contrarreforma en Alemania”, en GOETZ, Walter (dir.), “Historia Universal”, V, trad. Manuel García Morente, 6^a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1962, págs. 351 y ss.; “Diccionario Enciclopédico Hispano-American”, IX, Barcelona, Buenos Aires, etc., Montaner y Simón – Sociedad Internacional, 1912, págs. 265).

distribuciones, las decisiones, los repartos y las normas se desenvuelven en estos sentidos.

Sin que sean caracterizaciones excluyentes cabe señalar, con miras a identificar de otro modo a las distribuciones, las decisiones, los repartos y las normas, que en los momentos de *cultura* suelen ser más fuertes las referencias a la justicia, en los de *civilización* están más presentes las remisiones a la coherencia y tal vez a la utilidad y en la *decadencia* los valores están en conflictos de habitual secuestro del material que estimamos corresponder a unos por los otros²⁰⁶.

Es viable referirse a decisiones, repartos y normas de dikelogización, utilitarización, erotización (dirigidos al amor), sanitarización, “veritativización”, estetización (orientados a la belleza), humanitarización, etc. Incluir, excluir y sustituir valores es relevante al decidir y repartir. Hay decisiones, repartos y normas que resultan dikelógicamente acertados o desacertados.

b'') La forma de la justicia

31. Las decisiones, sus repartos y sus normas han de tener en consideración que, siguiendo el camino marcado por Aristóteles, es posible reconocer senderos formales en el pensamiento de la justicia denominados *clases de justicia*. Las principales clases se relacionan con los elementos de los repartos, sean aislados o relacionados.

En cuanto a los repartos aislados, es posible pensar por vías consensual o extraconsensual²⁰⁷, con o sin consideración de personas²⁰⁸, simétrica o

²⁰⁶ Se puede ampliar en nuestro artículo "Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico", en "Boletín del Centro de Investigaciones..." cit., Nº 5, págs. 9 y ss., Repositorio Der. Unicen, http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui2/bitstream/handle/123456789/58/Cultura__Civilizacion_y_Decadencia_en_el_Mundo__Ciuro_Caldan.pdf?sequence=1, 3-1-2013.

En lo material, son relevantes las combinaciones de la justicia con la utilidad en el Derecho Comercial y de la justicia con el amor en el Derecho de Familia. La utilidad tiende a ampliar el espacio en la globalización, v. gr. en el campo financiero, y a reducir el tiempo en la prescripción y la perención. En las personas, el amor suele apoyar el sentido personalizador de la familia.

²⁰⁷ Pensadas con o sin referencia al consenso; no relacionadas con un consenso real.

²⁰⁸ Sin o con atención limitada a los roles.

asimétrica²⁰⁹, monologal o polilogal²¹⁰ y commutativa o espontánea²¹¹. Con referencia a los repartos relacionados es viable referirse a la justicia por los senderos “partial” o gubernamental²¹², sectorial o integral²¹³, de aislamiento o participación, absoluta o relativa y particular o general²¹⁴. La justicia particular predomina en el Derecho Privado y la general lo hace en el Derecho Público. También es posible atender a la justicia “de partida” y “de llegada”²¹⁵, rectora y correctora y de equidad.

²⁰⁹ De fácil o difícil comparación de las potencias y las impotencias. La moneda es un simetrizador de gran importancia.

²¹⁰ De una o varias razones de justicia; a veces se dice “monocriterio” y “multicriterio”.

²¹¹ Con o sin “contraprestación”.

²¹² Proveniente de una parte o del todo.

²¹³ Dirigida a una parte o al todo.

²¹⁴ La justicia general tiende al bien común, del conjunto, diferente del bien de todos.

²¹⁵ La justicia “de partida” proyecta lo existente, la “de llegada” somete lo existente a lo que se quiere lograr (se puede *ampliar* en nuestro artículo “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.). Hay roles, como el de educador y el de progenitor, que comprometen especialmente con la justicia de llegada, conduciendo si es necesario al sacrificio de lo existente. Para que esto pueda concretarse es preciso que el educador y el progenitor estén dispuestos a crecer de manera permanente con sus alumnos e hijos. En la línea de Rousseau y Pestalozzi, es importante decidir siempre con miras al desarrollo libre del educando. Se trata de una decisión permanentemente abierta. (Es posible c. por ej. PESTALOZZI, Johann Heinrich, trad., “Cartas sobre la educación de los niños”, advertencia de Mr. J. P. Greaves sobre la traducción, http://www.antoncha.net/biblioteca_virtual/pedagogia/pestalozzi/caratula.html, 4-1-2013; SOËTARA, Michel, “Johan Heinrich Pestalozzi (1746-1827)”, en “Perspectivas: revista trimestral de educación comparada”, 24, 1-2, págs. 299 y ss., UNESCO, http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/archive/publications/ThinkersPdf/pestalozzis.PDF, 5-1-2013, DEWEY, “La reconstrucción de la Filosofía”, trad. Amando Lázaro Ros, 3^a. ed. en BIF, Bs. As., Aguilar, 1964, esp. págs. 225 y ss.; <http://www.seg.guanajuato.gob.mx/proeduca/documents/compromiso.pdf>, 4-1-2013; también v. gr. Docentes Innovadores, <https://docentesinnovadores.net/?gclid=COqwrIuQ0bQCFQSqnQodGCgAJw>, 5-1-2013; CALDANI de CIURO, Lucía, “Tengo un hijo” incluido en el libro “Vivencias” que le dedicamos en 1974). La escuela debe ser un lugar especialmente abierto al futuro de los educandos. Búsquedas de la superación de las nociones de partida y llegada, que no excluyen la importancia de su diferenciación, son las nociones de cambio y de potencia y acto (c. por ej. HERACLITO, “Fragmentos”, trad. Luis Farré, 3^a. ed. en BIF, Bs. As., Aguilar, 1968; ARISTOTELES, “Metafísica”, Libro IX, 1046 y ss., en “Obras”, cits., págs. 1012 y ss.). La justicia de llegada adquiere especial relevancia en tiempos como el actual, de una nueva era.

La consensualización, la no consideración de personas, la simetría, la monologalidad, la commutatividad, la partialidad, la sectorialidad, el aislamiento, la relatividad y la particularidad son, en principio, más fáciles que sus parejas. Sobre todo lo es la simetría, apoyada a menudo en la intermediación de la moneda. Con la simetría avanza el valor de cambio sobre el valor de uso²¹⁶. En especial cabe destacar que la simplificación de la monologalidad es mucho más fácil que la polilogalidad.

Hay decisiones, repartos y normas más orientados a unas u otras clases de justicia. Pueden decidirse, por ejemplo, la consensualización o la extraconsensualización; la consideración o la no consideración de personas; la simetrización o la asimetrización; la monologalización o la polilogalización y la commutativización o la espontaneización. Asimismo es posible decidir la partialización o la gubernamentalización; la sectorialización o la integralización; la referencia al aislamiento o la participación; la absolutización o la relativización y la particularización o la generalización. En este caso, se decide en principio la mayor privatización o publicización²¹⁷. Asimismo cabe decidir la conservación de la partida y la innovación hacia la llegada, la rectificación y la corrección y la equitarización.

Los cambios de las clases de justicia son *replanteos* dikelógicos. Incluir, excluir y sustituir clases de justicia es importante al decidir y repartir.

32. Como valor, la justicia de la decisión tiene tres *despliegues*: *vale* (posee valencia), *valora* (genera valoración) y *orienta* (genera orientación). Decir que vale, significa que posee un deber ser puro. Referirse a la valoración indica que al tomar relación con su material estimativo produce deber

²¹⁶ Hay materias más referidas a la justicia consensual, sin consideración de personas, simétrica, dialogal, commutativa, parcial, sectorial, de aislamiento, relativa y particular, como el Derecho de los Contratos y el Derecho Comercial de cierto modo “general” y otras tradicionalmente más orientadas a la justicia extraconsensual, con consideración de personas, asimétrica, polilogal, espontánea, gubernamental, a veces integral, de participación, absoluta y de cierto modo general, como el Derecho de Familia. El Derecho Comercial se ha orientado más a expandirse en el espacio y a fracturar el tiempo. La familia tenía dificultades de proyección espaciales y pretendía la perdurabilidad. En lo personal, pese a la particularidad de los sujetos comerciantes, quizás el Derecho Comercial era más abstracto que la familia.

²¹⁷ Es posible v. por ej. Centro para el análisis de las decisiones públicas, Universidad Francisco Marroquín, <http://www.cadep.ufm.edu/blog/?tag=literatura-sobre-decisiones-publicas>, 19-12-2012.

ser aplicado. La orientación se desenvuelve mediante criterios generales orientadores que simplifican las valoraciones.

Al menos en el mundo jurídico, la justicia es una categoría “*pantónoma*”: su material estimativo es la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Es muy difícil conocer el pasado y el presente, que han sido o son ya reales, y mucho más lo es conocer el porvenir, que ha de realizarse. La desubicación en el tiempo puede consistir, por ejemplo, en *procrastinación*²¹⁸ o *atropellamiento*.

El *funcionamiento* de los valores requiere su reconocimiento o *establecimiento*, en caso de reconocimiento con su asunción, su *aplicación* y su *realización*. El funcionamiento necesita adopción de decisiones completadas en repartos y captadas en normas. En el funcionamiento de los valores es importante apreciar la oportunidad. Uno de los desvíos posibles es el *oportunismo*. La “objetividad” (exterioridad) de la referencia al material estimativo de la justicia en el Derecho no excluye la consideración de la subjetividad de virtudes y vicios, que son de manera principal tema de la Moral²¹⁹.

El material estimativo de la justicia en el Derecho abarca especificaciones complejas en lo material, espacial, temporal y personal. La materialidad se refiere, por ejemplo, a los grados de abstracción con que se consideran los casos. El complejo espacial y el complejo temporal son el espacio y el tiempo que se consideran más integrantes de los mismos. El complejo referido a las personas, puede ser activo y pasivo, remitiéndose en este caso a las consecuencias.

²¹⁸ procrastinar. (Del lat. *procrastinare*). 1. tr. Diferir, aplazar. (REAL ACADEMIA, op. cit., procrastinar, <http://lema.rae.es/drae/?val=procrastinar>, 25-1-2013. Suele hacerse referencia al libro “The Procrastinator’s Handbook” de Rita Emmett, http://www.ritaemmett.com/book_procrastinators_handbook.htm, 25-1-2013).

²¹⁹ Pese a la diferenciación de sus materiales estimativos básicos, Moral y Derecho se influyen recíprocamente.

Cabe c. MORESO, José Juan, “Dilemas morales, derecho y la decisión de Sophie”, en “Discusiones”, 8, Bahía Blanca, 2008, Presentación; http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-73262008000100002&lng=es&nrm=iso, 19-12-2012. En cuanto al placer de la creatividad, es posible c. por ej. CSIKSZENTMIHALYI, Mihaly, “Estado de Flujo, Felicidad y Creatividad”, Pensamiento Imaginativo, <http://manuelgross.bligoo.com/content/view/450077/El-estado-de-flujo-genera-Felicidad-y-Creatividad.html>, 24-1-2013.

Como no podemos abarcar la totalidad del material estimativo de la justicia lo fraccionamos, produciendo con las decisiones al respecto *seguridad jurídica*. Aunque no sean los únicos, pueden tomarse en cuenta, ahora en sentido dikelógico, los cortes referidos en las categorías sociológicas. Por ejemplo: hay fraccionamientos de la justicia en los aseguramientos del campo procesal.

Los *alcances* que se decida adjudicar a los casos tienen gran relevancia para la justicia de las decisiones, los repartos y las normas. La magnitud que se asigne a los problemas posee importancia en las soluciones que resulten valiosas. Una decisión, un reparto y una norma pueden resultar valiosos en un régimen y un ordenamiento injustos y a la inversa pueden resultar disvaliosos en un régimen y un ordenamiento justos. No serán los mismos los resultados de referirse aisladamente a la propiedad de un propietario que los de considerar el sistema en su conjunto. Puede ser que se valore que la propiedad del propietario es justa, pero se estime que el sistema en determinados grados de realización no lo sea. Según el significado de la palabra, toda decisión divide, en algún sentido fracciona, pero a su vez puede extender el material estimativo, es decir, puede fraccionar o desfraccionar. Simultáneamente se fracciona y desfracciona en sentidos diversos.

Además de las decisiones y los repartos *justos*, que son siempre fraccionados, vale atender a las decisiones y los repartos *justificados* que, más recortados aún, son los más justos al alcance de quienes no pueden realizar los repartos justos. En correspondencia, es posible referirse a normas justas y justificadas.

Los criterios generales de justicia facilitan la tarea de las valoraciones, pero pueden desorientarlas por no ser apropiados para los casos a considerar o ser lisa y llanamente inaceptables. Aunque los criterios generales y los principios no se identifican²²⁰, cabe señalar que tienen afinidades frecuentemente debatidas. Las decisiones pueden ser de “criterización” o “principialización”, “descriterización” o “desprincipialización”. Los criterios, las valoraciones y las propias valencias pueden entrar en *crisis*, situaciones que tienen influencia en las decisiones.

En relación con lo que ya expusimos, la justicia como valor ha de *funcionar* a través del establecimiento del un punto (*principio*) de partida, su aplicación y su realización. Una vez *adoptados* puntos de partida de justicia,

²²⁰ Suele afirmarse que los criterios son más concretos que los principios.

es posible *desarrollarlos* razonadamente²²¹. Sin embargo, en la realidad social la adopción de dichos puntos de partida e incluso su desarrollo racional pueden tener apoyos emotivos.

Ese funcionamiento ocurre también en la referencia valorativa que se hace en las decisiones, los repartos y las normas. De cierto modo, es un trayecto funcional, constituido por un complejo de decisiones, repartos y normatividades. Los decisores y repartidores no siempre conducen y normativizan lisa y llanamente según lo que consideran razonablemente justo y adecuan sus repartos y sus normas a fraccionamientos que los satisfacen en una confluencia racional y emotiva²²².

Incluir, excluir y sustituir en la presencia de los despliegues de justicia es importante al decidir y repartir.

c'') El contenido de la justicia

a''') El principio supremo de justicia

33. A nuestro parecer, para referirse a los *contenidos* de justicia de las decisiones, los repartos y las normatividades hay que tomar un *punto de partida* que, a diferencia de Werner Goldschmidt, no sostengamos como objetivo ni natural. No nos parece conveniente entrar al debate acerca de estos caracteres. Creemos que vale tener ese punto como una construcción, aunque en base a ésta pueden desenvolverse razonamientos de rigor científico.

Proponemos adoptar el contenido del principio supremo que el fundador del trialismo consideró objetivo y natural refiriéndonos, en sentido de *construcción básica*, a la adjudicación a cada individuo de la esfera de libertad necesaria para *desarrollarse plenamente*, es decir, para convertirse en *persona*.

Los hombres construimos nuestros perfiles y solemos quedar prisioneros de ellos, por ejemplo, como súbditos del Estado, fieles de la Iglesia,

²²¹ Sin desconocer, a nuestro parecer, que la racionalidad es sólo un aporte para llegar a un acuerdo “científico”, pero no una prueba definitiva de científicidad.

²²² Hay materias especialmente caracterizadas por fraccionamientos, como el Derecho Penal, que se recorta en la materia, el espacio, el tiempo y las personas a través de la tipificación, y otras que se abren más en la materia y las personas, como el Derecho de Familia. El Derecho Comercial cambiario suele ser una muestra de fraccionamientos en la materia, el tiempo y las personas.

consumidores, etc. Siempre vale superar los recortes para llegar a ser plenamente “persona”. La referencia a la esfera de libertad esclarece tal superación.

La esfera de libertad del principio supremo de justicia se comprende mejor si se reconocen los despliegues decisores, repartidores y normativizadores en la materia, el espacio, el tiempo y las personas²²³. Incluir, excluir y sustituir despliegues del principio supremo de justicia tiene sobresaliente importancia al decidir, repartir y normativizar.

b''') La justicia de las decisiones, los repartos y las normas aislados

34. En cuanto a la legitimidad de las decisiones y los repartos y las normas *aislados*²²⁴ hay que considerar desde el punto de vista de la justicia a los repartidores, los recipientes, los objetos, las formas y las razones. Ahora la referencia central no es cómo son las decisiones, los repartos y las normas sino cómo *deben ser*.

Según el principio supremo de justicia adoptado, la justicia de los *decisores*, es decir *repartidores* y consecuentemente *normativizadores*, surge en principio del acuerdo de todos los interesados, de la *autonomía*. De maneras limitadas, existen la justicia de la paraautonomía (acuerdo de todos los interesados respecto de quiénes han de repartir, v. gr. en el arbitraje), la infraautonomía (acuerdo de la mayoría, como ocurre en la democracia) y la criptoautonomía (acuerdo que brindarían los interesados en caso de conocer el reparto y la norma, v. gr., como muchas veces sucede en la gestión de negocios ajenos sin mandato).

También, con cierta relación hipotética con los objetos de las decisiones, existe la legitimidad *aristocrática*, emergente de la superioridad moral, científica o técnica. En el terreno específico de las decisiones, los

²²³ Cabe referir enfoques jurídicos particularmente afines a tales requerimientos. El Derecho Penal, el Derecho Civil y el Derecho Comercial son más materiales, el Derecho Internacional es más espacial, el Derecho Intertemporal se remite más a lo temporal y el Derecho Interpersonal se relaciona más con las proyecciones de libertad en cuanto a las personas.

Es relevante apreciar al fin la proyección cósmica de la justicia (se puede ampliar, por ej., en nuestras “Perspectivas Jurídicas” cits., págs. 261 y ss.).

²²⁴ Para un panorama más *amplio*, que incluya la justicia de las normatividades, se puede v. por ej. nuestro libro “La conjectura ...” cit.

aristócratas son llamados a veces analistas²²⁵ y consultores²²⁶. Hay en estos ámbitos conceptos no siempre claramente diferenciados. En principio, los analistas se dedican más al estudio y los consultores a la profesión. Se debaten los caracteres más dedicados a los casos (artesanales) o más referidos a generalidades (industriales), en pequeña o gran escala, etc.²²⁷ Artesanos e industriales de las decisiones han de tener legitimidades diversificadas.

La legitimidad de los decisores, repartidores y normativizadores requiere tratar su *responsabilidad* por sus propias decisiones, sus propios repartos y sus propias normativizaciones y, en su caso, por las decisiones y el régimen injustos en general²²⁸. Estimamos que el principio supremo de justicia exige, de modos muy destacables, decidir y repartir teniendo en consideración las responsabilidades de la posible extinción atómica de nuestra especie, de su frágil presencia en el Universo y de la posibilidad de cambio de sus características genéticas.

Es posible la variación decisoria hacia la autonomización, la paraautonomización, la infraautonomización, la criptoautonomización, la aristocratización y la responsabilización o “irresponsabilización”.

La legitimidad de los *recipiendarios* se produce por sus conductas o sus necesidades. En el primer caso se trata de *méritos*; en el segundo de *merecimientos*. En relación con éstos se hace referencia al derecho de necesidad. Quizás quepa atender en otros sentidos a la calificación y la equiparación. Cabe considerar la decisión hacia la meritualización y la merecimentalización; tal vez hacia la *calificación* y la *equiparación*.

En ciertos sentidos, puede hacerse referencia también a la mayor o menor *dignidad* o *indignidad* de los recipiendarios según sus méritos y sus merecimientos, su calificación o su equiparación. En tales aspectos se puede hacer referencia a las decisiones de dignificación o indignificación respectivas.

²²⁵ Es posible v. por ej. MIAN, M. A., “Project Economics and Decision Analysis”, Tulsa, Oklahoma, PennWell, 2002.

²²⁶ Se puede v. por ej. VAZQUEZ, Diego C., “Consultar o no consultar ...¿esa es la cuestión?”, Estratega, <http://estratega.org/site/consultar-o-no-consultar-%C2%BFesa-es-la-cuestion/>, 24-1-2013.

²²⁷ TODT, Oliver, “La gobernanza tecnocientífica en la Unión Europea”, <http://oeibolivia.org/files/Volumen%203%20-%20N%C3%BAmero%207/art01.pdf>, 26-1-2013.

²²⁸ Cabe c. por ej. DRUCKER, Peter F., “What makes an effective executive”, en “Harvard Business Review”, 82, 6, págs. 58-63, puede c. un resumen en Harvard Business School, Peter Drucker on Making Decisions, <http://hbswk.hbs.edu/archive/4208.html>, 18-1-2013.

La decisión, el reparto y la norma han de atender a los *objetos* justos de reparto, que son denominados *repartidores*²²⁹. Entre los principales se encuentran la *vida* y la *propiedad*. Respecto de la vida se plantean cuestiones acerca del darla y el quitarla. En cuanto al dar vida, hay múltiples interrogantes respecto de la eugenésia, la reproducción asistida, la cesión de vientres y de esperma, la genética humana, etc. Acerca del quitar la vida, se ha de atender a las perspectivas de quitar la vida propia y la ajena. Son posibles, por ejemplo, las decisiones de vitalización y propietarización de la legitimidad de los y repartos y las normas. En este aspecto de los objetos repartidores interesan los *bienes jurídicos* y, en nuestro tiempo, hay especial conciencia de que el mayor es la vida humana. Atendiendo al principio supremo de justicia, son repartidores los objetos que brinden desarrollos en la materia, el espacio, el tiempo y las personas. La complejidad de la legitimidad de los despliegues de las decisiones, los repartos y las normas en cuanto a los decisores repartidores, los recipientes y los objetos es particularmente difícil de decidir.

La legitimidad de la decisión, el reparto y la norma en cuanto a la *forma* se obtiene a través de la *audiencia*²³⁰. La escuela crítica suele condicionar especialmente la legitimidad de las decisiones, los repartos y las normas a la que tengan las discusiones que conducen a ellos. La legitimidad de las *razones* se refiere a la *fundamentación*. Se puede tomar decisiones y producir repartos y normas legitimados por formalización y fundamentación

La justicia de las decisiones, los repartos y las normas se remite de maneras combinables y dinámicas a todas estas perspectivas: la subjetivización activa y pasiva, la objetivización, la formalización y la fundamentalización de la legitimidad dikelógica²³¹. Incluir, excluir y sustituir títulos de

²²⁹ Repartible es lo que se puede repartir, repartidero lo que se debe repartir.

²³⁰ Cabe traer a relación por ej. RAWLS, John, “Outline of a decision procedure for ethics”, en “Philosophical Review”, 60 (2), págs. 177 y ss., <http://philpapers.org/rec/RAWOOA>, 9-2-2013.

²³¹ La legitimidad de las decisiones y los repartos depende de la justicia de los elementos y las especificidades de materia, espacio, tiempo y personas. Por ejemplo, según las denominaciones hay veces en que los núcleos de las decisiones y los repartos en lo material tienen más legitimidad por los objetos: reales, familias, penal, etc. No obstante, en contratos, es particularmente relevante la legitimación por los repartidores, limitada de modo excepcional por la atención al objeto, v. gr., en la lesión objetiva. Hay materias donde la forma procesal es muy significativa, sobre todo en cuanto a la pena en el espacio liberal. Existen casos en los que la legitimidad espacial de las decisiones y los

legitimidad es muy relevante al decidir, repartir y normativizar. Así ocurre, por ejemplo, en la democratización o aristocratización respectivas.

c''') La justicia de las decisiones, los repartos y las normas en el régimen

35. Para ser justos en cuanto a decisiones, repartos y normas el *régimen* y consecuentemente el ordenamiento han de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, es decir, deben ser *humanistas* y no totalitarios. El humanismo ha de ser preferentemente *abstencionista*, pero por excepción también puede *intervenir*, caso en el cual se lo denomina *paternalista*. El totalitarismo en sentido amplio abarca el totalitarismo en sentido estricto, cuando el individuo es sometido al conjunto social, y el individualismo, caso en el que el individuo es mediatizado por otros individuos. Son posibles las decisiones, los repartos y las normativizaciones de humanitarización y totalitarización de los regímenes.

El humanismo requiere que el individuo sea respetado en su *unicidad*, su *igualdad* con los demás y su pertenencia a la *comunidad*. La unicidad suele requerir liberalismo político, la igualdad necesita democracia y la pertenencia a la comunidad necesita “*res publica*”. Es posible que las decisiones, los repartos y las normas del régimen y el ordenamiento sean de unicización, igualitarización y comunitarización de la justicia.

Las decisiones, los repartos y las normas han de considerar que para la realización del régimen justo el individuo ha de ser *protigido* contra todas las amenazas: de los demás individuos como tales, del régimen, de sí mismo

repartos se apoya mucho en los decisores (repartidores), según ocurre en la imitación de la sentencia que dictaría el juez extranjero en el Derecho Internacional Privado (teoría del uso jurídico), o sea en la justicia del carácter de los repartidores para respetar a los elementos extranjeros, pero excepcionalmente, en el orden público, interviene la legitimidad del objeto.

En el ámbito contractual hay importante tensión entre la legitimidad de los decisores autónomos e infraautónomos (contratos, como tales autónomos, y leyes democráticas). En relación con el tiempo, hay épocas de mayor creencia en la Metafísica y en la Ontología, cuyas decisiones y sus repartos suelen tener núcleos de legitimidad en los objetos e incluso en los recipientes de los repartos, en tanto en la actual referencia débil y superficial de la posmodernidad son más atendidos los decisores y en general repartidores, las formas y las alegaciones de los decisores.

y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). El amparo respecto del régimen requiere la protección del individuo a través de su fortalecimiento con los derechos humanos y sus garantías y mediante el debilitamiento del régimen, con el empleo de divisiones materiales, espaciales, temporales y personales (autonomías, autarquías, etc.; fortalecimiento de David, debilitamiento de Goliat)²³². También incluye el resguardo de las minorías²³³. Siguiendo ideas de Hannah Arendt podría decirse que cada individuo debería tener el derecho de elegir la tradición, diríamos incluso el puesto vital, en que se encontrara mejor, la brillante pensadora diría en la que se encuentra más cómodo²³⁴.

Son posibles tendencias decisorias y repartidoras a la protección mayor o menor en todos esos sentidos. Incluir, excluir y sustituir frentes de protección es muy relevante al decidir y repartir. Así ocurre, por ejemplo, si se incrementan el resguardo contra el régimen o lo demás. Hay decisiones, repartos y normas que forman *subórdenes* dikelógicos²³⁵. Comprender el

²³² En realidad, como hemos venido exponiendo, todo el Derecho puede pensarse desde esas cuatro perspectivas.

²³³ Entendidas como grupos especialmente débiles, sea cual fuera el número de sus componentes.

²³⁴ Se puede v. “Arendt a Jaspers”, pág. 127, Wikipedia, Hannah Arendt, http://es.wikipedia.org/wiki/Hannah_Arendt, 9-2-2013; Hannah Arendt/Karl Jaspers correspondence, 1926-1969, http://bks1.books.google.com.ar/books?id=UkgoAQAAQAAJ&printsec=frontcover&img=1&zoom=1&imgtk=AFLRE71T346tzXDUSi5F93Ak_cJPwJBKf39usj_jJ8BKet-G2xPjbbN3phbEtCkYrb7U_4JXsRZh4qbsgAWYyo-O5f-CP9-HBhiuPwD_jHeBXg0DrI84YNh8V19R8wsahYET_-709UC8, 9-2-2013).

²³⁵ Hay maneras de decidir en la materia, el espacio, el tiempo y las personas. Una rama jurídica es una manera de decidir en la materia. Las decisiones al respecto pueden ser por ejemplo de constitucionalización, administrativización, penalización, civilización, comercialización, procesualización, internacionalización, etc. Atendiendo a las nuevas ramas jurídicas, cabe referirse a decisiones de sanitarización –más dirección al Derecho de la Salud-, educacionalización –mayor orientación al Derecho de la Educación-, científicización jurídicas –más proyección al Derecho de la Ciencia-, etc.

Existen materias en las que la legitimidad de los repartos proviene especialmente del humanismo abstencionista y la protección contra los demás y el régimen, según ocurre con el espacio contractual, y en otras del resguardo respecto de los demás y frente al régimen, como en los campos penal y tributario liberales. En la legitimidad de los repartos en lo espacial del Derecho Internacional Privado suelen ser muy relevantes el abstencionismo y el resguardo contra el régimen y sólo excepcionalmente se interviene en el rechazo del fraude a la ley y en el orden público. En la justicia de las decisiones en el tiempo hay legitimidades muy relacionadas con el abstencionismo y el amparo frente

puesto dikelógico de una decisión, su reparto y su norma es importante para hacer lo debido.

2) *El mundo jurídico en especial*

36. La decisión, el reparto y la norma deben considerar que, como hemos señalado en atención a los planteos trialistas básicos, hay *diversidades jurídicas en la materia, el espacio, el tiempo y las personas*²³⁶. Las *especificidades* forman complejos interrelacionados y las decisiones, los repartos y las normas han de ubicarse con conciencia en ellos. En nuestro caso, nos importa referirnos de modo particular a la diversidad material en áreas signadas por particularidades que constituyen “*ramas*” más o menos tradicionales o modernas²³⁷.

Entre las ramas más *tradicionales* se encuentran el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Comercial, el Derecho Internacional, el Derecho Administrativo, el Derecho del Trabajo, etc. Entre las más *actuales*, cuya existencia suele ser reforzada por nuevos requerimientos de derechos humanos, se hallan el Derecho de la Salud, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho Ambiental, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Seguridad Social, etc.²³⁸

al régimen, según ocurre en el campo penal liberal, en otros espacios la intervención tiene una legitimación mayor, v. gr., en cuanto al interés superior del niño. Precisamente esta legitimación muestra una posibilidad justa de más intervención en cuanto a las personas.

²³⁶ Los despliegues materiales son tratados por la Teoría General del Derecho (en su enfoque abarcador) y el Derecho Intermaterial, los espaciales son abordados por el Derecho Comparado, el Derecho Universal y el Derecho Internacional, los temporales son considerados por la Historia y la Prospectiva del Derecho y el Derecho Transitorio y los personales son referidos por el Derecho Personal y el Derecho Interpersonal. Al fin, sin embargo, más allá de la complejidad impura y de las simplicidades puras de las especificidades, en la *complejidad pura* el Derecho es *uno*.

Se pueden decidir la materialización, la espacialización, la temporalización y la personalización, pero siempre importa al fin la humanización jurídica.

²³⁷ Es posible *ampliar* en nuestro trabajo " Nuevas reflexiones sobre la complejidad de las autonomías jurídicas", en BENTOLILA, Juan José (coord.), "Introducción al Derecho", Bs. As., La Ley, 2009, págs. 151 y ss.

²³⁸ Se puede *ampliar* en nuestro artículo “Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo”, en “La Ley”, 2011-A, págs. 841 y ss.

Las decisiones, los repartos y las normas “viven” en el plexo de las ramas jurídicas, que no han de escindirse ni mezclarse. Incluir, excluir y sustituir referencias a las ramas jurídicas es muy significativo al decidir, repartir y normativizar. Así ocurre, por ejemplo, cuando se comercializa o laboraliza una solución.

III. La decisión, el reparto y la norma en el horizonte político

37. La decisión, el reparto y la norma han de tomar en cuenta que el integrativismo tridimensionalista del mundo jurídico trialista puede *integrarse tridimensionalmente en el mundo político*, construido con los *actos de coexistencia* captados por *normas* y valorados por los *valores de convivencia*²³⁹. Desde una perspectiva más dinámica, cabe considerar la actividad vinculada al aprovechamiento de las *oportunidades* de realizar actos de coexistencia captada por normas y valorada por un complejo de valores que culmina en la convivencia²⁴⁰.

Los actos de coexistencia pueden ser de *oposición*, o sea de “re-parto”, o de *agregación*, donde se “com-parte”. La convivencia culmina en la justicia, que es el más alto de los valores de oposición y significa *supervivencia*, y en el amor, que es el más elevado de los valores de agregación y significa *intervivencia*. Construimos el contenido del amor diciendo que es la convivencia en que uno se realiza, humanamente porque el otro lo hace²⁴¹. Toda decisión, su reparto y su norma han de ser entendidos en términos de oposición pero también de agregación, de supervivencia y justicia pero también de intervivencia y amor. Estimamos que, quizás sobre todo en la vida privada, deben hacer un fuerte despliegue primario de integración de la justicia con el amor. La regla básica ha de ser la *confianza*. No obstante, en la vida partidista suele imperar con cierta necesidad la precedencia de la *sospecha*²⁴².

²³⁹ Consideramos convivencia a la coexistencia valiosa.

²⁴⁰ Se puede *ampliar* básicamente en nuestro libro “Derecho y política” cit.

²⁴¹ En cuanto a la Erología y el estudio del amor, es posible *ampliar* en nuestro libro “Derecho y política” cit. La construcción de la palabra “Erología” sigue, con relación al amor y la divinidad Eros, un camino análogo al de Dikelogía con referencia a la justicia y la divinidad Diké (a veces Eros compartía su papel con Afrodita).

²⁴² En relación con la sospecha, cabe citar a Marx, Nietzsche, Freud y la caracterización de Ricoeur (v. por ej. RICOEUR, Paul, “De l’interprétation. Essai sur Sigmund Freud”, París, Seuil, 1965, se puede v. trad. Armando Suárez y otros, Proyecto Baktun,

El mundo político se diferencia, tridimensionalmente, en la *materia*, el *especio*, el *tiempo* y las *personas*. En cuanto a la materia, se constituyen “*ramas*” según ámbitos referidos a valores específicos o su conjunto. Así se presentan la política jurídica (o Derecho, valor justicia), la política erótica (amor), la política sanitaria (salud), la política económica (utilidad), la política científica (verdad), la política artística (belleza), la política religiosa (santidad), la política educacional (expansión de los valores), la política de seguridad (limitación de los valores), la política cultural (referida al complejo de los valores), etc.

Incluir, excluir y sustituir despliegues políticos puede ser muy relevante al decidir, repartir y normativizar. Así ocurre, por ejemplo, cuando se “economiza” o no una decisión, su reparto y su norma. Comprender el *lugar* político de una decisión, un reparto y una norma es importante para hacer lo querido y lo debido.

IV. Conclusión

38. El integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico está en las mejores condiciones para contribuir a la teoría de la decisión en el Derecho y por esta senda a la teoría de la decisión en general.

La teoría jurídica de la decisión puede aprovechar las posibilidades de inclusión, exclusión y sustitución de despliegues en los diversos enfoques integrativistas tridimensionalistas trialistas y ha de resolver para ello, al menos, las siguientes cuestiones:

a) En el panorama del *Derecho en general*, cuál ha de ser el *modelo jurídico* a adoptar;

b) En las *dimensiones jurídicas*:

a’) cuáles son las distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar:

<http://es.scribd.com/doc/19014291/Ricoeur-Paul-Freud-Una-interpretacion-de-la-cultura-1965, 29-1-2013>). En cuanto al enfrentamiento, cabe referir la idea de amigo y enemigo de Schmitt (es posible c. por ej. SCHMITT, Carl, “El concepto de lo político”, trad. Dénés Martos, http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/CarlSchmitt/CarlSchmitt_ElConceptoDeLoPolitico.htm, 291-2013).

- b') si se ha de decidir y repartir;
- c') quiénes han de decidir y repartir, quiénes han de recibir, qué se ha de repartir, por qué vías previas se ha de llegar a la decisión y al reparto y cuáles serán las razones respectivas;
- d') si la decisión y el reparto han de ser autoritarios o autónomos;
- e') cómo se relacionarán las decisiones y los repartos, de modo destacado si han de utilizarse para la constitución del orden el plan de gobierno y la ejemplaridad;
- f') de qué manera se tendrán en cuenta los límites de la conducción decisoria y repartidora;
- g') cómo se construirán las categorías básicas de la realidad social;
- h') cómo se atenderá a las necesidades de fidelidad y exactitud de las normas;
- i') cómo se construirán las normas;
- j') qué fuentes formales han de emplearse;
- k') qué papel tendrá la doctrina;
- l') cómo han de funcionar las normas;
- ll') qué conceptos se emplearán;
- m') cómo se constituirá el ordenamiento normativo;
- n') cómo intervendrá la verdad,
- ñ') qué valores se tendrán en cuenta;
- o') cuáles serán los caminos para pensar la justicia;
- p') cómo se producirán los fraccionamientos y desfraccionamientos de la justicia;
- q') qué intervención tendrán los criterios generales orientadores de la justicia;
- r') cuál será el principio básico para referirse a la justicia;
- s') quiénes deben decidir y repartir, quiénes deben recibir, qué se debe repartir, por qué vías previas se debe llegar a la decisión y al reparto, cómo se deben fundamentar la decisión y el reparto;
- t') en qué medida el régimen será humanista;
- u') en qué medida se practicarán el abstencionismo y el intervencionismo;
- v') por qué medios se protegerá al individuo;
- c) En las *especificidades*:
- a') lo material (“ramas”);

- b') lo espacial;
- c') lo temporal;
- d') lo personal.

d) En el *horizonte político*:

- a') El *modelo político* en general;
- b') Las *dimensiones políticas*:
 - a'') la coexistencia;
 - b'') las normas;
 - c'') la convivencia;
- c') Las *especificidades*:
 - a'') lo material (“ramas”);
 - b'') lo espacial;
 - c'') lo temporal;
 - d'') lo personal.

APÉNDICE

Acerca de la *decisión en general*, puede v. por ej. V. JEFFREY, Richard, “decision theory”, en AUDI, Robert (ed.), “The Cambridge Dictionary of Philosophy”, 2a. reimpr., Cambridge University Press, 1997, págs. 179 y ss.; NELSON, Alan, “Social choice theory”, en “The Cambridge Dictionary ...” cit., pág. 745; CHERNOFF, Herman, “Decisión, teoría de la”, en SILLS, David. L. (dir.), “Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales”, 3, Madrid, Aguilar, 1^a. ed., 2^a. reimpr., 1979, págs 426 y ss.; AS. VS., “Decisiones, proceso de adopción de”, aspectos psicológicos, económicos y políticos, en SILLS, David L. (dir.), “Enciclopedia Internacional ...” cit., págs. 402 y ss. ; BERNOULLI, Jakob, “Ars conjectandi, opus posthumum. Accedit Tractatus de seriebus infinitis, et epistola Gallice scripta de ludo pilae reticularis”, Basel, Thurneysen Brothers, 1713; SCHAFER, Glenn. “The Significance of Jacob Bernoulli’s Ars Conjectandi for the Philosophy of Probability Today”, Rutgers University, <http://www.ime.unicamp.br/~veronica/ME705/paper1.pdf>, 8-12-2012, “...the message of Ars Conjectandi was not fully absorbed at the time of its publication, and it has been obscured by various intellectual fashions during the past 300 years.”, pág. 1; RESNIK, Michael D., “Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión”, traducción de Stella Villarmea y Blanca Rodríguez, Barcelona, Gedisa, 1998; JAY, Martin, “Cantos de experiencia: variaciones modernas sobre un tema universal”, trad. Gabriela Ventureira, Bs. As., Paidós, 2009, págs. 66 y ss.; HANSSON, Sven Ove, “Decision Theory. A Brief Introduction”, Estocolmo, Department of Philosophy and the History of Technology Royal Institute of Technology (KTH), 2005, <http://home.abe.kth.se/~soh/decisiontheory.pdf> , 5-12-2012; BUCHANAN, Leigh – O’CONNELL, Andrew, “A Brief History of Decision Making”, en “Harvard Business Review”, January 2006, <http://hbr.org/2006/01/a-brief-history-of-decision-making/ar/1>, 17-12-2012; CÉSPEDES, Esteban, “La teoría de la decisión de David Lewis y la paradoja de Newcomb”, en “Límite”, 4, 20, 2009, págs. 53-68, Redalyc, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/836/83612138003.pdf>, 4-2-2013; BARRETO PAREDES, Daniel, “Historia del desarrollo de los modelos de Toma de Decisiones”, Pensamiento Imaginativo, <http://manuelgross.bligoo.com/content/view/619150/Historia-del-desarrollo-de-los-modelos-de-Toma-de-Decisiones>

de-Decisiones.html#comment-1130927, 27-1-2013; PEÑALVER GÓMEZ, Patricio, “Decisiones. Schmitt, Heidegger, Bart”, en “Revista de Filosofía”, 13, págs. 141-166, <http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/daimon/013/daimon013-11.pdf>, 15-12-2012; ANDERSON, Barry F., “The Three Secrets of Wise decision Making”, Portland, Single Reef. Press, 2002; RÍOS GARCÍA, Sixto – RÍOS INSÚA, Sixto, “La teoría de la decisión de Pascal a Von Neumann”, http://dmle.cindoc.csic.es/pdf/HISTORIADELAMATEMATICA_1998_00_00_01.pdf, 13-12-2012; MINTZBERG, Henry, “The Nature of Managerial Work”, Nueva York, Harper & Row, 1973; ARSHAM, Hossein (Profesor), “Herramientas para el Análisis de Decisión: Análisis de Decisiones Riesgosas”, <http://home.ubalt.edu/ntsbarsh/opre640s/spanishp.htm>, 23-1-2013; LINDLEY, Dennis Victor, “Principios de la Teoría de la Decisión”, Barcelona, Vicens-Vives, 1977; RÍOS, Sixto, “Análisis de Decisiones”, Madrid, ICE, 1976; RAIFFA, Howard, “Análisis de la Decisión Empresarial”, trad. Rafael Vinader Zurbano, Bilbao, Deusto, 1977; SHACKLE, George L. S. - “Decisión, orden y tiempo”, trad. Vicente Cervera, Madrid, Tecnos, 1966; PAVESI, P. – BONATTI, P. AVENBURG, D. y otros, “La Decisión”, Bs. As., Norma, 2004; MEROI, Andrea – SALMÉN, Gabriel M., “Seminario sobre teoría de la decisión”, en “Investigación ...” cit., Nº 38, págs. 159 y ss., Centro de Investigaciones ... cit., http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd38_12.pdf, 5-12-2012; Harvard Business Review (en general), Management And Accounting Web, <http://maaw.info/ManagementJournals/HarvardBusinessReview.htm>, 18-1-2013; Bibliografías e incluso ejemplos acerca de la decisión pueden c. por ej. en <http://www.econ.uba.ar/www/departamentos/administracion/plan97/decision/bramos/Archivos/programa%2030%20de%20agosto%20de%202004.doc>, 8-2-2013; <http://www.econ.uba.ar/www/departamentos/administracion/plan97/decision/bonatti/bibliografia.htm>, 8-2-2013; http://daniteoriadecision.blogspot.com.ar/2009_11_01_archive.html, 8-1-2013; https://portal.ucm.es/c/document_library/get_file?uuid=d9a0105b-7b16-4a3f-9677-d060b6dab8ba&groupId=461472, 8-2-2013; http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/teoria_de_la_decision.pdf, 8-2-2013.

Entre los otros representantes de la historia de la teoría de la decisión cabe mencionar a Niccolò Machiavelli, Blaise Pascal, Jacob y Daniel Bernouilli (o Bernoulli), Thomas Bayes, Nicolás de Condorcet, John Dewey, Abraham Wald, Herbert Simon, Erich L. Lehmann, Henry Mintzberg, Duru Raisinghani, André Théorêt, Eberhard Witte, etc. Con referencia a las difíciles relaciones internas de la familia Bernouilli respecto de la teoría de la decisión, cabe referir por ejemplo: SCHAFER, op. cit. (“Nicolaus must have studied the manuscript of Ars Conjectandi when he worked as a secretary to his uncle. In 1709, at age of 22, he puts its ideas to use in his own doctoral dissertation in law: de Usu Artis Conjectandi in Jure ...; So by the time the great book was published it was obsolete. Kohli sums the matter up with a passage in a letter from Montmort to Nicolaus dated Christmas 1713: “ Il est vrai, ce que vous dite, qu'il y a peu de choses à apprendre pour nous, qui avons beaucoup pensé à ces matières. Le livre ne laisse pas d'être excellent.”). En el campo de la administración cabe referir a Adam Smith, J. Stuart Mill y Alfred Marshall y son asimismo importantes los aportes prácticos y teóricos de Richard Arkwright, Charles Babbage y W.S. Jevons. La toma de decisiones se hizo particularmente consciente en tiempos de la Revolución Industrial. En los Estados Unidos de América se fue desarrollado en especial medida, aprovechando incluso ideas ajenas, para organizar la producción y el comercio. V. asimismo SENGE, Peter, “La quinta disciplina en la práctica”, <http://jmonzo.net/blogeps/laquintadisciplinaenlapractica.pdf>, 21-1-2013; “La quinta disciplina. El arte y la práctica de la organización abierta al aprendizaje”, trad. Carlos Gardini, Bs. As., Vergara - Granica, 1992, se puede v. parte de la obra en Google, http://books.google.com.ar/books/about/La_quinta_disciplina.html?id=PdKuIm3sQroC&redir_esc=y, 21-1-2013; del RÍO CORTINA, Jorge, “Perspectivas del aprendizaje organizacional como catalizador de escenarios competitivos, en “Revista Ciencias Estratégicas”, 19, 26, págs. 247 y ss., Redalyc, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/1513/151322415008.pdf>, 21-1-2013. Cabe c. Management Science, <http://mansci.journal.informs.org/>, 8-1-2013.

Vale tener presente el pensamiento de Dante: "Inferno: Canto III .../E lui mi rispose: "In questa misera condizione/si dannano le anime tristi di coloro/che vissero senza lode e senza infamia./Sono mischiata a quel cattivo/coro di angeli egoisti,/non ribelli a Dio ma neppur fedeli./Del paradiso questi offuscherebbero la bellezza/e giù farebbero vantare i dannati/che penserebbero d'esser migliori di loro." (36/39), v. Premessa sullo studio della lingua e della letteratura italiana, La condanna degli ignavi, <http://www.homolaicus.com/letteratura/ignavi.htm>, 15-12-2012; Ciudad Seva, Dante Alighieri, Divina Comedia, Infierro, Canto III, <http://www.ciudadseva.com/textos/poesia/ita/dante/dc1.htm>, 15-12-2012; cabe c. al respecto El Blog de Enrique García-Maiquez, Mejor el fracaso, Enrique García-Maiquez, <http://www.ambosmundos.es/blogs/elogio-del-fracaso/>, 15-12-2012. El indeciso es condenado a correr detrás de una bandera que no expresa su ideal.

Respecto de la *teoría trialista del mundo jurídico*, fundada por Werner Goldschmidt, pueden v. por ejemplo GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", Madrid, Aguilar, 1958 (2^a ed., Buenos Aires, Depalma, 1986); "Justicia y verdad", Buenos Aires, La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho y política", Buenos Aires, Depalma, 1976, Repositorio de Derecho de la UNICEN [http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui/2/bitstream/handle/123456789/529/Derecho%20y%20Politica%20\(De%20Palma\).pdf?sequence=1](http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui/2/bitstream/handle/123456789/529/Derecho%20y%20Politica%20(De%20Palma).pdf?sequence=1), 5-12-2012; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795>, ambas 8-1-2013; "Metodología Dikelógica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, Centro de Investigaciones ... cit., http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd40_20.pdf, 8-1-2013; Centro de Investigaciones ... cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 8-1-2013; "Estudios Jurídicos del Bicentenario", Rosario, UNR Editora, 2010, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1360/1554>, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1360/1556>, 30-12-2012; "Estrategia Jurídica", Rosario, UNR Editora, 2011, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575>, 5-12-2012; "Complejidad del funcionamiento de las normas", en "La Ley", t. 2008-B, págs. 782 y ss.; Centro de Investigaciones ... cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 20-2-2013; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 8-1-2013; Facultad de Derecho UNICEN, Visualización del Fondo personal Miguel Ángel Ciuro Caldani por autor, "Ciuro Caldani, Miguel Ángel", <http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui/2/handle/123456789/2/browse?value=Ciuro+Caldani%2C+Miguel+Ángel&type=author>, 17-1-2013. Cabe c. varios aportes a la estrategia en <http://www.youtube.com/watch?v=rJ2tmqRkiCM&feature=endscreen>, 17-1-2013.

Puede ser relevante relacionar la noción de *oportunidad* con la de *kairós* de la cultura griega, vinculada sin embargo con connotaciones religiosas. Oportunidad y Kairós, son conceptos afines complejos y multidimensionales. Es posible c. oportunidad. (Del lat. *opportunitas*, -atis). 1. f. Sazón, coyuntura, conveniencia de tiempo y de lugar. 2. f. pl. Sección de un comercio en la que se ofrecen artículos a un precio más bajo del que normalmente tienen. (REAL ACADEMIA, op. cit., oportunidad, <http://lema.rae.es/drae/?val=oportunidad>, 22-12-2012). V. COROMINAS, relacionándola con puerto, op. cit., reimp. 1985, t. IV, págs. 682 y ss. y pág. 287. Se dice además que la palabra oportunidad proviene del latín "opportunity", es decir, "op" y "portus", delante de un puerto. Esto significaría que cuando en la navegación se está delante de un puerto se tendría "oportunidad". (es posible v. incluso ROMERO, Luis E., "La oportunidad", el universal.com, http://www.eluniversal.com/2008/01/31/opi_2651_art_la-oportunidad_695127.shtml, 22-12-2012; Etimología de Oportuni-

dad, <http://etimologias.dechile.net/?oportunidad>, 22-12-2012; Kairós (en griego antiguo *καιρός*, *kairós*) es un concepto de la filosofía griega que representa un lapso indeterminado en el cual algo importante sucede. Posee el significado literal de “momento adecuado u oportuno”, pero incluso en el antiguo pensamiento griego su acepción no es muy precisa; en la teología cristiana se lo vincula con el tiempo de Dios. C. asimismo SIPIORA, Phillip, “Introduction, The Ancient Concept of Kairos”, <http://www.sunypress.edu/pdf/60473.pdf>, 21-12-2012; WHITE, Eric Charles, “Kairomonia: On the Will-to-Invent”, Ithaca, Cornell UP, 1987; SIPIORA, Phillip – BAUMLING, James S., (eds.), “Rethoric and Kairos. Essays in History, Theory, and Praxis”, Albany, State University of New York Press, 2002, <http://books.google.com.ar/books?id=nUkzz-CvK3YC&pg=PA7&lpg=PA7&dq=Is%C3%B3crates+kair%C3%B3s&source=bl&ots=Lv12Fo4ZTW&sig=6ekczjFUo1XfTbbdx2SF95vQehM&hl=es-419#v=onepage&q=Is%C3%B3crates%20kair%C3%B3s&f=false>, 21-12-2012; KINNEAVY, James. “Kairos: A Neglected Concept in Classical Rhetoric”. “Rhetoric and Praxis”. ed. Jean Dietz Moss. Washington, DC, Catholic U. of America P, 1986, págs. 79-105; NÚÑEZ, Amanda, “Los pliegues del tiempo: Kronos, Aión y Kairós”, <http://www.artediez.es/exchange/kronos/tiempo.pdf>, 21-12-2012; About.com, Grammar&Composition, Kairos, http://grammar.about.com/od/il/g/kairos_term.htm, 21-12-2012; Kairos, <http://rhetoric.byu.edu/Encompassing%20Terms/kairos.htm>, 21-12-2012. Por ejemplo, la noción de Kairos tuvo importante presencia en Isócrates.

Cabe considerar : Words or phrases associated with kairos: eukairos – “right time” or good time; kakakairos – “wrong time”; akairos – time without opportunity; chronos – time; toi kairoi – trust to the moment to speak on a subject; kairos gnothi – know the opportunity; prepon – propriety or fitness (to prepon: the what of the spoken words); logos – contemporarily used to mean timelessness in form, law, etc.; poia – reasons; arête – good character; phronesis – good sense; aporiai – a moment of indecision, Kairos, teachers.misd.k12.wa.us/hs/hs/cjohnson/documents/kairos_curtis_johnston.doc, 12-21-2012 ; Silva Rethoricae, Kairos, <http://rhetoric.byu.edu>, 21-12-2012; (Re)Claiming the Ground: Image Events, Kairos, and Discourse, Hunter Stephenson, University of Houston-Clear Lake, Enculturation 6.2 (2009), <http://enculturation.gmu.edu/6.2/stephenson>, 21-12-2012; Kairos, Revista de Temas Sociales, <http://www.fices.unsl.edu.ar/~kairos/>, 21-12-2012. Son términos de mucha multivocidad; en un sentido de construcción jurídica puede hacerse referencia a la complejidad de la Kairomonía (...), la Kairología y la Kairosofía; Dos libros de Kairología. Entrevista con Manfred Kerkhoff, Rubén Soto y Francisco José Ramos, Carlos Rojas Osorio, <http://www.uprh.edu/~rsoto/Exeg-37-81-86.pdf>, 21-12-2012.

Respecto de la *creatividad*, cabe c. por ej. REAL ACADEMIA, op. cit., crear, <http://lema.rae.es/drae/?val=crear>, 22-1-2013. V. por ej. Fondation Jean Piaget, v. gr. PIAGET, Jean, “La naissance de l'intelligence chez l'enfant” (prólogo e introducción), http://www.fondationjeanpiaget.ch/fjp/site/textes/VE/JP36_NdI_avpropos_intro.pdf, 22-1-2013, en general <http://www.fondationjeanpiaget.ch/fjp/site/bienvenue/index.php>, 22-1-2013 ; BERGSON, Henri, “L'évolution créatrice”, Paris, Alcan, 1908, <http://archive.org/stream/levolutioncreat00berguoft#page/n7/mode/2up>, 22-1-2013 ; “La evolución creadora”, trad. Espasa-Calpe, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985. Suele decirse que creatividad significa pensamiento original, imaginación constructiva, pensamiento divergente o pensamiento creativo, que es la generación de nuevas ideas o conceptos, o de nuevas asociaciones entre ideas y conceptos conocidos, que habitualmente producen soluciones originales. V. por ej. CONDE, Luis, “La personalidad creativa: un sistema complejo. Eduardo Chillida y Mihaly Csikszentmihalyi”, Paperback 08, <http://www.paperback.es/articulos/conde/creatividad.pdf>, 2-1-2013; CSIKSZENTMIHALYI, Mihaly, “Aprender a fluir”, trad. Alfonso Colodrón, 5^a ed., Barcelona, Kairós, 2007, http://formarseadistancia.eu/biblioteca/aprender_a_fluir.pdf, 22-1-2013; PASCALE, Pablo, “¿Dónde está la creatividad? Una aproximación al modelo de sistemas de Mihaly Csikszentmihalyi”, en “Arte, Individuo y Sociedad”, 2005, 17, 61 y ss., Revistas Científicas Complutenses, revistas.ucm.es/index.php/ARIS/article/download/ARIS0505110063A/5808, 22-1-2013; SICINSKI, Adam, “Your Creative Genius Mindset: The Essential Qualities for “Outside the

Box” Thinking”, Lifehack, <http://www.lifehack.org/articles/lifestyle/your-creative-genius-mindset-the-essential-qualities-for-outside-the-box-thinking.html>, 25-1-2013; “Mihaly Csikszentmihalyi – Does Creativity Make You Happy?”, Lateral Action, <http://lateralaction.com/articles/mihaly-csikszentmihalyi/>, 25-1-2013; MICHALKO, Michael, “ThinkingToys. Cómo desarrollar la Creatividad en la Empresa”, trad. Adelaida Santapau, 2^a.ed., Barcelona, Gestión 2000.com, 2001, http://books.google.com.ar/books?id=_qdYJ77mmwgC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, 25-1-2013; es posible c. v. gr. Wikipedia, Creatividad, <http://es.wikipedia.org/wiki/Creatividad>, 22-1-2013.

Acerca de la *gobernabilidad*, se pueden c. PAZOS, Elena (Prof.), “Gobernar, gobernabilidad, gobernanza y buen gobierno”, Uruguay Educa, www.uruguayeduca.edu.uy/.../GOBERNAR,%20GOBERNABILIDAD,%20GOBERNANZA%20Y%20BUEN%20GOBIERNO.ppt, 19-12-2012; ALEM, Alfonso y otros, “Gobernanza”, UICN, Comité Boliviano, http://cmsdata.iucn.org/downloads/_cartilla_gobernanza.pdf, 19-12-2012. Se afirma que, más allá del nombre, el concepto de “gobernanza” es antiguo y significa el proceso de toma de decisiones y el proceso por el que las decisiones son o no implementadas. También se hace referencia a la “excellence theory” (es posible v. PETERS, Thomas J. – WATERMAN, Robert H., Jr., “In Search of excellence”, Nueva York, Harper & Row, 1982, se puede c. por ej. HarperBusiness, 2004, <http://www.amazon.ca/In-Search-Excellence-Americas-Companies/dp/0446385077>, 30-1-2013). En el marco de estas consideraciones suele decirse, para el desarrollo dinámico de pequeños grupos: *hazlo, arréglalo, inténtalo*.

Respecto del *costo-beneficio* y la *racionalidad* de la decisión es posible atender a la información siguiente. Suelen diferenciarse el costo-beneficio, el costo-eficacia y la eficacia del beneficio. Importa considerar la teoría de juegos, área de la matemática aplicada que emplea modelos para estudiar interacciones en estructuras formalizadas de incentivos (los denominados «juegos») y producir procesos de decisión. Se consideran las que podrían ser estrategias óptimas y el comportamiento previsto y observado de individuos en juegos. Tipos de interacción aparentemente distintos pueden, en realidad, presentar estructura de incentivo similar y, por lo tanto, generar conjuntamente un mismo juego. Sin embargo, hay factores diversificadores relevantes. En relación con la teoría de los juegos en sentido amplio, muy significativa en la teoría de la decisión, cabe recordar a Pareto, Nash, Harsany, von Neumann, Morgenstern, Coase, Georgescu-Roegen, etc. V. por ej. HARDIN, Russell, “game theory”, en AUDI, op. cit., págs. 292/3; SIERRALTA RÍOS, Aníbal, “Negociaciones y teoría de los juegos”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2011.

Acerca del *fraccionamiento* se puede tener en consideración asimismo que una persona tiene enormes limitaciones en su capacidad de tomar en cuenta, para su decisión, todos los hechos que se dan en el mundo, o en lo que lo circunda, que serían relevantes para esa decisión. Estos límites surgen simplemente porque los seres humanos tenemos un conocimiento restringido; poseemos capacidades limitadas para poder analizar las consecuencias del propio saber que detentamos. Especialmente, existen serios límites para predecir el futuro y las reacciones de los otros como respuesta a esas decisiones. (v. Herbert Simon en La gestión no es el arte de optimizar, La gestión no es el arte de optimizar, | Jorge Nascimento Rodrigues con el Nobel Herbert Simon, Mujeres de empresa, <http://www.mujeresdeempresa.com/management/management010404.shtml>, 3-1-2013; también por ej. “...ningún individuo puede tener todo el conocimiento de los elementos de conjunto de una situación, ni de todas las consecuencias de los actos que pueda emprender, ni de todas las opciones posibles, y así sucesivamente...”, SORIA ROMO, Rigoberto, “La racionalidad limitada y las decisiones programadas”, Globedia, <http://ar.globedia.com/racionalidad-limitada-decisiones-programadas>, 26-1-2013. Asimismo v. COMMONS, John R., “Institutional Economics”, en “American Economic Review”, 21 (1931), págs. 648 y ss., <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/commons/institutional.txt>, 26-1-2013.

Se han planteado posiciones más o menos optimistas acerca de la certeza. En el primer sentido, en cuanto a la fe determinista en el conocimiento guiado por el principio de razón suficiente y el cálculo de probabilidades aunque no se conozcan todas las causas, cabe recordar por ej. a Gottfried Leibniz y Pierre Laplace (LEIBNIZ, op. cit., párrafos 31 y 32, págs. 36/7, "Teodicea", párrafos 44, 169 y 196; LAPLACE, M. le Comte (Pierre Simon de), "Théorie analytique des probabilités", 2^a. ed., París, Courcier, 1814, <http://archive.org/stream/thorieanalytiqu01laplgoog#page/n6/mode/2up>, 21-1-2013, Tomo VII de las "Obras Completas", París, 3^a ed., 1820; también "Essai philosophique sur les probabilités", París, Courcier, 1814, Google, http://books.google.com.ar/books?id=rDUJAAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, 21-1-2013). Vale, sin embargo, considerar los cuestionamientos a nuestra certeza formulados en el campo de la Filosofía y la Literatura. Los sofistas y los escépticos llevaron los fraccionamientos a puntos de negación misma de lo fraccionado. Cabe referir el cuestionamiento sofista de Protágoras por ej. en PLATÓN, "Teeteto, o de la ciencia", Acrópolis, http://www.acropolis.org.uy/Investiga_y_Comparte/Biblioteca_Virtual/Platon/Platon%20-%20Teeteto.pdf, 21-1-2013. Un ejemplo de reconocimiento humanista del fraccionamiento de la verdad puede encontrarse, por ejemplo, en Michel de Montaigne (v. gr. "Ensayos", Libro I, Capítulos X "Del hablar pronto o tardío" y LVII "De la incertidumbre de nuestro juicio", http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ensayos-de-montaigne--0/html/fefb17e2-82b1-11df-acc7-002185ce6064_157.html#I_7_, 20-1-2013, http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ensayos-de-montaigne--0/html/fefb17e2-82b1-11df-acc7-002185ce6064_158.html, 20-1-2013; "Essais", Libro I, Capítulos X "Du parler prompt ou tardif", y LVII, "De l'incertitude de nostre jugement", <http://www.bribes.org/trismegiste/es1ch10.htm>, 14-1-2013, <http://www.bribes.org/trismegiste/es1ch47.htm>, 14-1-2013; asimismo Biblioteca Virtual Cervantes, trad. cit., http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ensayos-de-montaigne--0/html/fefb17e2-82b1-11df-acc7-002185ce6064_157.html#I_16_, 14-1-2013, http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ensayos-de-montaigne--0/html/fefb17e2-82b1-11df-acc7-002185ce6064_158.html#I_53_, 14-1-2013; también es capítulo 10 en <http://www.filosofia-irc.org/libros/Ensayos%20de%20Montaigne.pdf>, 14-1-2013). Cabe c. MIRANDA MARTÍN DEL CAMPO, Javier, "Evaluación de la incertidumbre en datos experimentales", http://depa.fquim.unam.mx/amyd/archivero/eval_incert_6905.pdf, 7-1-2013.

**NOTAS DE UNA REUNION ABIERTA VIRTUAL
DE LA CÁTEDRA III DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y EL CENTRO DE INVESTIGACIONES
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL
(FACULTAD DE DERECHO DE LA UNR,
apertura 14 de marzo de 2013)**

Documento de trabajo MEDITACIONES JUSFILOSÓFICAS
ACERCA DEL NOMBRE DEL PAPA FRANCISCO
(Derecho, religión, cultura en general y estrategia)

1. La *elección* del nombre “*Francisco*”, antes nunca utilizado por un Papa, efectuada por el Cardenal Jorge Mario Bergoglio al ascender al Pontificado, significa que al *aplicarse* la norma jurídica de su elección el nuevo Papa declara, dentro de sus legales y legítimas facultades, cierta “*carenza cultural*”, histórica y axiológica.

Se trata de la no continuidad de los nombres antes utilizados, mostrando una carencia en lo que antes se ha empleado, de cierto modo axiológica, y de una nueva problemática, constitutiva de una carencia histórica. Indica que el Papa entiende que se necesita otra solución de valor y que la Iglesia se encuentra con nuevos problemas, que su desempeño irá exponiendo.

La *prospectiva* es siempre sumamente difícil, pero en alguna medida comprender en profundidad el significado que tiene un acto del presente en relación con el pasado y respecto del porvenir puede tener cierta viabilidad y es de gran interés. En esta actividad virtual, haremos cierta prospectiva relacionada con el porvenir de la elección del nombre Francisco.

2. Es esclarecedor en nuestro caso tomar como punto de referencia básico el *integrativismo tridimensionalista* de la *teoría trialista del mundo jurídico y del mundo de la cultura*. No haremos una consideración religiosa,

en partes por el espacio en que nos encontramos y por nuestra posición conocida en el sentido agnóstico acerca de la referencia a la divinidad.

Atenderemos, en cambio, al significado tridimensional jurídico y sobre todo cultural del *nombre*, en este caso elegido, para las personas en general y en esta circunstancia el Papa en particular. Aunque no hay que confundir las personas y las cosas con sus nombres, es notorio que éstos y aquéllas tienen honda vinculación.

Nos remitimos al cambio de nombre de los Papas, en el presente de Francisco, dejando de lado el debate histórico acerca de si dicha modificación se inspira en la que Jesús estableció para Simón – Pedro, en la actitud ante los nombres paganos que llevaban algunos pontífices, etc. Tampoco entraremos al que consideramos derecho humano fundamental a la construcción y elección del propio nombre.

3. En la *dimensión normológica* del mundo jurídico y del mundo de la cultura se emplean *conceptos* que determinan los alcances de la realidad social y le incorporan sentidos de modo que luego, al menos hasta que en la *dimensión sociológica* se evidencie que esa facticidad es diversa, se vive conforme a ellos. En la *dimensión dikelógica* esos conceptos y sus realidades pueden corresponder en mayor o menor medida a realizaciones valiosas, referidas a la justicia y al resto de los valores de la cultura. Los nombres, en este caso de las personas en general y de los Pontífices en especial, remiten a conceptos.

El nombre *Francisco*, que ha de ser utilizado sin un aditamento numérico, puede significar un desafío de “revolución” en la Iglesia. Como hemos señalado, pudiendo atenerse a la continuidad de los nombres de otros Papas -teniendo en cuenta que ninguno se ha llamado Jesús y sólo el primero Pedro- el “Papa Bergoglio” ha elegido el de uno de los más grandes santos de la cristiandad, quizás el santo que todas las religiones canonizarían. Es cierto que otros personajes del catolicismo han llevado el mismo nombre Francisco, pero parece que se ha aclarado que la nominación se refiere a San Francisco de Asís, el “Pobrecito de Asís”, revolucionario de la Iglesia, misionero, hombre de paz, etc. A nuestro parecer, el más auténtico cristiano de todos los tiempos.

Si en cambio, por ejemplo, se hubiese tratado de Francisco Javier se hubiera hecho referencia más específicamente a la evangelización, que es

sólo uno de los aspectos de la grandeza del Pobrecito. Con el mayor respeto, sobre todo de un no creyente, consideramos que el nombre de Francisco de Asís, incluso uno de los personajes más significativos de la Historia de Occidente, sería el que más cuadraría a la grandeza de una obra revolucionaria. Es en este sentido que nos referimos al tema.

El empleo sin especificación numérica no sólo cumple de cierto modo la regla occamista de no emplear palabras innecesarias. Vale tener en cuenta que en otros casos, como los de Francisco I de Francia y Luis I de España se han utilizado esas especificaciones sin esperar a sucesores con el mismo nombre, que nunca existieron. El nombre sin complemento tiene una fuerza expresiva mucho mayor.

4. Como ha expresado nuestro colega el profesor Walter Birchmeyer comentando un correo que enviamos acerca de este tema, la remisión al Gran Santo de Asís es de una propuesta de política de *diálogo* de reconciliación entre el obispo y la autoridad de Asís, entre el lobo de Gubbio y la comunidad (al fin de vinculación con los recursos naturales) y entre el Cristianismo y el Islam y también de revolución respetando a la jerarquía, “reparando” a la Iglesia. Se retoma la actitud de un laico cuyos partidarios salieron de la jurisdicción civil de la época para hacer los votos, rechazando los formalismos.

Se hace particular referencia a una de las más expresivas *Bienaventuranzas* y a otras enseñanzas evangélicas que atienden también específicamente a la condición de los *pobres*, no en el “amplio” sentido de los pobres de espíritu. El tenso complejo de las Bienaventuranzas es una de las bases más *difíciles* de la cultura de Occidente y en su marco el Papa ha de desplegar su tarea.

Habrá que recorrer la difícil línea entre el aprovechamiento de los *beneficios* y la moderación de los *excesos* del capitalismo. En países como el nuestro, el legado franciscano es más cercano al sentido “*hispánico tradicional*”, paternalista y comunitarista, y se diferencia más del anglofrancés, referido en mayor medida al abstencionismo y al individualismo.

5. El nombre de Francisco evoca una gran transformación en todas las perspectivas especiales del *Derecho*. En lo *material*, desplazando el centro de interés de ramas como el Derecho Comercial y orientándolo, por

ejemplo, al Derecho de la Asistencia Social y el de la Seguridad Social. Incluso resultarán más necesarias nuevas ramas, como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho de la Educación, el Derecho Ambiental, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Alta Tecnología, etc. En lo *espacial*, evoca más los espacios marginales donde mucho se concretó la obra franciscana, y en los que se encuentra el ámbito de acción preferido por el nuevo Papa. En lo *temporal*, presenta la posibilidad de una nueva historicidad, con el desafío de instalarse desde el amor franciscano en una nueva era. En lo *personal*, evoca la superación del imperio de “ellos”, que tanto caracteriza al capitalismo, con el desarrollo de “tú” y “nosotros”.

6. Cabe preguntarse en qué medida el *espíritu franciscano* fundado en el *siglo XIII*, al menos diverso del capitalismo y la democracia actuales, y al fin apoyado de manera destacada en la referencia a la Bienaventuranza de los pobres, podrá ser *actualizado* en nuestro tiempo. Es decir: en una época capitalista, con sus grandezas y hoy muy notorias limitaciones; en días de democracia y derechos humanos que, por lo demás, son sólo parcialmente cumplidos. También, por ejemplo, en un mundo jurídico y cultural menos vertical descendente, en mucho, menos afín al modelo “imperial” que el de la medievalidad y la Iglesia tradicional.

¿Nacido en un fuerte rechazo del capitalismo, en un mundo anterior al gran desarrollo científico y tecnológico y al abrumador despliegue de ese sistema que presenciamos, el espíritu del maravilloso Pobrecito, que evoca el nombre adoptado por el Papa, será suficientemente actualizado? ¿Emergido en un considerable rechazo al desenvolvimiento de la utilidad, entonces de cierto modo “naciente”, y en la afirmación del amor y la fe, el espíritu franciscano podrá moderar excesos de un enorme desarrollo capitalista de la globalización y la marginación y un formidable despliegue financiero? ¿En qué medidas se relacionan, sobre todo hoy, la pobreza y la riqueza con la Religión, el Derecho y la Cultura toda? ¿Será viable una respuesta distinta ante el enorme cambio producido en la vida erótica? Es más: ¿nacido en días de fuerte metafísica y referencia al Derecho Natural, podrá el sentido franciscano cumplir el rol tan importante que podría corresponderle en un tiempo de profunda crisis de una y de otro?

7. El sentido de la *posmodernidad* no es racionalista, tiene ciertos despliegues de irracionalidad, pero no sabemos cuánto serán de fe y amor. Cabe interrogarse en qué medida una Iglesia acosada por el debilitamiento de su espíritu y el avance materialista de la economía expresado en financiarización, corrupción y lavado de dinero; en el impulso al consumo y el tráfico de drogas estupefacientes y el sexo a veces desbordado, también en su propio seno, podrá dar una respuesta del siglo XXI con un formidable recurso al siglo XIII.

¿Cuánto las aspiraciones expresadas en el *concepto “Francisco”* podrán concretarse de manera valiosa en la *realidad social*? ¿Cuánto se manifestarán en la Religión, en el Derecho y en la Cultura en general? ¿Se concretará satisfactoriamente la revolución que el nombre del maravilloso Pobrecito significa?

Se atribuye al nombre “Francisco”, de origen germánico y referido a Francia, el sentido de ser abanderado, fuerte y valiente. La relación entre el concepto Francisco y la realidad social, con miras a obtener una *respuesta* valiosa a la problemática actual, tiene muchas dificultades. Partes considerables de la “*constitución material*” de la Iglesia y el mundo actuales deberán ser superadas. Habrá que vencer muchos “*límites*”, reconociendo cuáles son las nuevas realidades valiosas y cuáles son los obstáculos a superar. Advertir carencias históricas y axiológicas en la situación presente es mucho más fácil que encontrar los caminos para elaborar las soluciones debidas.

8. Dadas las circunstancias del personaje tomado como referencia, se requieren grandes realizaciones de *intermaterialidad*, *interespacialidad*, *intertemporalidad* e *interpersonalidad* para *transponerlo* al presente y el porvenir. Tal vez uno de los apoyos relevantes sea la obra del Concilio Vaticano II. La Iglesia se refiere asimismo de modo permanente al valor santidad, de cierto modo específico de la Institución. Sin abrir juicio sobre él, pensamos que será enriquecedor remitirse, además de los valores justicia y amor, al valor *humanidad*, el deber ser cabal de cada ser humano, según el cual cada hombre y cada mujer al fin siempre valen.

9. Francisco deberá desenvolverse con gran *habilidad estratégica* en la complejidad socio-normo-axiológica del cristianismo en general y el catolicismo en particular. Tendrá que manejarse debidamente en la tensa

relación que el nombre elegido acentúa entre la expresión *Sumo Pontífice* y las de Papa, Santo Padre, Vicario de Cristo, Sucesor de Pedro, *Siervo de los Siervos de Dios* e incluso la del trato protocolar gubernamental Su Santidad. “Sumo Pontífice” lo acerca más al Imperio Romano, a las decisiones de Constantino y Teodosio; las otras denominaciones, a nuestro parecer sobre todo el hermoso nombre *Siervo de los Siervos de Dios*, lo refieren más al Pobrecito de Asís. El nuevo Papa deberá superar, no ignorar, las tendencias humanas señaladas por ejemplo por los sofistas, Maquiavelo, Hobbes, Nietzsche y Freud y los planteos diversos de Lutero y Calvin; de Galileo, Newton y Einstein; de Locke, Montesquieu y Rousseau y de Saint-Simon y Marx. Pese a la referencia primaria a la distribución, tendrá que tomar en cuenta que no es posible repartir lo que no se produce. Sólo haciéndolo habrá penetrado en la grandeza *actual* del extraordinario santo de la Edad de la Fe

10. Una nueva *esperanza* es siempre importante, no es imprescindible que se concrete en su totalidad, pero el choque del concepto con la realidad sería muy grave y el Papa deberá poner enorme esfuerzo para evitarlo.

La Iglesia cree en el Espíritu Santo, a nosotros esto no nos es dado.

Miguel Angel CIURO CALDANI
mciuroc@arnet.com.ar

CIURO CALDANI, Miguel Angel:

- "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en "Investigación y Docencia", Nº 37, págs. 85/140)
- "Bases culturales del Derecho argentino", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", 27, págs. 113 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485>, 14-3-2013;
- "Comprepción jusfilosófica del derecho y el estado de necesidad", en "Revista de la Facultad de Derecho", Universidad Nacional de Rosario, 10, págs. 43 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.;
- "El Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1091/995>, 14-3-2013;
 - "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, Nº 12, 2a. época, págs. 117 y ss.;
 - "Estrategia Jurídica", Rosario, UNR Editora, 2011, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 14-3-2014:
 - "Estudios de Historia del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 14-3-2013;
 - "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000;
 - "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985;
 - en colaboración con Mario E. CHAUMET, "Perspectivas jurídicas "dialécticas" de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., Nº 21, págs. 67 y ss.,

GAGGERO, Pablo, "Francisco, un nombre de santo que anticipa un giro de la Iglesia. Según vaticanistas, la inédita selección de Bergoglio es una señal de un nuevo comienzo", Jueves 14 de marzo de 2013, lanacion.com, 14-3-2013,

"El cardenal norteamericano Timothy Dolan intentó despejar las dudas durante un encuentro con la prensa en el Vaticano,

""El Papa nos dijo que eligió el nombre de Francisco en honor a Francisco de Asís, que se ocupó de los pobres y de los humildes, será éste su trabajo", dijo Dolan, en un encuentro con la prensa tras la elección de Bergoglio.

Se sabe que además de comulgar con los principios franciscanos, el Papa los lleva a la práctica."

GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6^a. ed., 5^a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987;

SEMBRADOR, Pedro, "San Francisco de Asís. Breve vida", La Verdad Católica, Folleto EVC Nº 411, La Verdad Católica, <http://laverdadcatolica.org/SanFranciscoDeAsis.htm>, 14-3-2012;

WEBER, Max, "La ética protestante y el espíritu del capitalismo", trad. Luis Legaz Lacamra, 2^a. ed., Barcelona, Península, 1973;

"Florecillas de San Francisco y de sus hermanos", trad. C. Rivas Cherif, 4^a. ed., Madrid, Aguilar, 1963;

Código de Derecho Canónico,
http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM, 14-3-2013;

Documentos del Concilio Vaticano II,
http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/index_sp.htm,
14-3-2013;

Franciscanos. Directorio Franciscano, <http://www.franciscanos.org/>, 14-3-2013;

FrateFrancesco.org, <http://www.fratefrancesco.org/ord/63.men.htm>, 14-3-2013 ;

Ordo Fratrum Minorum, Frailes Franciscanos,
http://www.ofm.org/ofm/?page_id=2&lang=es , 14-3-2013;

Orden Franciscana Seglar en la Argentina, <http://ofs.org.ar/portal/>, 14-3-2013;

PONTIFICIO CONSEJO « JUSTICIA Y PAZ »,
COMPENDIO DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA,
http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html, 14-3-2013;

San Basilio Magno (Basilio el Grande),
<http://www.corazones.org/santos/basilio.htm>, 14-3-2013;

Clarín.com, 13/03/13, Por qué eligió el nombre de Francisco,
http://www.clarin.com/mundo/eligio-nombre-Francisco_0_881912029.html, 14-3-2013;

MDZ on line, 13 de marzo de 2013, El nombre elegido por Bergoglio ya implica una misión, porque Francisco de Asís fue un gran reformador, Sergio Buenanueva, obispo auxiliar del Arzobispado de Mendoza, destacó la impronta latinoamericana que el nuevo Papa puede darle a la Iglesia católica.,
<http://www.mdzol.com/entrevista/453118-el-nombre-elegido-por-bergoglio-ya-implica-una-mision-porque-francisco-de-asis-fue-un-gran-reformador/>, 14-3-2013.

Participaron en la reflexión los profesores Ariel Ariza, Juan José Bentolila, Mario Chaumet, Andrea Meroi, Mariano Morelli y Walter Brichmeyer y la becaria del CONICET Marianela Fernández Oliva.

El aporte de opinión del profesor Mariano Morelli brinda el siguiente complemento bibliográfico:

- Directorio Franciscanos, Escritos Completos de San Francisco de Asís, <http://www.sanjuandelosreyes.org/rec/des/sfco.pdf>, 17-3-2013;
- JOERGENSEN, Juan, “San Francisco de Asís. Su vida y su obra”, trad. R. P. Antonio Pérez, O.F.M., 2^a. ed., Bs. As., Difusión, 1945, Directorio Franciscano, <http://www.franciscanos.org/joergensen/menu.html>, 17-3-2013.

Entre las obras del Cardenal Jorge Mario BERGOGLIO cabe c.:

- “El verdadero poder es el servicio”, Claretiana, 2013;
- “Ponerse la patria al hombro”, Claretiana, 2013;
- y SKORKA, Abraham, “Sobre el Cielo y la Tierra”, Random House Mondadori, 2012;
- RUBIN, Sergio – AMBROGETTI, Francesca, “El Jesuita”, conversaciones con el Cardenal Jorge Bergoglio, SJ, Vergara, 2013.

Continúan funcionando en el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social las *áreas especializadas* de *Teoría General del Derecho, Estrategia Jurídica, Derecho Comparado, Derechos Humanos, Derecho de la Educación, Derecho del Arte, Bioética y Bioderecho, Derecho de la Salud y Filosofía del Derecho de la Alta Tecnología*. Se ha organizado recientemente el área de *Lenguas Extranjeras para la Investigación*. Asimismo funciona la *Cátedra Interdisciplinaria “Profesor Dr. Werner Goldschmidt”*.

La “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social” ha sido reorganizada con el nombre “*Revista de Filosofía Jurídica y Social*”.

Los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2011 se realizaron las *Jornadas Nacionales de Teoría General del Derecho (Abarcadora del Complejo de las Ramas Jurídicas) y Estrategia Jurídica* en homenaje a Federico Carlos de Savigny en ocasión del 150º aniversario de su fallecimiento, organizadas por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y la Cátedra C de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Las segundas Jornadas se llevarán a cabo en la Universidad Nacional de Rosario y la Universidad de Buenos Aires los días 2, 3 y 4 de septiembre de 2012.

Los días 15 y 16 de noviembre de 2012 realizaron las *Jornadas de Derecho de la Salud, Bioderecho y Bioética "Cuestiones actuales del Derecho de la Salud, Bioética Hospitalaria y Bioética"* organizadas por las áreas de Derecho de la Salud, Bioética y Bioderecho y Filosofía del Derecho de la Alta Tecnología del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

Continuando una larga tradición, el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social participó en la organización del *XX Encuentro de Especialistas en el Mercosur – XIV Encuentro Internacional de Derecho de la Integración “Integración, Globalización y Crisis”*

realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (la reunión fue organizada asimismo por el Módulo Jean Monnet del Convenio entre la Universidad Nacional de Rosario y la Comisión Europea, el Centro de Estudios Comunitarios, el Centro de Investigación en Ciencias Sociales, el Centro de Investigaciones sobre Derecho y Economía y el Curso de Derecho de la Integración de esta misma Facultad; días 1 a 3 de noviembre de 2012).

En 2012 se publicaron los libros de Miguel Angel Ciuro Caldani “*Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*” y “*Bases del Pensamiento Jurídico*” de Miguel Angel Ciuro Caldani (UNR Editora). El primero contiene los estudios “La pantomomía del Derecho en la pantomomía cósmica”, “Una muestra del integrativismo trialista (con especial referencia al funcionamiento de la norma – el artículo 3.826 del Código Civil argentino)”, “La integración trialista de la naturaleza y las influencias humanas difusas en la construcción del objeto jurídico: el marco del Derecho de Familia (Distribuciones y repartos. La superación de las máscaras repartidoras y normativas. Un tiempo de la complejidad y la “des-integración”)” y “Aportes teóricos para la comprensión estratégica del papel de la región Litoral en el Mercosur”. El segundo incluye los estudios “Bases categoriales del mundo jurídico”, “Análisis jusfilosófico de la viveza y el fingimiento (Con especial referencia a la cultura jurídica argentina)”, “Aportes de la pantomomía del mundo jurídico a la pantomomía de la educación jurídica. Necesidad de la complejidad pura del Derecho para la Educación” y “La poesía en el horizonte literario del mundo jurídico. Proyecciones y disoluciones del Derecho en la Poesía (La Poesía, Borges y el Derecho)”.

Se ha publicado el libro “*Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración*”, Liber amicorum Miguel Ángel Ciuro Caldani, coordinado por Carlos Molina del Pozo (Bs. As., Eudeba, 2011).

Más información puede obtenerse en:

<http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>

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 A4).

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

3. Idioma

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

4. Formato de presentación y envío

Los trabajos deberán ser presentados en formato electrónico, en archivo Microsoft Word, versión 6.0 o superior. El archivo se enviará como adjunto en un mensaje de correo electrónico simultáneamente a las direcciones:

mciuroc@arnet.com.ar y mfernandez21@gmail.com

Los trabajos se organizarán como sigue:

- *Página 1*: Título del trabajo, nombre y apellido de todos los autores, lugar o centro de trabajo, dirección postal, teléfono y dirección electrónica de contacto.
- *Página 2*: Título del trabajo, resumen de entre 200 y 250 palabras, y palabras clave (entre 3 y 6). La misma información deberá ser presentada en inglés.
- *Resto de páginas*: El cuerpo del trabajo se organizará de acuerdo a los apartados mencionados *supra*, en el punto 2. Tablas y gráficos se incluirán al final del trabajo, enumerados correlativamente según su correspondiente referencia en el texto.

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

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

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

5. Citas

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

a- Artículo de revista

Ejemplo: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Nuevamente sobre los efectos de la recepción jurídica en la cultura argentina”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº29, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, págs. 49 y ss.

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

b- Libros

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

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

c- Capítulo de libro

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

d- Reiteración de citas

Se procederá del siguiente modo:

- I) Si se trata de la *reiteración de un trabajo citado en la nota inmediata anterior*, se colocará “*Íd.*”, seguido del/de los número/s de página/s.
- II) Si se trata de la *reiteración de un trabajo citado en una nota que no sea la inmediata anterior*, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), seguido de “*op. cit.*” y del/de los número/s de página/s.
- III) Si se trata de la *reiteración del trabajo de un autor del cual ya se han citado dos o más trabajos*, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), luego la primera palabra del título (entre comillas y seguida de puntos suspensivos) seguida de “*cit.*” y del/de los número/s de página/s. Si la primera palabra del título coincide con la de otro trabajo citado, se agregarán las necesarias para diferenciarlos.

6. Evaluación de los trabajos

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

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

La decisión será inapelable.