

Nº 29  
2006

REVISTA DEL CENTRO  
DE INVESTIGACIONES  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA  
Y FILOSOFÍA SOCIAL



FUNDACION PARA LAS  
INVESTIGACIONES JURIDICAS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO  
FACULTAD DE DERECHO  
CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

©

Registro de la Propiedad Intelectual N° 333934, Formulario N° 08879

**Propietaria: Fundación para las Investigaciones Jurídicas**

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

CUIT: 30-68913973-2

La “REVISTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL” es continuadora del “BOLETÍN DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL”

---

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

**Director responsable:** Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani

Publicación al servicio del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

(Córdoba 2020 - 2000 Rosario - Argentina)

Tirada: 100 ejemplares

# AUTORIDADES

## UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Vicerrector a cargo del Rectorado: Ing. Aldo O. Gimbutti

### FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Ricardo I. Silberstein

Vicedecano: Dr. Carlos Hernández

#### Consejeros Directivos

##### Consejeros Docentes

Daniel Erbetta  
Ernesto Granados  
Alfredo Althaus  
Mario Chaumet  
María Cristina Vélez  
José María Lombardero  
Miriam Pasquinelli  
Jorge Stähli  
Martha Andrada  
Daniel Boccoli

##### Consejeros Estudiantiles

Cristina Bilicich  
Leandro Escobar  
Fabricio Luciani  
Germán I. Pinto  
Facundo Pagnanini  
Rodrigo Guerrero  
Daiana Gallo  
Julieta Saracini

##### Consejero No Docente

Ricardo Torrano

#### Consejero Graduado

Luis Horacio Vila

## CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

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

**Subdirectora:** Dra. María Isolina Dabóve (Investigadora del CIUNR)

**Secretarios Técnicos:** - Dra. Érika Nawojczyk (Becaria del CONICET)  
- Dr. Mariano H. Novelli (Becario del CONICET)

La Dirección del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social agradece la importante colaboración que, hasta este número de la Revista, ha brindado a sus publicaciones, durante largo tiempo, el anterior secretario técnico, abogado Walter Birchmeyer.

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

*Diseño y edición web:* Gabriel M. Salmén



# ÍNDICE

## **DOCTRINA**

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

- |  |   |
|--|---|
| <i>Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios.....</i> | 9 |
|--|---|

*Filosofía y sistema del Derecho de la Integración*

*(El complejo problemático del Derecho de la Integración.*

- |   |    |
|---|----|
| <i>Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración). ....</i> | 27 |
|---|----|

*Nuevamente sobre los efectos de la recepción jurídica*

- |                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| <i>en la cultura argentina.....</i> | 49 |
|-------------------------------------|----|

DABOVE, María Isolina

- |  |    |
|--|----|
| <i>Arqueología de la ciencia jurídica.....</i> | 63 |
|--|----|

LAPENTA, Eduardo Víctor

- |   |    |
|---|----|
| <i>Notas sobre la actuación del Estado como parte procesal.....</i> | 77 |
|---|----|

MEROI, Andrea A.

- |   |    |
|---|----|
| <i>Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica.....</i> | 83 |
|---|----|

NOVELLI, Mariano H.

*Las ideas de Kirchmann acerca de la ciencia jurídica.*

- |   |     |
|---|-----|
| <i>Consideraciones sobre Epistemología y Derecho.....</i> | 103 |
|---|-----|

## **APORTE A LA DOCENCIA**

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

- |  |     |
|--|-----|
| <i>Bases culturales del Derecho Comparado.....</i> | 113 |
|--|-----|



# **DOCTRINA**



# BASES DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA TRIALISTA PARA LA PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI\*

## I. Ideas básicas

1. Uno de los grandes desafíos del Derecho de nuestro tiempo es la superación de la “simplicidad pura” de la propuesta kelseniana con una “*complejidad pura*” que integre el objeto de la ciencia jurídica y en general el objeto del pensamiento jurídico con “normas”, hechos y valores. Hans Kelsen brindó un aporte de gran relevancia para la superación de la “complejidad impura” que disolvía el pensamiento jurídico en las ciencias sociales y las humanidades recientemente desarrolladas, en la biología y en el Derecho Natural, pero nos parece que sobre todo en nuestros días de *cambio de era de la historia*, cuando se presentan planteos antes inimaginables para las soluciones jurídicas, es imprescindible aprovechar la simplicidad pero superarla en la “*complejidad pura*”, que integre en el mundo jurídico, con alcance tridimensional, la realidad social, las normas y los valores sin confundirlos<sup>1</sup>.

A nuestro parecer, las bases más interesantes de la complejidad pura en el pensamiento del Derecho son brindadas por la *teoría trialista del mundo jurídico* que, dentro de la concepción tridimensional, refiere a *repartos* de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica al ser y especialmente la vida) (dimensión sociológica), descriptos e integrados por captaciones lógicas (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la *justicia* (dimensión dikelógica)<sup>2</sup>.

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

- 1 En ciertos ámbitos el desafío parece ser todavía prisionero del pensamiento exegético, cuyo legalismo la propia teoría pura intentó superar. De algún modo, la teoría fundada por Kelsen es –a semejanza de la de Gény o incluso la de Kantorowicz– un intento de salir de la exégesis, en su caso por una vía normativa (quizás se prefiera decir jurídica) pero a nuestro parecer ella misma ha resultado demasiado estrecha. En cuanto a la diferencia entre la teoría pura del Derecho y la exégesis, por ejemplo en relación con la seguridad jurídica, puede v. KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 163 y ss. –capítulo X–; cabe c. asimismo, Biblioteca Jurídica Virtual, Teoría pura del derecho, 2<sup>a</sup> ed., Kelsen, Hans, trad. Vernengo, Roberto J., <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039> (1-7-2006).
- 2 En cuanto a la necesidad de la tridimensionalidad en general, puede v. por ej. ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, trad. Jorge M. Seña, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Gedisa, 1997, v. gr., págs. 21 y ss., 94, etc. Respecto a la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6<sup>a</sup> ed., 5<sup>a</sup> reimp., Bs. As., Depalma, 1987; “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjectura

2. Según la propuesta trialista más actual<sup>3</sup>, las captaciones lógicas de los repartos se refieren a repartos proyectados y constituyen al fin reglas y normas, abarcables en general como dimensión normológica. Las descripciones y las integraciones lógicas son simultáneas. Al captar los repartos proyectados, las reglas y las normas los describen y los integran. Las *reglas* son captaciones hechas desde el punto de vista de los protagonistas y se expresan en términos de deber ser, por eso sólo pueden ser verdaderas o falsas en cuanto al contenido de la voluntad de los autores, pero no al cumplimiento<sup>4</sup>. Las *normas* son captaciones hechas desde el punto de vista de terceros, por esto pueden llamarse captaciones “neutrales” y pueden ser verdaderas o falsas no sólo en cuanto al contenido de la voluntad de los repartidores sino respecto de su cumplimiento<sup>5</sup>. Por su carácter más comprensivo, nos referiremos principalmente a las normas<sup>6</sup>. Las captaciones de los repartos proyectados pueden presentarse en normas más o menos completas, es decir más o menos precisas y reglamentadas, o necesitadas de precisión

del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

- 3 Relativamente diversa de la fundada por Werner Goldschmidt.
- 4 Las captaciones hechas desde el punto de vista de los protagonistas fueron concebidas por Goldschmidt con relación a los repartos autoritarios ordenancistas y las denominó imperativos (puede v. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 200 y ss.).
- 5 La terminología kelseniana es diversa (puede v. KELSEN, op. cit., Eudeba, págs. 45 y ss. –Cap. I, 3, d–). La palabra “regla” es afín a “rey”, a dirigir (puede v. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. IV, 1981, pág. 901). “Regla” es además afín a “precepto”, “instrucción” (es posible v. “Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana”, Madrid, Espasa-Calpe, t. L, págs. 230 y ss. y t. XLV, págs. 1336 y ss.; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 21<sup>a</sup>. ed., Madrid, t. II, 1992, pág. 1756). “Precepto” se relaciona con “concebir” (COROMINAS, op. cit., 1<sup>a</sup>. reimp., t. II, 1984, págs. 165/6). Las polémicas sobre la noción de “norma” han sido y son muy grandes (cabe recordar v. gr. SMITH, Juan Carlos, Dr., “Norma jurídica”, en “Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX, págs. 331 y ss.; NEGRI, Héctor, Dr., “Norma jurídica (la norma jurídica como mandato)”, en “Enciclopedia ...” cit., t. XX, págs. 361 y ss.; COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2<sup>a</sup>. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, págs. 199 y ss.; VASCONCELOS, Arnaldo, “Teoria da Norma Jurídica”, 5<sup>a</sup>. ed., 2<sup>a</sup>. tirada, San Pablo, Malheiros, 2002; GARCIA MAYNEZ, Eduardo, “Filosofía del Derecho”, 4<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa, 1983, págs. 259 y ss.; REALE, Miguel, “Filosofia do direito”, 5<sup>a</sup>. ed., San Pablo, Saraiva, t. II, 1969, págs. 447/8; RECASENS SICHES, Luis, “Introducción al estudio del Derecho”, 4<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa, 1977, págs. 121 y ss.; KELSEN, op. cit.; “Teoría general de las normas”, trad. Hugo Carlos Delory Jacobs, Trillas, México 1994; “Teoria geral das normas”, trad. José Florentino Duarte”, Porto Alegre, Fabris, 1986; HART, H. L. A., “El Concepto de Derecho”, trad. Genaro R. Carrión, 2<sup>a</sup>. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, págs. 23 y ss.; NINO, Carlos Santiago, “Introducción al análisis del derecho”, 2<sup>a</sup>. ed., Bs. As., Astrea, 1980, págs. 63 y ss.; VERNENGO, Roberto José, “Curso de Teoría General del Derecho”, Bs. As., Cooperadora de Ciencias Sociales, 1972, pág. 48; ALCHOURRON, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, “Análisis lógico y Derecho” (rec.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 1 y ss.). La palabra “norma” genera la posibilidad de referirse a la “normalidad”, que es ajustada a las normas, donde se encuentra el valor de la exactitud (el cumplimiento) (REAL ACADEMIA, op. cit., t. II, pág. 1447).
- 6 La diferenciación complementada de captaciones reglamentarias y normativas corresponde a la diversidad de funciones que cumple habitualmente el lenguaje normativo, orienta y promete.

o reglamentación, e incluso estar en meros *principios*, necesitados de desarrollo<sup>7</sup>.

La construcción trialista del objeto del pensamiento jurídico tiene su más relevante expresión en el *funcionamiento normativo*, motivado por la exigencia de los repartos proyectados de convertirse en repartos realizados.

El funcionamiento normativo abarca tareas muy diversas y cargadas de dificultades: el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis. Cabe reconocer un funcionamiento real y otro conjetural, es decir, en la conciencia general de la sociedad. El funcionamiento conjetural puede influir en el funcionamiento real; éste no sólo influye en el funcionamiento conjetural, cuando interviene, en principio lo excluye.

3. En el funcionamiento normativo la precisión y la reglamentación de las normatividades y el desarrollo de principios son en general tareas de *determinación*. El campo problemático de la determinación es uno de los que más desenvolvimiento ha tenido en los últimos tiempos, en parte porque la indeterminación es requerida por un cambio histórico tan significativo y, de ciertos modos, también porque permite introducir elementos afines al jusnaturalismo y ocultar el creciente protagonismo de los encargados del funcionamiento (por ej. los jueces) o incluso los referentes informales (v. gr. los comunicadores sociales).

La atención a los principios es asimismo significativa para la *elaboración* de las normas y las reglas, que integra las lagunas históricas y axiológicas del ordenamiento, muy vinculadas al cambio histórico, sea que se trate de principios de Derecho Positivo, afines a los que aparecen en la determinación pero más abstractos, o de principios meramente valorativos (autointegración y heterointegración).

El trialismo originario subraya, a nuestro parecer correctamente, que los principios necesitan *desarrollo* en la determinación e incluso pueden servir para la elaboración, pero estudios de los últimos tiempos han evidenciado, a nuestro criterio también con acierto, que

7 La referencia a la norma en sentido genérico puede atender a *normas (y reglas) completas*, a *normas incompletas* que necesitan precisión y reglamentación y a *principios de normas* que requieren desarrollo.

Según hemos señalado, cuando lo que está en cuestión no es la “completitud” sino el *punto de vista* de la captación, además de las normas, hechas desde el punto de vista de terceros, se presentan las reglas (para Goldschmidt imperativos), que son captaciones lógicas de repartos proyectados (para Goldschmidt repartos autoritarios ordenancistas) hechas desde el punto de vista de los protagonistas.

En cuanto a principios es posible v. por ej. DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, por ej. págs. 72 y ss.; “Taking Rights Seriously”, 2<sup>a</sup> ed., Londres, Duckworth, 1978; ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en “Doxa”, 5, págs. 139 y ss.; ATIENZA, Manuel - RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, en “Doxa”, 10, págs. 101 y ss.; Doxa, 12, págs. 327 y ss., Alexander Peczenik, Nota, Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_11.pdf) (1-7-2006); 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<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2003, págs. 93 y ss.

son en general *mandatos de optimización* que requieren *ponderación*<sup>8</sup>. Los principios están también más allá de las normatividades completas.

Las normatividades completas (a veces llamadas reglas) se excluyen radicalmente, los principios pueden utilizarse *gradualmente*<sup>9</sup>. Las normatividades completas reclaman directamente aplicación; los principios necesitan determinación o pertenecen al campo de la elaboración, a veces a través de la ponderación. La ponderación es una tarea especial del funcionamiento de los principios. Luego la normatividad producida necesita aplicación<sup>10</sup>.

4. Estimamos que las perspectivas de la propuesta de la *teoría trialista del mundo jurídico*, sobre todo en cuanto se refieren a *valores*, significan múltiples aportes de gran relieve para el esclarecimiento de la ponderación de los principios<sup>11</sup>. De cierto modo, los principios son *valores*, positivizados o no<sup>12</sup>.

La dinámica de los valores y los principios puede reconocerse en términos de la *teoría de las respuestas jurídicas y vitales* en general. En este sentido, es posible apreciar que los principios se *desenvuelven* en “plusmodelación”, “minusmodelación” y sustitución (fáctica y conceptual)<sup>13</sup>.

Atendiendo a los *alcances* y las *jerarquías* que *les adjudicamos*<sup>14</sup>, las *relaciones* entre valores y consecuentemente entre principios pueden ser de *coadyuvancia* o de *oposición*. La coadyuvancia puede presentarse en sentidos de *contribución* ascendente o descendente o de *integración* en el mismo nivel. La oposición puede manifestarse en sentidos legítimos

8 “Ponderar” es, desde los enfoques de nuestro interés, determinar el peso de algo, contrapesar, equilibrar, atribuir un peso a un elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada (pueden v. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, op. cit., t. II, pág. 1637; Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/-7-3-2006->).

Cabe c. ALEXY, op. cit., por ej. pág. 171 y ss.

9 Es posible v. íd., págs. 159 y ss., 184 y ss., etc.

10 En la *complejidad orgánica* del pensamiento jurídico, donde cabe diferenciar las perspectivas que en la realidad viven y que necesitan los autores de las normatividades, los encargados de su funcionamiento, los científicos, etc., el despliegue de los principios permite, con especial significación, cierta “liberación” del pensamiento de los encargados del funcionamiento (v. gr. los jueces).

11 El trialismo originario sostiene que hay valores objetivos, absolutos o relativos, y considera entre los primeros a la justicia. Desde nuestra perspectiva, sin entrar a la discusión sobre la objetividad o subjetividad de los valores, nos valemos de acuerdos respecto ellos que pueden servir de base para desarrollos de rigor científico entre quienes los compartan. Proponemos que la justicia sea considerado un valor absoluto (no sometido a otros valores jurídicos).

12 Cabe c. ALEXY, op. cit., pág. 164. Los principios se refieren a lo debido; los valores a lo mejor (ALEXY, op. cit., pág. 164).

13 Es posible v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, págs. 51 y ss. (reedición en “Investigación...” cit., N° 37, págs. 85/140); “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 3, págs. 83 y ss.

14 Ya que, a diferencia del fundador del trialismo, no sostenemos la objetividad de los valores.

de *sustitución* o ilegítimos de *secuestro*. Cuando el secuestro es ascendente se produce la *subversión*; si es descendente se origina la *inversión* y si ocurre en el mismo nivel hay *arrogación* del material de un valor por otro<sup>15</sup>.

Tomando, por ejemplo, los principios de *resguardo de la propiedad privada* y de *protección de la vida humana*<sup>16</sup>, es posible encontrar múltiples criterios de ponderación según las perspectivas valorativas trialistas<sup>17</sup>. Uno y otro principio se desenvuelven en plusmodelación, minusmodelación y sustitución y reciben contenidos y sobre todo jerarquías distintas en las diferentes circunstancias, que pueden coadyuvar y oponerse en los términos recién señalados. El desenvolvimiento y la jerarquización de los principios responden a su ponderación.

Como el mundo jurídico puede ser construido desde *diversas perspectivas* según se trate de los roles de *legislador, juez, abogado litigante, contratante, científico*, etc. también puede serlo la ponderación de principios<sup>18</sup>. En general, hoy el contratante tiende a ponderar la protección de la propiedad y el legislador y el juez resultan más afines a la ponderación de la protección de la vida.

15 La teoría de las respuestas jurídicas y vitales en general indica que ellas guardan posiciones de aislamiento y de relacionamiento en coexistencia de respuestas independientes, dominación, integración y desintegración (puede v. "Aportes..." cits., págs. 59 y ss.). El aislamiento tiende a mostrarse en la oposición por sustitución. La coexistencia y la integración expresan coadyuvancia por integración; la dominación se manifiesta en la coadyuvancia por contribución y en la arrogación.

16 Entendiendo a la vida, pese a su dificultad de conceptuación, como mero fenómeno biológico, como simple transcurso entre el nacimiento (o la concepción) y la muerte.

17 Puede v. nuestro estudio "Un pronunciamiento con amplias proyecciones problemáticas (notas de filosofía de la propiedad)", en "La Ley", Suplemento de Derecho Constitucional a cargo de Germán J. Bidart Campos, Bs. As., 23 de agosto de 2002, págs. 10/17, t. 2002-E, págs. 270 y ss.; cabe c. asimismo por ej. "Meditaciones filosófico históricas sobre la ubicación y el cuadro de los derechos reales", en "El Derecho", t. 100, págs. 886 y ss.

18 En otro despliegue, la consideración de las perspectivas en la comprensión del Derecho puede v. por ej. HART, op. cit., pág. 113.

Vale reconocer un *complejo diversificado* del pensamiento jurídico según los roles que se desempeñan. Aunque no es seguro que siempre se den las características que señalaremos en cada papel, es relevante atender a sus respectivas inclinaciones básicas. En general, el recurso a principios tiende a ampliar el papel del encargado del funcionamiento (v. gr. el juez). Las perspectivas de los abogados litigantes suelen variar según las posiciones en que se encuentren. El enfoque científico, relativamente externo, se orienta a procurar la integración de las otras comprensiones (es relevante, además, recorrer los despliegues del pensamiento jurídico en los sentidos del complejo de los *pronombres personales* –puede v. nuestro estudio "Comprensión del "complejo personal" a través de los pronombres personales", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 14, págs. 13 y ss.–).

## II. Perspectivas trialistas para la ponderación de los principios

### I) El mundo jurídico en general

#### a) Dimensión sociológica

5. La dimensión sociológica del mundo jurídico instala en el campo de las adjudicaciones de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica al ser y especialmente la vida), que son jurídicas cuando se relacionan con seres humanos. Los *repartos* son uno de los despliegues de las adjudicaciones jurídicas, las que provienen de la conducta de seres humanos determinables. Las adjudicaciones jurídicas abarcan no sólo *repartos*, sino *distribuciones*, producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Los repartos realizan el valor *conducción* y las distribuciones el valor *espontaneidad*. La conducción y la espontaneidad son sentidos para la ponderación. Podría sostenerse que básicamente la protección de la propiedad se vincula más con la conducción repartidora y en cambio el resguardo de la vida humana, al menos en situaciones de extrema necesidad, se orienta más a la realización de la espontaneidad de la naturaleza y las influencias humanas difusas. Es posible que en alguna medida la conducción sea más ponderable para el legislador y el juez y la espontaneidad para el contratante.

6. Los repartos pueden ser *autoritarios*, originados por imposición o *autónomos*, producidos por acuerdo de los interesados. Los primeros realizan el valor *poder*; los segundos el valor *cooperación*. El poder y la cooperación son perspectivas de ponderación. Tal vez pueda sostenerse que la protección de la propiedad se vincula más con el poder y el resguardo de la vida humana se relaciona hoy más con la cooperación. Al menos, la vida es un interés más común que la propiedad. Al legislador y el juez puede resultarles más ponderable el poder; al contratante la cooperación.

7. La ordenación de los repartos puede producirse por un *plan de gobierno en marcha* o por *ejemplaridad*. El plan de gobierno indica quiénes son los supremos repartidores (conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (criterios supremos de conducción) y cuando está en marcha realiza el valor *previsibilidad*. A la ejemplaridad, desenvuelta según el despliegue de modelos y seguimientos con apoyo en la razonabilidad, le es inherente el valor *solidaridad*. La previsibilidad y la solidaridad son referentes posibles de la ponderación. Según las circunstancias, puede resultar que el resguardo de la propiedad o la protección de la vida sean más afines a la previsibilidad o la solidaridad. Una sociedad fuertemente capitalista puede ponderar más a la previsibilidad e incluso la solidaridad en la protección de la propiedad, otra más humanista puede preferir más la solidaridad e incluso

la previsibilidad en el resguardo de la vida. Es posible que los contratantes ponderen más la ejemplaridad y los legisladores y los jueces se orienten más hacia la previsibilidad.

El conjunto del orden (régimen) satisface el valor homónimo *orden*. Cuando no se sabe quiénes son los supremos repartidores (conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (criterios supremos de conducción) se presenta la anarquía, a la que es inherente el “disvalor” *arbitrariedad*. El orden y la arbitrariedad son perspectivas de ponderación de los principios. Conforme a las circunstancias, la preservación de la propiedad o el resguardo de la vida pueden ser ponderados de diversas maneras en términos de orden y arbitrariedad. Al capitalismo mucho le va en la preservación del orden de la propiedad. A veces, el resguardo de la vida requiere cierta arbitrariedad. Cabe pensar que el legislador tenga especial inclinación a ponderar el orden. El juez y el contratante pueden tener más orientación a resolver en aras de lo particular, a veces con relativa proximidad a la arbitrariedad.

Los motivos por los que un régimen está dispuesto a ponderar otro principio por sobre la preservación de la vida es una de las mayores claves para comprender su sentido.

### *b) Dimensión normológica*

8. Como hemos indicado, según la propuesta trialista las *normas* son captaciones de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros; las *reglas* son captaciones hechas desde el punto de vista de los protagonistas. Las captaciones normativas describen los contenidos de la voluntad de los autores y su cumplimiento y al propio tiempo integran los repartos incorporándoles contenidos que promueven comportamientos diversos de los que corresponderían a la mera realidad. Por la descripción correcta de los contenidos las captaciones normativas pueden ser fieles; por la descripción correcta de su cumplimiento pueden ser exactas y por la integración pueden ser adecuadas. Por la capacidad de sus repartos de cambiar el resto de la realidad las captaciones normativas son impactantes. *Fidelidad, exactitud, adecuación e impacto* son despliegues que también pueden referirse a los principios, y perspectivas de su ponderación. Las posibilidades respectivas pueden llevar a preferir unos u otros. En el caso de los principios tomados como ejemplo, puede ser que la protección de la propiedad resulte más fiel, exacta, adecuada e impactante que la protección de la vida, cuya noción es más indefinida y cuya preservación general es más difícil y en el capitalismo menos impactante.

En general, las captaciones normativas del legislador son más impactantes y las del juez y el contratante son más fieles y exactas. Sin embargo, a veces las sentencias son muy impactantes y también lo son las grandes contrataciones. La adecuación arranca con frecuencia de la tarea del legislador. Los tres tipos de fuentes poseen distintas cercanías con la protección de la propiedad y la vida. Los contratos se remiten más a la propiedad; las leyes y las sentencias pueden estar más cercanas a la vida.

9. Las *fuentes reales* donde se originan las normas y las reglas son materiales o formales. Las *fuentes materiales* son los repartos mismos que las normatividades captan. Sin embargo, debajo de los repartos se desenvuelven fuentes más profundas que son distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Las *fuentes formales* son autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, resoluciones, sentencias, contratos, testamentos, etc.). Según la mayor o menor facilidad para su cambio, las fuentes formales pueden ser flexibles o rígidas; conforme a su elaboración con procedimientos de intervención mayor o menor, las fuentes pueden ser más o menos participativas y atendiendo a la posibilidad de adecuación a nuevas circunstancias, pueden ser más o menos elásticas. A su vez las fuentes pueden tener diferentes jerarquías. Con frecuencia las leyes son más rígidas, menos participativas, más elásticas y más jerarquizadas y los contratos son más flexibles, más participativos y menos elásticos y jerarquizados. Aunque los principios son en general flexibles y elásticos, puede resultar que la *flexibilidad* y la *rigidez*; la mayor o menor *participación*; la *elasticidad* o *inelasticidad* y la *jerarquía* mayor o menor de las fuentes que los establecen sean también perspectivas de su ponderación. Pese a que resulte sorprendente, en el bloque constitucional argentino la protección de la propiedad está en el texto constitucional propiamente dicho, que es más rígido y tiene más jerarquía que los tratados que establecen el resguardo del derecho a la vida. El legislador, el juez y el contratante suelen ponderar los principios contenidos en sus respectivas fuentes.

Además de las fuentes reales existen *fuentes de conocimiento*, que constituyen la *doctrina (ciencia jurídica)*. La ponderación de los principios del Derecho positivo tiende a pasar por el tamiz doctrinario de la búsqueda de lo que se considera verdad.

10. Como hemos señalado, para que el reparto proyectado captado en las normatividades llegue a ser reparto realizado es necesario que ellas *funcionen*, en tareas de *reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación y síntesis*, en lo *real* y lo *conjjetural*. En nuestro caso, es necesario que funcionen los principios. Una tarea específica del funcionamiento de los principios es su ponderación. Las posibilidades de *funcionamiento* de los principios pueden ser también perspectivas para su ponderación.

Es posible que en nuestra exemplificación la protección de la propiedad sea más fácil de reconocer, interpretar, determinar, aplicar y sintetizar, pero quizás el resguardo de la vida dé más amplia satisfacción a la elaboración y la argumentación. Principios de síntesis entre la protección de la propiedad y el resguardo de la vida, con diferente avance de este último, son la atención del *estado de necesidad* y el *derecho de necesidad*<sup>19</sup>. En el primero predomina más la propiedad, en el segundo más la vida. Parece que al menos en el ámbito conjetal del capitalismo el resguardo de la propiedad tiene más posibilidades que la protección de la vida.

19 Es posible v. nuestro estudio “Comprensión jusfilosófica del derecho y el estado de necesidad”, en “Revista de la Facultad de Derecho”, UNR, N° 10, págs. 43 y ss.

Aunque muchas veces las tareas suelen desenvolverse de manera relativamente oculta, cabe señalar diversidades de ponderación según las perspectivas de referencia. En la actividad de los autores más comunes de las normatividades a hacer funcionar (por ej. legisladores y contratantes) tiende a ponderarse más la interpretación como averiguación de su voluntad y suele tener resguardo la propiedad; en la actividad de los encargados del funcionamiento (v. gr. jueces) pueden predominar el reconocimiento, la determinación, la elaboración, la aplicación y la síntesis y puede abrirse más camino el amparo de la vida.

Dada su condición, los encargados del funcionamiento tienden a ocultar su protagonismo en términos de argumentación. La perspectiva judicial del Derecho, en cuanto a abogados litigantes e incluso jueces, procura ceñirse a menudo en esa tarea, donde encuentra un marco de ocultamiento de su poder<sup>20</sup>.

Corresponde a la ciencia jurídica desenmascarar en todas sus perspectivas las diversas posiciones, en cuanto al funcionamiento normativo y las ponderaciones respectivas.

11. Las captaciones normativas emplean *conceptos* que *integran* la realidad, dándole sentidos que ella en sí no posee. Se producen así “materializaciones”. Hay conceptos más institucionales, con mayor carga ideológica (de ideas), y otros más negociales, con carga ideológica menor. La *institucionalidad* y la *negocialidad* son perspectivas de ponderación de los principios. La propiedad es más negocial, la vida más institucional. Sin embargo, parece que en el capitalismo la institucionalidad de la propiedad se acrecienta. Los mayores despliegues de institucionalidad se desenvuelven en las perspectivas de legisladores y jueces y los de más negocialidad en los enfoques de los contratantes. La vida es una noción demasiado compleja para el contrato y para ser ponderada en él. De aquí el contraste señalado, por ej., en “El Mercader de Venecia”.

12. La propuesta trialista presenta al *ordenamiento normativo* como la captación lógica de un orden de repartos a la que corresponde al fin realizar el valor *coherencia*<sup>21</sup>. En el ordenamiento normativo argentino el resguardo de la propiedad tiene muchos más despliegues que la mera protección de la vida. Puede decirse, en consecuencia, que el principio de resguardo de la propiedad requiere un “sacrificio normativo” menor que el de la protección de la vida. En otro sentido, significa con frecuencia un menor sacrificio de la coherencia. El mayor o menor sacrificio normativo es una perspectiva de ponderación de los principios. Los legisladores y los contratantes, de cierto modo autores originarios de captaciones normativas, suelen tener menos sentido de sacrificio normativo. En cambio los jueces, como encargados

20 Los discursos de constituyentes, legisladores, jueces, abogados litigantes, administradores, investigadores, profesores, etc. suelen ser necesariamente distintos. Cada uno hace lo que quiere dentro de lo que puede y dice lo que quiere dentro de lo que puede.

21 Es la captación lógica de un orden de repartos hecha desde el punto de vista de un tercero. Puede decirse también captación lógica neutral de un orden de repartos.

del funcionamiento, pueden orientarse más a ese sacrificio. Al menos en regímenes como los nuestros, los legisladores y los contratantes se mantienen más en el resguardo de la propiedad y los jueces pueden hacer más por el amparo de la vida<sup>22</sup>.

### c) *Dimensión dikelógica*

13. La propuesta trialista incluye en la consideración jurídica un complejo de valores culminante en la *justicia*. Aunque el debate respecto de este valor es muy grande, creemos que su comprensión y desarrollo es posible entre quienes adopten un punto de partida común al respecto. En tal sentido, aceptamos la propuesta goldschmidtiana de considerar como principio supremo de justicia adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona. Proponemos, además, considerar por sobre el complejo especialmente jurídico al deber ser de lo humano en cada individuo, es decir, el valor humanidad. Los valores resultan, como hemos señalado, enfoques relativamente coincidentes con los principios y su ponderación hace, en consecuencia, a la ponderación de principios. La protección de la propiedad instala primariamente en la relación de la justicia con la *utilidad* y de modo indirecto en vinculación con la humanidad, el resguardo de la vida se refiere más a la justicia y a la *humanidad*. Aunque la humanidad es en principio superior a la utilidad, cabe señalar que según las circunstancias la humanidad puede requerir su concreción a través de la propiedad y la utilidad. El capitalismo tiende a pasar a la humanidad por el tamiz de la utilidad y la propiedad. Los contratantes suelen ponderar más la utilidad, los legisladores y los jueces tienden a orientarse más por la justicia y por su parte los científicos por la verdad. Nuevamente se advierte que el contrato, por su despliegue utilitario, resulta ámbito más idóneo para la protección de la propiedad, no para el resguardo de la vida.

Según lo señalado precedentemente, los principios en su afinidad con los valores pueden coadyuvar y sustituirse, pero una indebida preferencia por uno de ellos puede comprenderse en términos de arrogación.

14. En su calidad de valor, la justicia posee tres despliegues: *vale*, *valora* y *orienta*. En el Derecho, el material estimativo de la justicia es sobre todo el conjunto de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras<sup>23</sup>. La justicia es una categoría “*pantónoma*” (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como esa totalidad nos es inaccesible, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos necesitados de fraccionarla produciendo así seguridad jurídica. La comparación de los principios con las normatividades completas

22 Cabe referir que, por ejemplo, en el Derecho Positivo argentino el art. 16 del Código Civil hace una importante referencia a la concepción de los principios y su posición.

23 En la Moral lo son de manera principal las virtudes y los vicios.

evidencia que los primeros son más fácilmente sendas para el *desfraccionamiento* de lo que las normatividades completas no consideran. De aquí que suele afirmarse que, a diferencia de las normatividades completas, generan inseguridad.

La ponderación de los principios se comprende en el ámbito de la pantonomía de la justicia. Esa ponderación construye despliegues de desfraccionamiento y fraccionamiento diferentes, con disímiles alcances de seguridad. La protección de la propiedad y el resguardo último de la vida fraccionan y desfraccionan en sentidos diversos, de modo que aseguran perspectivas de valor diferentes. Al legislador le suelen ser viables desfraccionamientos que el juez tiene a menudo formalmente vedados. Por su parte, el punto de vista científico ha de tomar a su cargo el mayor conocimiento del desfraccionamiento posible. A la ciencia le corresponde “ir más allá” del Derecho positivizado por legisladores, abogados litigantes, jueces, administradores y contratantes. De aquí que el trialismo en su amplitud de perspectivas resulta básicamente como una propuesta científica.

Los valores orientan mediante *criterios generales*<sup>24</sup>. En sociedades como la nuestra el resguardo de la propiedad tienen más apoyo en criterios generales; el amparo de la vida necesita más la superación de estos criterios.

15. En base a la *clasificación de la justicia* relativamente clásica, los desenvolvimientos del trialismo proponen diversas categorías para su consideración que incluyen, por ejemplo, la justicia consensual y extraconsensual<sup>25</sup>, con o sin consideración (acepción) de personas<sup>26</sup>; simétrica o asimétrica<sup>27</sup>; comutativa y espontánea<sup>28</sup>; gubernamental y “partial”<sup>29</sup>, integral y sectorial<sup>30</sup>, de aislamiento y participación y particular o general<sup>31</sup>. Asimismo es viable reconocer la justicia “de partida” y “de llegada”<sup>32</sup> y la justicia de reglas generales o de equidad<sup>33</sup>, referida a los casos concretos. Las diferentes clases pueden constituir distintos enfoques para la ponderación de los principios. La protección de la propiedad es más afín a la justicia *sin consideración de personas* (limitada al papel de propietario), *simétrica, comutativa, de aislamiento y particular*; el resguardo básico de la vida se relaciona más con la justicia *con consideración de personas, asimétrica, espontánea, de participación y*

24 Existe relativa afinidad entre los criterios generales y los principios.

25 Remitida al consenso o ajena a la referencia a él.

26 Referida a las personas en su integridad o los roles recortados.

27 De más fácil o difícil comparación de las potencias e impotencias (el más radical promotor de la comparabilidad es la moneda).

28 Con o sin “contraprestación”.

29 Proveniente del todo o una parte.

30 Dirigida al todo o a una parte.

31 Referida al bien particular o común.

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

33 Cabe c. nuestro artículo “Comprensión jusfilosófica de la equidad”, en “El Derecho”, t. 155, págs. 685 y ss.

general. Tradicionalmente el amparo de la propiedad ha sido en principio más consensual y el de la vida extraconsensual; sin embargo en la actualidad el consenso hipotético consensualiza también el amparo a la vida. En las concepciones del presente, la protección de la propiedad se vincula más con la justicia de *partida* y el resguardo de la vida se relaciona más con la justicia de *llegada*. La protección de la propiedad es más afín a las reglas generales y el resguardo de la vida requiere a menudo referencias a la equidad.

A las perspectivas del legislador y el juez les son más afines la justicia extraconsensual, asimétrica, espontánea y general. El legislador está más próximo a la justicia sin consideración (acepción) de personas, en tanto el juez es más afín a la justicia con consideración de personas. El legislador se relaciona más con la justicia gubernamental (que proviene del todo) e integral (dirigida al todo) y el juez se remite más a la justicia “partial” y en especial sectorial. El contratante se dirige más a la justicia consensual, sin consideración de personas, simétrica, comutativa, parcial, sectorial, de aislamiento y particular. En principio, el legislador puede referirse más a la justicia de llegada, en tanto el juez debería orientarse más a la de partida, pero es éste quien tiene la llegada más al alcance de su comprensión. El legislador tiende a considerar las reglas generales y el juez a referirse más a la equidad. El científico ha de aprovechar todas las perspectivas de pensamiento de la justicia. Al legislador y sobre todo al juez, con sus afinidades de clases de justicia, les corresponde más la protección de la vida; en tanto al contratante le interesa más el resguardo de la propiedad.

16. Si se acepta el *principio supremo* de justicia presentado por Werner Goldschmidt, de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir para convertirse en persona, los principios en general pueden ser ponderados atendiendo a sus diferentes relaciones con los elementos de los repartos y la constitución del régimen.

El análisis de los *repartos* se refiere a sus repartidores (conductores), recipientes (beneficiados y gravados), objetos (potencia e impotencia), forma (camino previo para llegar a su comienzo) y razones (móviles, razones alegadas y razones sociales).

Atendiendo al principio supremo referido, la *justicia de los repartos* se remite sobre todo a la autonomía de los interesados y a las figuras relativamente análogas de la paraautonomía (acuerdo de los interesados en la identidad de los repartidores), infraautonomía (acuerdo de la mayoría) y criptoautonomía (acuerdo de los interesados si conocieran el reparto; v gr. en la gestión de negocios ajenos sin mandato). Este despliegue se refiere sobre todo a la calidad de los repartidores, pero en un sentido algo más cercano a los objetos de los repartos se legitiman, con menor significación, los repartidores aristocráticos (caracterizados por una superioridad moral, científica o técnica). Los sentidos de la legitimidad de los repartidores son también perspectivas para la ponderación de los principios. En nuestro caso, la protección de la propiedad se relaciona más con la *aristocracia*, en tanto el resguardo de la vida tiene proyecciones más *autónomas e infraautónomas* (democráticas) e incluso *criptoautónomas*.

(v. gr. en la protección de la vida de los niños). Pese a la creencia platónica, la vida en general es demasiado compleja para ser resuelta debidamente en una legitimación aristocrática. El punto de vista del contratante tiende a ponderar más la autonomía y el amparo de la propiedad, en tanto las perspectivas del legislador y el juez se orientan a ponderar más la infraautonomía y la aristocracia y el resguardo de la vida. De cierto modo, el enfoque del científico puede orientarse más a la aristocracia.

Los repartidores pueden tener *responsabilidades* por sus propios repartos y por el régimen en su conjunto. El resguardo de la propiedad es más afín a la responsabilidad por el *reparto aislado*; el amparo de la vida se vincula más con la responsabilidad *por el régimen*. En principio, las perspectivas del contratante y el juez se refieren más a la responsabilidad por el reparto aislado; la del legislador a la responsabilidad por el régimen. Sin embargo, en nuestro tiempo se incrementa el punto de vista del juez en relación con el conjunto.

La legitimidad de los *recipriendarios* se refiere básicamente a la conducta (el mérito) y a la necesidad (el merecimiento). La perspectiva de la propiedad lleva a la ponderación del *mérito*; la de la necesidad conduce a la ponderación del *merecimiento*. De cierto modo, el contratante se orienta más a la ponderación del mérito y el legislador y el juez a la ponderación del merecimiento.

La legitimidad de los *objetos* abarca una pluralidad de perspectivas que incluyen la vida, la propiedad, la verdad, la educación, etc. Los objetos que en justicia deben ser repartidos son *repartidores*. Es notorio que la protección de la *propiedad* y el amparo de la *vida* se refieren a diferentes perspectivas de la justicia del objeto del reparto. La propiedad ha de ser un instrumento para la vida plena. Urge que, en cambio, la vida y la muerte no se conviertan también en propiedad y en mercancía<sup>34</sup>. A la luz de las respuestas jurídicas y vitales, es relevante que la propiedad no domine a la vida atribuyéndose su calificación exclusiva y permitiendo que se le haga fraude. Importa que la propiedad no termine avasallando la riqueza de la vida. El enfoque del contratante se remite más al resguardo de la propiedad; los puntos de vista del legislador y el juez pueden referirse más al amparo de la vida y la perspectiva del científico procura adjudicar más verdad.

La legitimidad de la *forma* se apoya en general en la audiencia. Cuando se trata de un reparto autoritario, la audiencia significa proceso y no mera imposición; si se trata de un reparto autónomo, es negociación y no adhesión. Aunque la cuestión es muy discutible, parece que al menos en la concepción dominante la afinidad de la protección de la vida con el

<sup>34</sup> Es posible v. MARX - ENGELS, “El Manifiesto del Partido Comunista”, en MARX, Karl, “El Manifiesto Comunista y otros ensayos”, trad. Progreso, Madrid, Sarpe, 1985, págs. 27 y ss.; Marx & F. Engels, Manifiesto del Partido Comunista (1848), <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm> (28-3-2006); cabe c. v. gr. FROMM, Erich, “¿Tener o ser?”, trad. Carlos Valdés, 3<sup>a</sup>. reimp., Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1981. Es posible señalar la propiedad como síntesis del propio ser (puede v. Heidegger en castellano, El concepto de tiempo, Martin Heidegger, trad. Raúl Gabás Pallás y Jesús Adrián Escudero, [http://personales.ciudad.com.ar/M\\_heidegger/tiempo\\_pallas\\_escudero.htm](http://personales.ciudad.com.ar/M_heidegger/tiempo_pallas_escudero.htm) (27-3-2006)).

reparto autoritario la vincula más con la búsqueda del *proceso* y la relación del resguardo de la propiedad con la invocación del reparto autónomo la vincula más con la pretensión de la *negociación*. La vida es más procesal y la propiedad más negocial. La audiencia del legislador y el juez se concreta mediante el proceso que los vincula más a la plenitud de la vida; en el curso de la negociación la audiencia del contratante se acerca más a la propiedad.

La legitimidad de las *razones* significa que el reparto ha de tener *fundamentación*. La fundamentación a realizar puede ser también un criterio de ponderación. El resguardo de la propiedad y el amparo de la vida requieren fundamentaciones diferentes, con criterios diversos. Parece que en las sociedades capitalistas al menos todavía es más fácil la fundamentación de la propiedad que la de la vida. Quizás la fundamentación más necesaria y difícil sea la de la tarea judicial<sup>35</sup>.

17. También la *justicia del régimen* produce perspectivas de ponderación de los principios. Para que un régimen sea justo ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, esto significa que ha de ser humanista y no totalitario. El humanismo puede ser abstencionista o intervencionista (paternalista). El primero es, en general, más acorde con el requerimiento fundamental de libertad del individuo, pero también puede ser necesaria la intervención del régimen. Abstencionismo e intervencionismo son enfoques para la ponderación de los principios. La protección de la propiedad se vincula más con el *abstencionismo* y el resguardo de la vida suele apoyarse más en el *intervencionismo*. La perspectiva del contratante tiende a apoyarse más en el abstencionismo y por esa vía en el resguardo de la propiedad; los enfoques del juez y el legislador pueden referirse más al intervencionismo y por esa ruta a la protección de la vida.

Para que el régimen sea justo ha de atender a la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres. Esto necesita de manera respectiva el liberalismo político, la democracia y la “res publica” (cosa común). Los tres despliegues son perspectivas de ponderación de los principios. La *unicidad* y el *liberalismo*, sobre todo en su proyección económica, suelen ser referidos más al resguardo de la propiedad; la *igualdad* y la *democracia* y la *comunidad* y la “res publica” tienden a ser más remitidas al amparo de la vida. En general el contratante e incluso el juez tienden a ponderar más la unicidad y el liberalismo; el legislador se orienta más a la preferencia por la igualdad y la democracia y, sobre todo, la comunidad y la “res publica”.

Para que el régimen sea justo ha de *proteger* al individuo contra todas las amenazas, de los demás como individuos y como régimen, de sí mismo y “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). El amparo de la propiedad resguarda sobre todo contra lo demás en el sentido de *miseria*, en tanto el resguardo de la vida tiene un alcance *más general*. La ponderación de la protección de la vida tiene un alcance más general; la jerarquización del

35 Los pronunciamientos judiciales son en general la “última palabra” del Derecho.

resguardo de la propiedad se relaciona más específicamente con el amparo contra los demás como individuos y como régimen y frente a lo demás. Al contratante le es particularmente afín el resguardo contra los demás como individuos y como régimen; en cambio al legislador y al juez le resultan más relevantes el amparo contra los demás individuos, ante el propio individuo y respecto de lo demás.

A través de las perspectivas de la conversión de los individuos en personas cabe reconocer partidos y principios más afines a los *individuos* que ya se han convertido en *personas* y los que procuran lograrlo. En este sentido, la protección de la propiedad es más afín a las personas y el resguardo de la vida abarca más a los individuos que buscan todavía personalizarse. La contratación resguarda más a las personas, el legislador y sobre todo el juez tienen más tarea respecto de los individuos.

## **2) *Las ramas del mundo jurídico***

18. En el complejo de las ramas del mundo jurídico, a nuestro parecer signadas por especiales características en las dimensiones sociológica, normológica y, sobre todo, dikelógica, pese a su amplia proyección, al punto que el sistema es nombrado con referencia a la protección de la propiedad-capital, de modo tradicional el resguardo de la propiedad se relaciona especialmente con el Derecho Constitucional, el Derecho Civil Patrimonial y el Derecho Penal, en tanto el resguardo de la vida se vincula más con el Derecho Penal y a veces el Derecho de la Previsión Social. Sin embargo, el principio de protección de la vida se ha ido expandiendo en casi todas las ramas de manera muy relevante. El contratante se instala más en el Derecho Civil Patrimonial y de modo correlativo el amparo de la propiedad, en tanto el legislador y el juez tienen más proyecciones al Derecho Constitucional y el Derecho Procesal y asimismo pueden atender más a la protección de la vida<sup>36</sup>.

## **3) *El horizonte histórico***

19. Los principios “viven” y tienen a través del *tiempo* y el *espacio* diversas posibilidades de ponderación. El momento culminante de la referencia a la protección de la propiedad es el que se abre con pensadores como Locke y abarca la Edad Contemporánea; en nuestros días al menos en el discurso se ha incrementado el resguardo de la vida.

El célebre fundador del empirismo inglés llegó a decir, en uno de los sentidos en que empleaba el término propiedad, que “los hombres entran en sociedad movidos por el impulso de salvaguardar lo que constituye su propiedad”<sup>37</sup>. Marx y Engels señalaron la tendencia

36 Es posible c. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación...” cit., Nº 32, págs. 33/76.

37 Puede v. por ej. LOCKE, John, “Ensayo sobre el gobierno civil”, trad. Amando Lázaro Ros, Bs. As., 1969,

capitalista a la conversión del mundo, incluso de los seres humanos, en mercancía<sup>38</sup>.

Las normatividades signadas por el predominio de la protección de la propiedad han sido sucedidas por otras que incorporan también la jerarquía del derecho a la vida<sup>39</sup>. La Declaración Universal de los Derechos Humanos se refiere al derecho a la vida principalmente en el art. 3 y al derecho a la propiedad en el art. 17<sup>40</sup>. Parece que en nuestro tiempo al menos en la ideología el derecho a la vida es en general ponderado más que el derecho a la propiedad.

### III. Conclusión

20. Estimamos, en consecuencia, que la integración trialista brinda importantes referencias para el *despliegue*, la *situación* y la *ponderación* de los principios jurídicos.

Permite reconocer sus *despliegues* de plusmodelación, minusmodelación y sustitución y sus *situaciones* de coadyuvancia y oposición y de aislamiento y relación en cuanto a coexistencia, dominación, integración y desintegración.

Permite asimismo *ponderarlos* según sus *afinidadades diversas*:

- a) En la *dimensión sociológica*, con la conducción o la espontaneidad; el poder o la cooperación; la previsibilidad o la solidaridad y el orden o la arbitrariedad.
- b) En la *dimensión normológica*, con la fidelidad, la exactitud, la adecuación y el impacto; la flexibilidad o la rigidez; la participación; la elasticidad; las posibilidades de verdad y de funcionamiento; la institucionalidad y la negocialidad; el sacrificio normativo y la coherencia.
- c) En la *dimensión dikelógica*, con el complejo de valores y sus principales despliegues de justicia, utilidad, verdad, amor y humanidad; con la seguridad o la inseguridad; con la justicia consensual o extraconsensual, sin o con consideración de personas, simétrica o asimétrica, comutativa o espontánea, gubernamental o parcial, integral o sectorial, de aislamiento o de participación, particular o general y de partida o de llegada, y con la justicia de reglas generales o de equidad. Cabe ponderar según la legitimación autónoma o aristocrática; la responsabilidad por los repartos aislados o por el régimen; la legitimación por méritos o merecimientos; de los diversos objetos repartidores; según las clases de audiencia y conforme a la fundamentación. Es posible ponderar atendiendo a la justicia del humanismo o la injusticia del totalitarismo; al

pág. 167; asimismo John Locke (1632-1704), [http://www.geocities.com/alcaide\\_econoh/john\\_locke.htm](http://www.geocities.com/alcaide_econoh/john_locke.htm) (28-3-2006).

38 MARX - ENGELS, op. cit.

39 Es posible v. por ej. Breve síntesis de textos sobre el derecho a la vida, <http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/breve.html> (28-3-2006); Derechos Humanos, <http://www.derhumanos.com.ar/derecho%20a%20la%20vida.htm> (28-3-2006).

40 Derechos humanos para todos, Declaración Universal de los Derechos humanos, <http://www.un.org/spanish/aboutun/rights.htm> (28-3-2006).

humanismo abstencionista o intervencionista; a la unicidad, la igualdad o la “res publica”; a la protección contra los demás individuos o el régimen, el propio individuo y “lo demás” y a las posiciones de los individuos que ya son personas y los que procuran serlo.

- d) En cuanto a las *ramas del mundo jurídico*, puede ponderarse a los principios según los ámbitos en que encuentran más o menos acogida.
- e) Asimismo, cabe ponderar a los principios conforme a los *marcos temporales* con que tienen más o menos afinidad.



# FILOSOFÍA Y SISTEMA DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

(El complejo problemático del Derecho de la Integración.  
Hacia la autonomía científica del Derecho de la Integración)

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI\*

## I. Introducción

1. A nuestro parecer la manera más interesante de construir el objeto de la ciencia jurídica es la que, dentro de la gran corriente integrativista y del tridimensionalismo, propone la *teoría trialista del mundo jurídico*<sup>1</sup>. Conforme a la propuesta trialista, el objeto de la ciencia jurídica ha de ser el conjunto de los repartos de “potencia” e “impotencia” (de lo que favorece o perjudica al ser y a la vida), captados por normas que los describen e integran y valorados (los repartos y las normas) por la justicia<sup>2</sup>. La propuesta trialista presenta una *complejidad pura* superadora de la simplicidad pura kelseniana, que a su vez superó a la complejidad impura<sup>3</sup>.

La teoría pura del Derecho avanzó respecto de la complejidad impura en que el Derecho positivo era acosado por nuevos saberes y el Derecho Natural. Entre los nuevos saberes se encontraban la Economía, la Sociología, la Historia, la Antropología, la Psicología y luego se incorporó el mismo frente la Lingüística. Sin embargo, la teoría pura, que logró una simplicidad pura, aisló al Derecho en las normas, apartó al pensamiento jurídico de las posibilidades de relacionarse con la realidad, lo que resulta de especial gravedad en días de nuestro cambio de era de la historia<sup>4</sup>. A nuestro parecer, el interrogante central de la teoría jurídica es hoy cómo superar a Kelsen sin retroceder a la complejidad impura.

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

- 1 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6<sup>a</sup>. ed., 5<sup>a</sup> reimp. Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; también cabe c. v. gr. “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.
- 2 Sin entrar al debate a nuestro criterio infructuoso entre el objetivismo y el subjetivismo acerca de la justicia, creemos que es posible un debate científico respecto de ella cuando se comparte alguna base que luego puede desenvolverse con rigor.
- 3 Cabe c. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. XVII/XVIII.
- 4 Pueden v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. La particularidad del nuevo tiempo está signada por grandes cambios en la internacionalidad tradicional (que incluye la integración) y revoluciones en las comunicaciones, la información y, sobre todo, las posibilidades de la genética humana.

2. El *Derecho* tiene relativa *autonomía* respecto de otros objetos que le son próximos, como la Economía, la Ciencia, la Medicina, la Religión, etc. Esa autonomía puede diversificarse en lo material, lo científico, lo académico y lo educativo.

La particularidad *material* se muestra en rasgos de la tridimensionalidad antes referida. Es sociológica, normológica y axiológica, pero a nuestro parecer culmina en consideraciones de justicia. Aunque la cuestión es debatida, por ejemplo en el análisis económico del Derecho, creemos que el objeto jurídico ha de ser referido al fin al valor justicia<sup>5</sup>. La autonomía material es acompañada por la especificidad de la *ciencia*, que en nuestro caso tiene la estructura de la teoría trialista del mundo jurídico. La particularidad *académica* consiste en la enseñanza en instituciones propias, que alcanzan casi siempre el nivel de facultades. La especificidad *educativa* se manifiesta a través de la adquisición de potencialidades propias, al fin una sensibilidad y una personalidad especial, la personalidad del jurista<sup>6</sup>.

Son diferenciables diversas *áreas* o *ramas* del *Derecho* que forman un complejo cuyo estudio integrado debe realizarse en la Teoría General del Derecho como disciplina referida no sólo a lo común de todo lo jurídico sino a lo abarcativo de sus diversas expresiones<sup>7</sup>. En ese marco de complejidad de las ramas jurídicas, éstas pueden tener *autonomía* material, científica, legislativa, judicial, administrativa, académica y educativa.

La autonomía *material* existe en la medida que el área posee particularidades sociológicas, normológicas y axiológicas que culminan en específicas exigencias de justicia. La autonomía *científica* se alcanza cuando el saber es sistematizado. La autonomía *legislativa* se obtiene cuando la rama cuenta con fuentes legislativas en sentido amplio que le son propias, sobre todo si se alcanza la codificación. La autonomía *administrativa* se logra si la rama cuenta con órganos administrativos especiales. La autonomía *académica* se obtiene cuando hay cátedras especiales. La autonomía *educativa* corresponde al especial espíritu que brinda la educación al respecto.

En el complejo de las ramas jurídicas hay algunas que corresponden a realidades y sentidos *tradicionales*, como el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Constitucional, el Derecho Procesal, etc. y otras más recientes se desenvuelven por la existencia de *realidades nuevas* o por el afianzamiento de *sentidos nuevos* en fenómenos tradicionales. El complejo de las ramas puede presentar *carencias históricas* por novedades problemáticas o *carencias axiológicas* por replanteos de los sentidos. En el primer caso están, por ejemplo, el Derecho

5 Cabe c. nuestro artículo “Aportes de análisis económico del Derecho para la teoría trialista del mundo jurídico”, en “Investigación y Docencia”, Nº 37, págs. 21/38.

6 Es posible v. nuestros “Estudios de Filosofía...” cits. t. II, 1984, págs. 174 y ss.

7 Cabe c. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación...” cit., Nº 32, págs. 33/76. El conjunto de las ramas forma el Derecho de la Cultura (es posible v. nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993). Puede c. nuestro estudio “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1965.

de la Integración<sup>8</sup>, el Derecho Informático<sup>9</sup> y el Bioderecho<sup>10</sup>; en el segundo el Derecho de la Educación<sup>11</sup>, el Derecho de la Salud<sup>12</sup>, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología<sup>13</sup>, el Derecho del Arte<sup>14</sup> y el Derecho de la Ancianidad<sup>15</sup>.

Las ramas que responden a carencias históricas pueden ocupar a menudo espacios “a la par” de las tradicionales y en alguna medida “compiten” con ellas; las que corresponden a carencias axiológicas suelen enriquecer “transversalmente” los sentidos históricos tradicionales. Algunos casos son “atípicos”. El Derecho Internacional es relativamente transversal, está sólo “quebrado”, hasta ahora, por la división de Derecho Público y Derecho Privado. El Derecho de la Integración se sitúa a la par del Derecho Internacional, Público o Privado, y de cierta manera “compite” con ambos; el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte y el Derecho de la Ancianidad nutren transversalmente a las ramas tradicionales<sup>16</sup>.

Las autonomías de las materias “viven” y se relacionan entre sí, algunas veces se debilitan y otras se fortalecen. Por ejemplo, en la escuela de la exégesis la autonomía científica del Derecho Civil fue muy débil, quedando prisionera de la autonomía legislativa, en cambio, el sistema savigniano dio a la ciencia civilista una gran autonomía. Las autonomías materiales del Derecho Civil y de varias de sus ramas hoy están en importante cambio, con respectivas conmociones en la estructura científica<sup>17</sup>. La autonomía científica del Derecho Internacional Privado tuvo su más alta expresión cuando Werner Goldschmidt dotó a esa ciencia del

8 V. bibliografía citada al final.

9 Puede c. nuestro artículo “Informática, Derecho y Sociedad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 17, págs. 21 y ss.

10 Es posible v. nuestro estudio “Introducción general al Bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., N° 22, págs. 19 y ss. (y en “Bioética y Bioderecho”, N° 2, págs. 11 y ss.).

11 Pueden c. nuestros artículos “Derecho de la Educación y economía”, en “Investigación...” cit., N° 17, págs. 43 y ss.; “Derecho de la Educación”, en “Academia”, año 3, N° 5, págs. 135/154.

12 Cabe c. nuestro artículo “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, págs. 19/32.

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

14 Es posible v. nuestro trabajo “El Derecho y el Arte”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., N° 14, págs. 37 y ss.

15 Puede v. por ej. nuestro estudio “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., N° 20, págs. 35 y ss.

16 Cabe c. v. gr. nuestros trabajos “Aportes para la Filosofía del Derecho de la Integración”, en “Derecho de la Integración”, N° 4, págs. 53 y ss.; “Filosofía del Derecho de la Integración y del Mercosur”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), “La Filosofía del Derecho en el Mercosur - Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossío”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997, págs. 13 y ss.

A veces se afirma que fenómenos como el de la Unión Europea son intermedios entre la internacionalidad con intergubernamentalidad y la federación, aunque también se sostiene que tienen un carácter propio y evolutivo, diverso de los demás fenómenos de interrelación (puede v. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, “Manual de Derecho de la Comunidad Europea”, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, Dijusa, 2002, págs. 178 y ss.).

17 Es posible v. nuestro artículo “La vida de la división “pentárquica” del Derecho Civil en la cultura argentina actual”, en “Jurisprudencia Argentina”, 2006-I, fasc. 5, págs. 3/14.

sistema de la concepción normológica; entonces la autonomía material nacida en mucho en 1849 poseyó una fuerte autonomía científica. Luego esta autonomía decayó, en razón de la gran commoción producida en la autonomía material –provocando la alarma de juristas como el propio Goldschmidt<sup>18</sup>– pero creemos que ahora está en condiciones de recuperación en el curso de la actualización de la concepción normológica que venimos desarrollando.

En cuanto a la autonomía legislativa en general, mucho tiene que ver el tema de la codificación, la descodificación y la recodificación<sup>19</sup>. Cada concepción de la importancia de las autonomías es expresión de una concepción del Derecho. El panorama de autonomías visto desde un enfoque economicista es muy diverso del que se advierte desde otra espiritualista.

En la autonomía científica hay espacios jurídicos excepcionales donde el ámbito espacial, temporal o personal prevalece sobre la materia, en los que la diversidad de las fuentes aplicables suele determinar el curso del estudio, pero hay muchos otros, sobre todo cuando se trata de ámbitos relativamente comunes, donde la materia ha de prevalecer sobre el ámbito. Lo primero sucede, v. gr., cuando el Derecho Constitucional se divide según se trate de la referencia al Derecho Constitucional Federal o Provincial. Lo segundo ocurre, por ejemplo, en el Derecho Civil y el Derecho Internacional Privado, en el Derecho Comercial, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo, etc. Aunque estén en distintas fuentes, las soluciones se consideran próximas por los temas que tratan.

Las “partes generales” son los testimonios de una autonomía científica “fuerte” de la materia de referencia. Otras materias, en cambio, tienen una autonomía científica “débil”, prisionera de las fuentes, puede decirse de la construcción “legislativa”, como suele ocurrir con el Derecho de la Integración de nuestros días, tal vez hasta ahora demasiado “joven” para lograr su sistematización.

En general, el pensamiento leibniziano, más referido a la razón, ha promovido autonomías científicas más fuertes, en cambio el cartesiano envuelto en la exégesis ha generado autonomías más débiles y el empirismo del common law ha debilitado aún más el interés al respecto. Nuestros días de la postmodernidad tienden a debilitar, no a reconstruir, la autonomía científica, con la confusión (la complejidad impura) que esto trae aparejado. Sin embargo, esperamos que la recomposición de la autonomía científica contribuya a orientar cambios que pueden desorientar y confundir.

La autonomía material y la autonomía científica son perspectivas muy relevantes del gran diálogo entre *historia y razón* que se desenvuelve en general en este campo<sup>20</sup>.

18 GOLDSCHMIDT, Werner, “El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos”, Bs. As., de Belgrano, 1979, esp. págs. 7 y ss.

19 Puede v. IRTI, Natalino, “L’età della decodificazione”, Giuffrè, 1979.

20 Como respuestas jurídicas, las autonomías pueden guardar entre sí dinámicas de plusmodelación, minusmodelación y sustitución y situaciones de aislamiento, coexistencia de perspectivas independientes, dominación, integración y desintegración. Estas situaciones de las autonomías se reconocen según cuál califica, cuál fija los alcances de los problemas, si son posibles el fraude y el reenvío y si hay posibilidades de

3. En este caso nos ocuparemos del *Derecho de la Integración* con miras a desenvolver su *Filosofía y su sistema científico*, en especial en cuanto a sus problemas generales. Para hacerlo aprovecharemos las bases de la *teoría trialista* y la experiencia lograda en el *Derecho Internacional Privado* a través de la *concepción normológica* de su ciencia, fundada también por Werner Goldschmidt<sup>21</sup>.

## II. Filosofía del Derecho de la Integración: su concepto

4. Desde la perspectiva del integrativismo tridimensionalista trialista cabe construir el *concepto* de Derecho de la Integración, a menudo oculto bajo presentaciones exegéticas, incluyendo casos interestatales y sus soluciones (*dimensión sociológica*), captados por normas apoyadas en los métodos de originalidad y derivación (*dimensión normológica*) e inspirados en la construcción de *espacios comunes* a través de la libertad, la armonización y la cooperación requeridas por la justicia (*dimensión axiológica* –o *dikelógica*–).

La libertad, la armonización y la cooperación incluyen los principios más importantes que, en un nivel superior de integración, de tipo comunitario, ha señalado en gran medida el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: proporcionalidad, solidaridad, equilibrio institucional en el ámbito de las competencias y de las delegaciones, preferencia comunitaria en los intercambios internacionales, no discriminación, confianza, etc.<sup>22</sup>.

El espacio común puede ser evaluado con miras a *diferentes valores*: la relación habitual de la integración con la economía lo vincula con la utilidad, pero también puede ser pensado, como en el Derecho de la Integración, con referencia a la *justicia*. En general es posible construir un espacio común de justicia, utilidad, salud, verdad, belleza, etc. Quizás pueda pensarse en un espacio común de humanidad. En el terreno de la expansión de la persona cabe un espacio común de educación y en el de su limitación para la convivencia con las demás personas puede tenerse en cuenta un espacio común de seguridad.

5. Las *clases* de integración, a veces consideradas etapas, que a menudo son referidas a la economía, también pueden entenderse en sentidos jurídicos y culturales. Se trata de

rechazo de una autonomía respecto de otra (es posible v. nuestros “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–).

21 Es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, “La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado”, Barcelona, Bosch, 1935; “Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2<sup>a</sup>. ed., Bs. As., EJEA, t. I, 1952, págs. 239 y ss.; “Derecho Internacional Privado”, 6<sup>a</sup>. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 85 y ss. Cabe c. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado” (“Una nueva versión de la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado”, “Filosofía de la doble adjudicación como problema jurídico general y en especial en el marco jusprivatista internacional”, “Filosofía del concurso internacional”), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 5 y ss.

22 MOLINA DEL POZO, op. cit., pág. 506.

diversas construcciones económicas, pero también jurídicas y culturales en general. De cierto modo son distintas *profundidades* de la integración.

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

### III. Sistema y nombre del Derecho de la Integración

6. El concepto antes referido muestra, a nuestro entender, que el Derecho de la Integración posee autonomía material. A partir del siglo XVI fue quedando constituida la *comunidad internacional*, primero pública y luego privada. En nuestro caso, nos referimos a las *comunidades de la integración*, donde las relaciones entre los Estados son más estrechas que en el Derecho Internacional pero menos estrechas que las de la estatalidad.

El Derecho de la Integración tiene, a menudo, una relevante autonomía legislativa, lograda de manera principal a través de tratados, protocolos y un complejo de nuevas fuentes que responden a sus exigencias. La autonomía legislativa en el Mercosur, que se manifiesta en gran medida en su importante complejo de protocolos, ha sido considerada a veces excesiva. Mucho se logró a través de la autonomía judicial que brindan los tribunales de las Comunidades Europeas y, por analogía, mucho se procura obtener a través de tribunales del Mercosur que van consiguiendo cierto desarrollo<sup>23</sup>. También existen expresiones de autonomía administrativa, fuerte en la Unión Europea, como lo muestran las oficinas de Bruselas, y menos desarrollada en el Mercosur, según lo exhibe la Secretaría General de Montevideo. En el marco de la autonomía académica, expresada por ejemplo en la Acción Jean Monnet, cabe inscribir también la instauración de Derecho de la Integración como disciplina de obligatoriedad general en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En cuanto a la autonomía educativa, importa advertir que la integración forma en un importante sentido de aproximación entre los pueblos. La integración cabal de los pueblos es también integración de los hombres individualmente considerados.

Hasta ahora el Derecho de la Integración tiene, a menudo, una autonomía científica “débil”, prisionera de las fuentes. Esperamos que mediante el método sistemático que

23 Es posible v. nuestro estudio “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

desarrollamos en este estudio permita que cuente con una *autonomía científica “fuerte”*, análoga a la de las otras materias jurídicas donde los temas superan a la presentación de las fuentes.

A semejanza del Derecho Internacional Privado, el Derecho de la Integración posee niveles de Derecho aplicable, jurisdicción y despliegue procesal; de casos “abiertos” y “cerrados”, pero en nuestro avance hacia el sistema del Derecho de la Integración nos ocuparemos especialmente de los problemas generales relacionados con el Derecho aplicable.

Estimamos que la autonomía científica del Derecho de la Integración aportará a la construcción más sólida de la autonomía en lo material, legislativo, judicial, administrativo, académico y educativo.

7. La *concepción normológica* de la ciencia del Derecho Internacional Privado hace de la estructura de la norma la base del sistema de sus problemas generales. Los problemas del Derecho Internacional Privado del conflicto de leyes fueron descubiertos históricamente en estrecha relación con la necesidad de mantener y desarrollar el equilibrio de la comunidad jusprivatista internacional.

La *comunidad internacional* se constituyó con Estados independientes, respetuosos de la independencia de los demás, que tenían entre sí relaciones económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc. suficientemente estrechas para requerir una compleja regulación jurídica<sup>24</sup>. Cuando Savigny afirmó la existencia de la *comunidad jusprivatista internacional* en la cual los Estados se encuentran obligados por derecho consuetudinario a aplicar la ley más vinculada con cada caso<sup>25</sup>, el mantenimiento de la existencia de los Estados con sus particularidades hizo necesaria la reserva del orden público<sup>26</sup>. Para preservar la división de los Estados en la comunidad internacional respecto de la manipulación no admitida de las partes, fue necesario tematizar el fraude a la ley, en el cual se “desubica” temporal y espacialmente el caso para obtener consecuencias que el legislador prohíbe. La diversidad de las conexiones entre los Estados planteó el problema del reenvío, en el cual el Derecho aplicable puede remitir a otro Derecho. La diferencia de los alcances conceptuales entre los Estados provocó la cuestión de las calificaciones, donde se averigua cuál es el Derecho llamado a definir en último término los conceptos empleados en la norma. La tensión entre la sistematicidad de

24 En cuanto a la historia del Derecho Internacional, pueden v. por ej. VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, 5<sup>a</sup> ed., con la colaboración de Stephen VEROSTA y Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, nueva edición Manuel Molina Ortega, 6<sup>a</sup> ed., Madrid, Aguilar, 1980, págs. 8 y ss.; KORFF, Serge A. (Baron), “Introduction à l’histoire du droit international”, en “Recueil des Cours” de la Académie de Droit International, t. 1, págs. 5 y ss.

25 SAVIGNY, F. C. de, “Sistema del Derecho Romano Actual”, trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, págs. 137 y ss. (párrafo CCCXLVIII).

26 Cabe c. nuestro artículo “Meditaciones trialistas sobre el orden público”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1977-II, págs. 711 y ss.

los Derechos y la diversidad internacional generó la cuestión previa, donde se ha de saber si los problemas previos y posteriores serán jerarquizados o considerados equivalentes.

Este orden *histórico* fue superado a través de la *razón* de la captación normativa cuando Werner Goldschmidt fundó la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado<sup>27</sup>. La *norma* como captación lógica neutral de un reparto proyectado tiene un antecedente y una consecuencia jurídica, que captan respectivamente el problema y su reglamentación. A su vez, cada uno posee características positivas y negativas que deben estar respectivamente presentes o ausentes para que la norma funcione. Las características positivas presentan la voluntad “directa” del repartidor autor de la norma; las características negativas del antecedente evitan que el caso sea desviado y las características negativas de la consecuencia jurídica excluyen los desvíos de la solución.

En la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado, que sistematiza los problemas comunes de esa materia según la estructura de la norma “generalísima” de la misma (norma sin contenidos específicos, contractuales, sucesorios, etc.), el problema de las calificaciones se refiere a toda la norma menos el orden público; la cuestión previa se presenta en las características positivas del antecedente; el fraude a la ley se manifiesta en las características negativas del antecedente; el problema del reenvío es cuestión de las características positivas de la consecuencia jurídica y el orden público a posteriori corresponde a las características negativas de la misma consecuencia.

También los grandes *problemas generales* del Derecho de la Integración pueden sistematizarse conforme a la norma generalísima. Nuestro estudio comienza la constitución de la *concepción normológica de la ciencia del Derecho de la Integración*, que en este caso trataremos sólo en cuanto a las cuestiones del Derecho de fondo.

La referencia a toda la norma, como en todos los casos de contactos de sistemas significativos diversos, genera el problema de las *calificaciones*. Las características positivas del antecedente son el lugar de la *delimitación de los problemas*. Las características negativas del antecedente brindan el sitio sistemático de las *salvaguardas*, que protegen la existencia diversa de los Estados<sup>28</sup> y el *fraude a la ley*, que resguarda a la estructura integrada del abuso de las partes<sup>29</sup>. Las características positivas de la consecuencia jurídica constituyen el lugar

27 Consideramos que, en el diálogo permanente entre historia y razón, están dadas las condiciones para avanzar en la sistematización de la materia como venimos haciéndolo.

28 La cláusula de salvaguarda es una medida de protección del comercio o del régimen en general de un Estado en la integración. Su objetivo es resolver dificultades de adaptación que puedan afectar a un sector o ámbito en un Estado miembro, principalmente como consecuencia de la integración de un nuevo Estado miembro. Estas dificultades suelen estar relacionadas, v. gr., con una fuerte y repentina presión competitiva sobre algún mercado de productos. Eso significa que un Estado miembro podría pedir autorización para adoptar medidas de protección para corregir la situación y adaptar el sector de que se trate a la economía del mercado interior.

29 En los casos de integración de nuevas unidades se reprime el fraude a las leyes de todos los ámbitos a integrar, pero el concepto de fraude se elastiza facilitando la opción por las respuestas de distintos sectores (es posible v. nuestros “Aportes para una teoría...” cits.).

de la configuración del *espacio integrado*, con sus distintas *profundidades* y las *libertades fundamentales*<sup>30</sup>. Las características negativas de la consecuencia jurídica son el sitio de la reserva del *orden público* que resguarda al fin la individualidad de los Estados<sup>31</sup>.

8. El sistema del Derecho de la Integración lleva a diferenciar, como en las diversas ramas del Derecho que tengan autonomía material y científica, una *Parte General* y otra *Especial*.

En la Parte General del Derecho de la Integración corresponde tratar: a) el concepto, la ciencia, la autonomía y el nombre de la materia; b) los grandes modelos de la materia en el espacio y el tiempo; c) el análisis de la realidad social, las normas y los valores de la materia y su horizonte político.

En la Parte Especial del Derecho de la Integración se han de considerar, tridimensionalmente: a) las perspectivas “iusprivatistas”; b) las perspectivas “iuspublicistas”; c) los derechos sociales; y d) la solución de controversias. Además conviene atender a la estrategia en la materia.

9. Como consecuencia de lo expuesto, entendemos que el sistema del Derecho de la Integración, que consolida su autonomía científica, ha de desarrollarse del siguiente modo:

## A) Parte General:

### Capítulo I. Concepto, ciencia, autonomía y nombre del Derecho de la Integración

1. *Concepto*: Derecho, su estructura y sus relaciones con la economía, la ciencia, el arte, la educación, etc. Integración y sus perspectivas múltiples en el Derecho, la economía, la ciencia, el arte, la educación, etc. Derecho de la Integración. Historia y prospectiva de la integración. Los tipos de integración. La integración como manera de los contactos de respuestas jurídicas. Internacionalidad. Globalización/ marginación. El Derecho Universal.
2. *Ciencia*: El sistema de la ciencia del Derecho de la Integración, su construcción normológica; los grandes problemas estructurales.
  - a) Los problemas del Derecho de fondo. La referencia a toda la norma: calificaciones. Las características positivas del antecedente: la delimitación de los problemas. Las características negativas del antecedente: las salvaguardas y el fraude a la ley. Las características positivas de la consecuencia jurídica: el espacio integrado, las

30 En la integración las posibilidades de reenvío disminuyen; suelen buscarse soluciones directas, sean comunes a los ámbitos en contacto o propias del sector recibido.

31 No obstante, la integración se vale de la disminución de las reservas entre los partícipes del proceso.

libertades fundamentales. Las características negativas de la consecuencia jurídica: el orden público.

- b) Los problemas de la jurisdicción.
  - c) Los problemas de la transposición procesal.
3. *Autonomía*: Las relaciones con otras ramas jurídicas. Autonomía material, “legislativa”, judicial, administrativa, científica, académica y educativa.
  4. *Nombre*: El Derecho de la Integración, su diferencia con el Derecho Comunitario.

## **Capítulo II. Los grandes modelos de integración**

Unión Europea, ALALC, CARICOM, Comunidad Andina, ALADI, NAFTA, ALCA, ASEAN, APEC, Unión del Magreb Árabe, Comunidad del África Oriental, Comunidad Económica de los Estados del África Occidental, Unión Aduanera y Económica del África Central, Unión Monetaria del Oeste Africano, etc. Especial referencia al Mercosur. Sus condiciones, fortalezas y debilidades. Relaciones interbloques.

## **Capítulo III. Bases trialistas del Derecho de la Integración**

### *1. La realidad social en el Derecho de la Integración:*

- 1') La conducción. La naturaleza y las influencias humanas difusas. Los destinatarios, los objetos, la forma y las razones.
- 2') La planificación. La ejemplaridad. El orden.
- 3') Los límites. Simetrías y asimetrías.
- 4') La originalidad y la recepción. La asimilación y el rechazo.
- 5') Las regiones en la integración, integración interna y externa. La integración como proceso y como situación.

### *2. Las normas en el Derecho de la Integración:*

- 1') Los órganos productores de normas.
- 2') Las fuentes, su especificidad y jerarquía. El funcionamiento. Los principios. La indeterminación. La carencia histórica. La problemática de la subsidiariedad. Aplicación y efecto. La problemática de la aplicación directa.
- 3') Monojuridismo y plurijuridismo. Los alcances de las normas como respuestas en el espacio, el tiempo y las personas. La dinámica de plusmodelación, minusmodelación y sustitución. Ampliación y reducción, ritmos, profundización y superficialización. Los contactos de integración, coexistencia de unidades independientes, dominación y desintegración. Armonización, uniformación y unificación.
- 4') Integración y soberanía. Intergubernamentalidad y supranacionalidad. El Derecho originario y el derivado.

3. *Los valores en el Derecho de la Integración:*

- 1') La justicia. La utilidad.
- 2') Las clases de justicia.
- 3') La apertura a la pantonomía y la seguridad. La virtud como compromiso.
- 4') La legitimidad de los conductores, recipiendarios, objetos, formas y razones.
- 5') El humanismo. La protección del individuo en la integración. Liberalismo político y cultural, democracia, comunidad y desarrollo en la realización del régimen de justicia.

4. *Los horizontes políticos del Derecho de la Integración:*

Política económica, política científica y técnica, política artística, política educacional, política de seguridad, etc.

**B) Parte Especial:**

**Capítulo IV. Perspectivas “iusprivatistas” de la integración**

1. La persona.
2. El patrimonio:
  - Los bienes y los contratos
  - Los capitales
  - Los servicios
3. La familia.
4. La sucesión.

**Capítulo V. Perspectivas “iuspublicistas” de la integración**

1. Los derechos humanos.
2. La ciudadanía, el liberalismo político y la democracia.
3. La administración y la tributación.
4. El régimen penal.

**Capítulo VI. Los derechos sociales en la integración**

1. El régimen laboral.
2. La previsión y la seguridad social.
3. La educación, la ciencia y el arte.

## Capítulo VII. La solución de controversias en la integración

1. La solución de controversias en general.
2. La jurisdicción.
3. La cooperación (transposición) judicial, arbitral y administrativa. El auxilio. El reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos.

### C) Estrategia argentina:

## Capítulo VIII. Bases y desarrollo de la estrategia argentina para la integración.

10. El *nombre* Derecho de la Integración<sup>32</sup> vale como designación genérica, pero cuando se alcanza la supranacionalidad es representativo el nombre Derecho Comunitario.

La partícula “*de*” del Derecho de la Integración evidencia que, como toda expresión compleja, puede centrarse en una de sus partes “Derecho” o en la otra, “Integración”, en su especificidad y totalidad respectiva.

La tensión resulta de cierto modo desplazada hacia el adjetivo “comunitario” en el nombre “Derecho Comunitario”. El Diccionario de la Lengua Española indica que por antonomasia la palabra “comunitario” indica perteneciente o relativo a la Comunidad Económica Europea<sup>33</sup>. Si, como esperamos, se desarrolla la Unión incluso hacia la confederación, habrá que considerar si se cambia o no el nombre histórico de la materia.

## APÉNDICE (Bibliografía orientadora de Derecho de la Integración)

Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Anuario Argentino de Derecho Internacional

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americanos de Derecho Internacional

Anuario Mexicano de Derecho Internacional

Boletín de las Comunidades Europeas

Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social

Boletín de Lecturas Sociales y Económicas

32 Integrar es de cierto modo formar un nuevo “*entero*” (en cuanto a la afinidad entre integración y entero, puede v. por ej. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. II, 1980, págs. 642 y ss.).

33 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, <http://www.rae.es/> (14-6-2006).

- Boletín Electrónico Noticias de la Integración  
Boletín Informativo Techint  
Boletín Mercosur  
Boletín Oficial de la República Argentina  
Boletín Oficial del Mercosur  
Comercio Exterior  
Coyuntura y Desarrollo  
Cuadernos de Negocios Internacionales e Integración  
Cuadernos Europeos de Deusto  
Comercio Exterior  
Contribuciones  
Débats sur l'Europe  
Derecho de la Integración  
Derecho Internacional y de la Integración  
Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE, antes DOCE)  
Dossier Europa  
Estrategia para el Nuevo Milenio  
Estudios Internacionales  
Estudos da Integragcao  
Europa e Diritto Privato  
Gazeta Mercantil  
Informe Banco Interamericano de Desarrollo  
Integración Latinoamericana  
Integración & Comercio  
Investigación y Docencia  
Journal de droit international  
Newsletter - MercosurABC  
Puente @ Europa  
Realidad Económica  
Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes  
Recueil des Cours de la Académie de Droit International  
Recueil des Cours de la Académie de Droit Européen  
REDIM  
Répertoire Dalloz de Droit Communautaire  
Revista Argentina de Régimen de la Administración Pública  
Revista de Comercio Exterior e Integración  
Revista de Derecho del Mercosur  
Revista de Derecho Privado y Comunitario

Revista de Estudios Europeos

Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social

Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones

Revista de Derecho Internacional y del Mercosur

Revista de ECSA-Argentina

Revista de Estudios Europeos (Valladolid)

Revista Española de Derecho Internacional

Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe

Revista de la CEPAL

Revista Latinoamericana de Desarrollo Económico

Revue critique de droit international privé

Revue du marché unique européen

Revue générale de droit international public

Revue internationale de droit comparé

Revue trimestrielle de droit européen

Revue internationale de droit comparé

Rivista di Diritto Europeo

Temas de integracao

Yearbook of European Law

*Algunas publicaciones han sido discontinuadas.*

Proyecto Digesto Jurídico Argentino (obra presentada al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación)

Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, Luxemburgo, Comunidades Europeas, 2003

Páginas en Internet, principalmente de la Comisión Europea ([http://ec.europa.eu/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/index_es.htm)), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (<http://www.investing-in-europe.com/es/html/tribu.htm>), el Parlamento Europeo ([http://www.europarl.europa.eu/home/default\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/home/default_es.htm)), la Delegación de la Comisión Europea en la Argentina (<http://www.delarg.cec.eu.int/index.htm>), la obra Jean Monnet y los diversos centros de información europea, ECSA (<http://www.ecsanet.org/>), ECSA Argentina (<http://www.ecsanet.org/members/ecsa-arg.htm>), Europa@Internet, <http://www.uv.es/cde/euinternet/>, el European University Institute (<http://www.iue.it/>), el IELEPI (<http://www.ielepi.com/>), la ALADI (<http://www.aladi.org/>, en especial Biblioteca, <http://www.aladi.org/biblioteca/aladi/biblio/Mercosur2.html>), el Mercosur (<http://www.mercosur.int/msweb/>), la Secretaría del Mercosur (<http://www.mercosur.int/msweb/principal/contenido.asp>), el Tribunal Permanente de Revisión

del Mercosur (<http://www.mre.gov.py/tribunal/inicio.htm>), la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur (<http://www.cpcmercosur.gov.ar/>), el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (<http://www.mrecic.gov.ar/>), Infoleg (<http://infoleg.mecon.gov.ar/>), las Leyes Sancionadas por el Congreso Nacional argentino relativas al Mercosur (<http://www.cpcmercosur.gov.ar/normas.htm>), la Fundación Exportar (<http://www.exportar.org.ar/>), ExportaPymes (<http://www.exportapymes.com/>), el Ministério das Relações Exteriores (<http://www.mre.gov.br/>), el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay (<http://www.mrree.gub.uy/mrree/index.htm>), el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay (<http://www.mre.gov.py/>), las Páginas sobre el Mercosur en las Universidades (<http://www.rau.edu.uy/mercosur/m-univ.htm>), la Cámara de Comercio del Mercosur Latinoamérica ([http://www.ticamer.org/varios/boletin\\_oficial\\_del\\_ticamer.htm](http://www.ticamer.org/varios/boletin_oficial_del_ticamer.htm)), el ALCA ([http://www.ftaa-alca.org/alca\\_s.asp](http://www.ftaa-alca.org/alca_s.asp)), la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo (<http://www.grupomontevideo.edu.uy/>) ; en relación con el NAFTA (<http://www.mac.doc.gov/nafta/>), el Convenio Andrés Bello (<http://www.cab.int.co/cab13/index.php>), la Comunidad Andina (<http://www.comunidadandina.org/>), la Comunidad del Caribe (<http://www.americaeconomica.com/zonas/caricom.htm>; <http://www.caricom.org/>), la ASEAN (<http://www.aseansec.org/>), la AEC (<http://www.dfa.gov.za/foreign/Multilateral/africa/aec.htm>) y la Organización Mundial del Comercio (<http://www.wto.org/indexsp.htm>). Asimismo: Centro de Estudios Comunitarios ([http://www.rosario.gov.ar/sitio/rrii/archivos/cec\\_redim.pdf](http://www.rosario.gov.ar/sitio/rrii/archivos/cec_redim.pdf)) y Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (<http://centrodefilosofia.org.ar>).

También, por ej., Selección de sitios sobre la Unión Europea (<http://savoirscdi.cndp.fr/international/Europe/institutions.htm>), el Portal Bioceánico ([http://www.portalbioceanico.com/re\\_integrationsupraregional\\_geografia.htm](http://www.portalbioceanico.com/re_integrationsupraregional_geografia.htm)). Pueden c. también Associazione Universitaria Studi Europei (<http://www.unipv.it/cdepv/ause/index.php?page=pubb>); FLACSO (<http://www.flacso.org/>); INTAL (<http://www.iadb.org/intal/index.asp>); BID (<http://www.iadb.org/index.cfm?language=spanish>); CARI (<http://www.cari1.org.ar/>); Canal Mercosur (<http://www2.uol.com.br/actasoft/actamercosul/espanhol/index.htm>); El Dial.com, Biblioteca Jurídica on line ([http://nosuscriptores.eldial.com/bases/sql/nuevocom\\_xbuscar\\_doctrina\\_indice.asp?numeroindice=10&temadoc=Derecho%20Internacional%20y%20Derecho%20Comparado&numingr=](http://nosuscriptores.eldial.com/bases/sql/nuevocom_xbuscar_doctrina_indice.asp?numeroindice=10&temadoc=Derecho%20Internacional%20y%20Derecho%20Comparado&numingr=)); Gazeta Mercantil.Com.Br (<http://www.gazeta.com.br/pt/default.aspx>); EMVI (<http://www.eumed.net/cursecon/17/17-2.htm>); Istituto de Relações Intenacionais, Solucao de Controvérsias no MERCOSUR, Olga Maria Cordeiro Balster ([http://www.iribr.com/papers/olga\\_maría\\_cordeiro\\_balster\\_01.asp](http://www.iribr.com/papers/olga_maría_cordeiro_balster_01.asp)); Grupo Accursio (<http://perso.wanadoo.es/karras65/index.htm>).

Por otra parte cabe c. por ej. Reconquista Popular, Interesante reportaje a Helio Jaguaribe (<http://archives.econ.utah.edu/archives/reconquista-popular/2003w19/msg00172.htm>). Siempre es relevante consultar la información disponible en el sitio en Internet de la

Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UBA (<http://157.92.112.30/bibder/>). También en la Biblioteca del H. Congreso de la Nación (<http://www.bcnbib.gov.ar/>); la Biblioteca Central de la Comisión Europea ([http://ec.europa.eu/libraries/doc/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/libraries/doc/index_es.htm)); la Biblioteca Nacional (<http://www.bibnal.edu.ar/>) y la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América (<http://www.loc.gov/index.html>).

Fechas de consulta: mayo de 2006

- ABELLAN HONRUBIA, Victoria, “Lecciones de derecho comunitario europeo”, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel, 1998
- ACCIOLY, Elizabeth, “Mercosur & Unión Europea”, 2<sup>a</sup>. ed., Curitiba, Jaruá, 1998
- ALEMANN y otros, “Comercio internacional, integración y estabilidad monetaria”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996
- ALONSO GARCÍA, Enrique, “El Derecho ambiental de la Comunidad Europea”, Madrid, Civitas - Fundación Universidad Empresa, 1993
- ALONSO GARCIA, Ricardo, “Derecho Comunitario”, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994
- ALONSO GARCIA, Ricardo, “Derecho Comunitario y Derechos nacionales”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999
- ALTERINI, Atilio, “El sistema jurídico del Mercosur”, Bs. As., Abeledo Perrot, 1994
- 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”, Bs. As., La Ley, 2005
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz y otros, “Introducción al Derecho de la Unión Europea”, Madrid, Eurolex, 1996
- ARNAUD, Vicente Guillermo, “Mercosur, Unión Europea, Nafta y los procesos de integración regional”, 2<sup>a</sup>. Ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999
- AS. VS., “Desafíos del Mercosur”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997
- AS. VS., “Estudios en homenaje a la doctora Berta Kaller de Orchansky”, Córdoba, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2004
- AS. VS., “Mercosur y Derecho Comunitario”, Universidad Federal de Santa María, Porto Alegre., Livraria dos Advogados, 1997
- BALASSA, Bela, “Teoría de la integración económica”, trad. Jorge Laris Casilla, México, U.T.E.H.A., 1964
- BALLARINO, Tito, “Manuale breve di diritto dell’Unione Europea”, Padua, Cedam, 2004
- BAQUERO LAZCANO, Emilio y otros, “Tratado de Derecho Internacional Público Profundizado”, Córdoba, Lerner
- BARON KNOLL DE BERTOLOTTI, Silvina, “Administración y gobierno del Mercosur”, Bs. As., Depalma, 1997

- BARRA, Rodolfo Carlos, “Fuentes del ordenamiento de la integración”, Bs. As., Ábaco, 1998
- BASALDUA, Ricardo Xavier, “Mercosur y Derecho de la Integración”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999
- BASSO, Maristela (org.), “Mercosul : Seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-membros”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995
- BENEYTO, José María - MARTINEZ ECHEVARRIA, Alfonso (dir), “El espacio financiero único en la Unión Europea: los mercados de valores”, Madrid, Marcial Pons, 2005
- BOGGIANO, Antonio, “Tratado de Derecho Internacional”, Bs. As, La Ley, 1996
- BORCHARDT, Klaus-Dieter Dr., “El ABC del Derecho Comunitario”, 5<sup>a</sup>. ed., Comisión Europea, [http://webcursos.uai.cl/file.php/264/INSTITUCIONES\\_Y\\_DERECHO\\_DE\\_LA\\_UNION\\_EUROPEA/El\\_ABC\\_del\\_Derecho\\_Comunitario.pdf](http://webcursos.uai.cl/file.php/264/INSTITUCIONES_Y_DERECHO_DE_LA_UNION_EUROPEA/El_ABC_del_Derecho_Comunitario.pdf)
- CALONGE VELÁSQUEZ, Antonio (coord.), “Políticas comunitarias. Bases Jurídicas”, Valladolid, Instituto de Estudios Europeos Universidad de Valladolid - Caja Duero - Editorial Lex Nova, 2002
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 24, págs. 41/56
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (reedición en “Investigación y Docencia”, Nº 37, págs. 85/140)
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases culturales de la ampliación de la Unión Europea y de la relación de la Unión Europea con América Latina”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 27, págs. 101/112
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 27, págs. 113/126
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases culturales de la relación de la Unión Europea en el mundo actual, con especial referencia al Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, Nº 14, págs. 23/33
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Contribution de la Théorie Générale des Réponses Juridiques au Plurijuridisme”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 28, págs. 9/17
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), “Del Mercosur”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1996
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El derecho internacional ante una posible

“preconstitucionalidad” mundial”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, año 10, t. II, págs. 859/875

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

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estrategia jusprivatista internacional en el Mercosur”, en “Investigación...” cit., Nº 27, págs. 62 y ss.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la Jurisdicción - Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era”, en “La Ley”, 26-5-2006, págs. 1/4

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), “La Filosofía del Derecho en el Mercosur”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La Integración Regional. Una Vía Relevante para la Construcción del Contrato Social en Nuestro Tiempo”, en ALTERINI, Atilio Aníbal (dir.), “Ideas para la Formulación de un Nuevo Contrato Social”, Bs. As., La Ley, 2006, págs. 21/40

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La integración, un camino para superar la globalización/ marginación en la universalización”, en “Derecho de la Integración”, Nº 16, págs. 31/37

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Nº 11, t. II, págs. 719/738

COING, Helmut (Prof. Dr.), “Derecho Privado Europeo”, trad. Prof. Dr. Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, “Traité de Droit Comparé”, París, L.G.D.J., 1972/4

D'ANGELIS, Wagner Rocha, “Mercosul. Da Intergovernabilidade à Supranacionalidade?”, Curitiba, Jaruá, 2001

DAVID, René - JAUFFRET-SPINOSI, Camille, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10<sup>a</sup>. ed., París, Dalloz, 1992

DEL'OLMO, Florisbal de Souza, “Augusto Teixeira de Freitas, el protojurista del Mercosur”, en “Lecciones y Ensayos”, 2002-77, págs. 237 y ss.

DE QUADROS, Fausto, “Direito da União Europeia”, Coimbra, Almedina, 2004

DIAZ-AMBRONA BARDAJI, María Dolores (dir.), “Derecho Civil Comunitario”, Madrid,

Colex, 2004

- DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, "La posición del Derecho Internacional en el ordenamiento comunitario", Madrid, McGraw-Hill, 1998
- DRAETTA, Ugo, "Elementi di diritto dell'Unione Europea", 4<sup>a</sup>. ed, Giuffrè, 2004
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El Mercosur", Bs. As., Zavalía, 1997
- DREYZIN de KLOR, Adriana, "Temas de Derecho de la Integración - Derecho Internacional Privado", Córdoba, Advocatus, 1998
- DREYZIN DE KLOR, Adriana - SARACHO CORNET, Teresita, "Trámites judiciales internacionales", Bs. As., Zavalía, 2005
- DREYZIN DE KLOR, Adriana - URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, "Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional", Bs. As., Zavalía
- DRNAS DE CLEMENT, Zlata (coord.), "Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto Rey Caro", Córdoba, Lerner, 2002
- DROMI, Roberto, "Código del Mercosur", Bs. As., Ciudad Argentina
- DROMI, Roberto - EKMEDJIAN, Miguel Á. - RIVERA, Julio C., "Derecho Comunitario", Bs. As., Ciudad Argentina, 1995
- EKMEKDJIAN, Miguel Á., "Hacia la república latinoamericana", Bs. As., Depalma, 1991
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Introducción al Derecho Comunitario", 2<sup>a</sup>. ed., Bs. As., Depalma, 1996
- ESTOUP, Luis Alejandro - FERNANDEZ REYES, Jorge (dir.), "Derecho Vigente del Mercosur", Bs. As., La Ley, 2001
- ETALA, María C., "Contratos laborales en el Mercosur", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997
- FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara - RODRIGUEZ, Mónica Sofía, "El ABC del Derecho Internacional Privado de la Integración", en Mundo Jurídico, [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=536](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=536), 12-5-2006.
- FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), "Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur", Bs. As., Zavalía, 2003
- FERRER, Juan de la Cruz - CANO MONTEJANO, José Carlos (coord.), "Rumbo a Europa", Madrid, Dykinson, 2002
- FREELAND LOPEZ LECUBE, Alejandro, "Manual de Derecho Comunitario", Bs., As., Ábaco, 1996
- GALERA RODRIGO, Susana, "La aplicación administrativa del Derecho Comunitario", Madrid, Junta de Andalucía - IAAP - Civitas, 1998
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - TIZZANO, Antonio - ALONSO GARCIA, Ricardo, "Código de la Unión Europea", Madrid, Civitas, 1996
- GARCIA GHIRELLI, José L. (rec.), "Tratados y Documentos Internacionales", 11<sup>a</sup>. ed., renov. por Paz García Ghirelli, Bs. As., Zavalía, 2000
- GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6<sup>a</sup>. ed., 5<sup>a</sup>. reimp., Bs. As., Depalma, 1987

- GONZALEZ OLDEKOP, Florencia, “La integración y sus instituciones”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997
- HÖFFE, Otfried, “Derecho intercultural”, trad. Rafael Sevilla, Barcelona, Gedisa, 2000
- HUMMER, Waldemar - Prager, Dieter, “Gatt, ALADI y Nafta”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998
- IZA, Alejandro O., “Unión Europea. ¿Paradigma de integración?”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2004
- JARDEL, Silvia - BARRAZA, Alejandro, “Mercosur. Aspectos Jurídicos y Económicos”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998
- JIMENEZ PERNAS, Carlos (ed.), “Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo”, Madrid, Universidad de Alcalá - Marcial Pons, 2003
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿El ALCA ¿Integración o incorporación?”, en “Revista Latinoamericana de Derecho”, N°3, págs. 177 y ss.
- KUNZLER, Jacob Paulo - MACIEL, Carlos, “Mercosul e o mercado internacional”, 2<sup>a</sup>. ed., Puerto Alegre, Ortiz, 1995
- LATTUCA, Ada - CIURO CALDANI, Miguel Á., (coord.), “Economía Globalizada y Mercosur”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998
- LOSANO, Mario G., “Los grandes sistemas jurídicos”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982
- LOUIS, Jean-Victor, “L’ordre juridique communautaire”, 5<sup>a</sup>. ed., Luxemburgo, Commission des Communautés Européennes, 1990
- MANGAS MARTIN, Araceli, “Instituciones y Derecho de la Unión Europea”, Madrid, Tecnos, 2002
- MANSUETTI, Hugo Roberto, “Derecho del Trabajo en el Mercosur”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1999
- MENGOZZI, Paolo, “Derecho Comunitario y de la Unión Europea”, trad. Javier Fernández Pons, Madrid, Tecnos, 2000
- MIDON, Mario A., “Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del Mercosur”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1998
- MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN - REPUBLICA ARGENTINA, “Solución de Controversias y Cooperación Interjurisdiccional en el Mercosur”, Bs. As., 1997
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco y otros (coord.), “El diálogo entre los pueblos y las culturas en el marco de las relaciones eurolatinoamericanas”, Madrid, Dijusa, 2005
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (coord.), “Integración Eurolatinoamericana”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1996
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, “Manual de Derecho de la Comunidad Europea”, 4<sup>a</sup>. ed., Madrid, Dijusa, 2002
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco - VICENTE GARCIA, Inés, “Los fondos estructurales y la nueva política regional de la Comunidad Europea”, Santiago de Compostela,

- Universidade de Santiago de Compostela, 2002
- MONCAYO, Guillermo - VINUESA, Raúl - GUTIERREZ POSSE, Hortensia, “Derecho Internacional Público”, 5<sup>a</sup>. reimp., Bs. As., Zavalía, 1997
- NOODT TAQUELA, María Blanca, “Arbitraje Internacional en el Mercosur”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1999
- OREJA AGUIRRE, Marcelino (dir.), “El Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea”, Madrid, McGraw-Hill - Interamericana de España, 1998
- PALACIO, Susana Beatriz - OLARTE, Jorge G., “Análisis Económico, Mercosur”, Bs. As., Estudio, 1998
- PALOMARES LERMA, Gustavo (ed.) “Política de Seguridad de la Unión Europea: realidad y retos para el siglo XXI”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001
- PAPACHRISTOS, A. C., “La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique”, París, L. G. D. J., 1975
- PAREJO ALFONSO, Luciano y otros, “Derecho medioambiental de la Unión Europea”, Madrid, McGraw-Hill, 1996
- PEREYRA, Luis Cruz - FERREIRA, María Andrea, “La educación y la cultura en el Mercosur”, Córdoba, Francisco Ferreira, 1999
- PEREZ GONZALEZ, Manuel y otros, “Desafíos del Mercosur”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1997
- PIMENTEL, Luiz Otávio (org.), “Direito da Integração - Estudos em homenagem a Werter R. Faria”, Curitiba, Juruá, 2001
- PINARD, Gustavo E., “Mercosur y los tratados internacionales”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998
- PITTA E CUNHA, Paulo, “De Maastricht a Amesterdão”, Coimbra, Almedina, 1999
- PIZZOLO, Calogero, “Pensar el Mercosur”, Mendoza, Jurídicas de Cuyo, 1998
- POCAR, Fausto, “Diritto dell’Unione e delle Comunità europee”, Giuffrè, 2003
- REY CARO, Ernesto, “El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur”, Córdoba, Lerner, 2002
- RIMOLDI DE LADMAN, Eve (coord.), “Mercosur y Comunidad Europea”, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA - Ciudad Argentina, 1995
- RIMOLDI DE LADMAN, Eve, “El Comercio de servicios. Normas internacionales y regionales”, Bs. As., Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2005
- RODRIGUEZ CARRION, Alejandro J., “Lecciones de Derecho Comunitario”, <http://campusvirtual.uma.es/diprl/programa/europa.PDF>
- RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto (org. y comp.), “Mercosur-Unión Europea”, Asunción, Intercontinental - ECSA - AL, 2001
- RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto, “Mercosur. Integración y Derecho”, Bs. As., Ciudad Argentina - Intercontinental Editora, 1998
- RUIZ MORENO, Fernando, “Manual de Derecho de la Unión Europea”, Madrid, Civitas,

1996

RUSSO CANTERO, Carlos Marcial, “El Mercosur ante la necesidad de Organismos Supranacionales”, Asunción, Intercontinental, 1999

SANCHEZ LORENZO, Sixto, “Derecho Privado Europeo”, Granada, Comares, 2002

SAN MARTINO DE DORMÍ, María Laura, “Integración Iberoamericana”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1996

SARMIENTO GARCIA, Jorge H. - FARRANDO, Ismael, “Procesos de integración y Mercosur”, Bs. As., Depalma, 1994

SCOTTI, Luciana B., “La integración regional y el derecho de la integración. El caso del Mercosur: luces y sombras”, en elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, [http://www.eldial.com/suplementos/privado/tcdNP.asp?id=2149&id\\_publicar=937&fecha\\_publicar=31/03/2006&camara=Doctrina](http://www.eldial.com/suplementos/privado/tcdNP.asp?id=2149&id_publicar=937&fecha_publicar=31/03/2006&camara=Doctrina) (16-5-2006)

SOSA, Gualberto, “El Derecho Internacional Privado Interamericano y el Derecho de la Integración”, Santa Fe, Tercer Milenio, 1996

STAHRINGER DE CARAMUTI, Ofelia (coord.), “El Mercosur en el siglo XXI”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998

STAHRINGER, Ofelia I. - MONSANTO, Alberto E. - SESELOVSKY, Ernesto R. (ed.), “Integración y cooperación Atlántico-Pacífico”, Rosario, UNR - Red de Editoriales de Universidades Nacionales - Editoriales de la AUGM - UNESCO, 2002/2004

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002

TRUYOL Y SERRA, Antonio, “La integración europea. Idea y realidad. Textos de Documentos”, Madrid, Tecnos, 1972

UZAL, María Elsa, “El Mercosur en el camino de la integración”, Bs. As., Depalma, 1998

VAZQUEZ, María Cristina y otros, “Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995

VENTURA, Deisy - PEROTTI, Alejandro, “El proceso legislativo del Mercosur”, [http://www.caq.org.ar/img/El\\_ProcLeg\\_MERCOSUR.pdf](http://www.caq.org.ar/img/El_ProcLeg_MERCOSUR.pdf)

VITTINI, Iris (comp.), “Los Procesos de Integración y Cooperación”, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales, 2002

WWW, Scientific Council for Government Policy, “Reports to the Government. Towards a Pan-European Union”, La Haya, 2001

ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein, “Introduction to Comparative Law”, 3<sup>a</sup>. ed., Oxford, Clarendon, 1998

# NUEVAMENTE SOBRE LOS EFECTOS DE LA RECEPCIÓN EN LA CULTURA JURÍDICA ARGENTINA

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI\*

## A) La recepción y la cultura argentina en general

### I) La recepción en el espacio, el tiempo y la materia

1. Hace más de veinticinco años venimos ocupándonos de la recepción jurídica, principalmente en el *espacio*, pero también en el *tiempo* y la *materia*<sup>1</sup>. La limitada bibliografía que existía al comienzo de nuestras investigaciones<sup>2</sup>, cuya limitación era motivada a su vez en gran medida por la recepción de modelos científicos de los países “centrales”, por entonces no interesados en el tema, por ser exportadores de modelos, se ha superado por la recepción actual de esos intereses centrales, acuciados por la recepción que se produce en sus propios ámbitos, sobre todo en el curso de la globalización/marginación<sup>3</sup>.

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

1 Es posible v. por ej. nuestros trabajos “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8, 1979, págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 9, 1987, págs. 33 y ss.; “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado” (con colaboración), Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado, 1978; “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001; “La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era”, en “La Ley”, 26-5-2006, págs. 1/4.

Puede v. Kelsen, Hart y Dworkin en Hispanoamérica: condiciones de posibilidad de una filosofía local del Derecho, Diego Eduardo López Medina, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/25.pdf> (12-7-2006).

Cabe c. Libro Homenaje al suscripto, “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani”, directores Atilio A. Alterini y Noemí L. Nicolau, coordinador Carlos A. Hernández, Bs. As., La Ley, 2005.

2 Es posible recordar por ej. PAPACHRISTOS, A. C., “La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique”, París, L. G. D. J., 1975.

3 Puede v. nuestro estudio “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 24, págs. 41/56.

Cabe c., entre los nuevos trabajos referidos a la recepción, WATSON, Alan, “Legal Transplants”, 2<sup>a</sup> ed., Athens, University of Georgia Press; MEROI, Andrea A., “Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica”, en este mismo número de la “Revista del Centro...”; en cuanto a los debates terminológicos acerca del tema, puede v. por ej., ÖRÜCÜ, Esin, “Law as transposition”, en “International and Comparative Law Quarterly”, vol. 51, esp. pág. 206. Suele decirse que la historia del Derecho es en gran medida una historia de transposiciones legales (v. ÖRÜCÜ, op. cit., pág. 222). Una bibliografía sobre el tema puede v. en Comparative Institutional

La recepción en el espacio es una perspectiva de gran significación en el “Derecho Universal”, como despliegue, no necesariamente uniforme, de la juridicidad planetaria<sup>4</sup>; la recepción en el tiempo es un enfoque muy importante en la Historia del Derecho<sup>5</sup> y la recepción en la materia es cuestión relevante de la Teoría General del Derecho como consideración del

Economics 2, CEU Economics Department, Spring 2006, [http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter\\_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf](http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf) (4-7-2006) –trabajos de Richard Posner, Daniel Berkowitz, Otto Kahn-Freund, Hideki Kanda, Jonathan M. Miller, Sharun W. Mukand y otros–. Asimismo cabe c. por ej. EJCL, vol. 9. 3., Jaakko Husa, Esin Örücü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), vi + 242 pp., ISBN 90-04-13989-3, EUR 74, <http://www.ejcl.org/93/review93.html> (9-7-2006).

También, en cuanto a la penetración del common law, puede v. por ej. Association Henri Capitant des Amis de la Cultura Jurídique Française, *Les droits de tradition civiliste en question*, [http://www.henricapitant.org/article.php3?id\\_article=46](http://www.henricapitant.org/article.php3?id_article=46), [http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Les\\_droits\\_de\\_tradition\\_civiliste\\_en\\_question.pdf](http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Les_droits_de_tradition_civiliste_en_question.pdf) (4-7-2006). Acerca de la “civilización” del common law puede v. la “Revue internationale de législation comparée”, t. 45, 3 (GLENN, H. Patrick, “La civilisation de la common law”, págs. 559 y ss.). En cuanto a los contactos y la recepción entre Derechos europeos, puede v. por ej. COING, Helmut, “Derecho privado europeo”, trad. Dr. Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, t. II, 1996, págs. 91/2. Es posible v. panoramas acerca de las posibilidades de la recepción y sus efectos en *The Journal of Comparative Law, A New Scholarly Resource*, Nicholas HD Foster, <http://www.wildy.co.uk/jcl/pdfs/foster.pdf?PHPSESSID=cc7f87794a692f2bb5d31155d5465621> (9-7-2006); *Diffusion of Law: a global perspective*, William Twining, University College London, <http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/twining/diffusion.pdf> (9-7-2006); EJCL, 4,1, *Critical Comparative Law, Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, Esin Örücü, <http://www.ejcl.org/41/art41-1.html#par34> (6-9-2006); *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, Daniel Berkowitz, Katarina Pistor, Jean-Francois Richard, William Davidson Working Paper Number 410, <http://www.bus.umich.edu/KresgeLibrary/Collections/Workingpapers/wdi/wp410.pdf> (9-7-2006); SSRN Electronic Paper Collection, *Transnational Law and Contemporary Problems* 13, págs. 551 y ss., *Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience*, Jan M. Smits, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=795184](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=795184) (7-7-2006). Respecto de la recepción del Código Napoleón es posible c. v. gr. *Forum historiae iuris*, Sylvain Soleil, *Le Code civil de 1804 a-t-il-été conçu comme un modèle juridique pour les nations?*, <http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/debatte/Code%20Civil/pdf%20files/0503soleil.pdf> (4-7-2006). Las discusiones sobre la recepción del Derecho Romano justiniano en la Edad Media son reflejadas, por ej., en *Ricerca Italiana, Fra legge ed equità: il concetto di equità nella legge e nella letteratura inglese*, Università degli Studi di Torino, Pier Giuseppe Monateri, [http://www.ricercaitaliana.it/prin/unita\\_op-2005109973\\_003.htm](http://www.ricercaitaliana.it/prin/unita_op-2005109973_003.htm) (5-7-2006). Asimismo cabe c. v. gr. John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Faculty Research Working Papers Series, *On the Ethics of Exporting Ethics: The Right to Silence in Japan and the U.S.*, Kenneth Winston, [http://ksgnotes1.harvard.edu/research/wpaper.nsf/rwp/RWP03-027/\\$File/rwp03\\_027\\_winston.pdf](http://ksgnotes1.harvard.edu/research/wpaper.nsf/rwp/RWP03-027/$File/rwp03_027_winston.pdf) (9-7-2006); AJANI, Gianmaria, “The Role of Comparative Law in the Adoption of New Codifications”, in “Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law”, Bristol, 1998, Milán, Giuffré, 1998, págs. 65 y ss.; *Evangellische Akademie Loccum, Toward a Global Justice, Lessons from Justice and Fairness in Ethnoplural Societies*, Günter Bierbrauer, <http://www.loccum.de/materialien/globalisierung/Bierbrauer.doc> (5-7-2006). Puede c. *Electronic Comparative Law Resources*, <http://comparativelaw.org/link-elec.html> (9-7-2006); en general, pueden v. referencias en *Sociology of Global Law, Research*, <http://home.earthlink.net/~garrickl/research.html> (5-7-2006).

Problemas de recepción también significativos se presentan en el Derecho Internacional y el Derecho de la Integración.

4 Es posible v. nuestro trabajo “El Derecho Universal...” cit.

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

complejo de ramas jurídicas<sup>6</sup>.

El equilibrio debido entre *recepción* y *originalidad* es uno de los grandes desafíos que permanentemente deben afrontar el Derecho Universal, la Historia del Derecho y la Teoría General del Derecho. Si bien la recepción nos interesa de manera especial en el campo jurídico, es relevante en todos los despliegues de la *cultura*.

Para comprender mejor la recepción es importante atender a los *alcances* de las *respuestas jurídicas*; a su *dinámica* de “plusmodelación”, “minusmodelación” y sustitución, en lo fáctico y lo conceptual, y a las *situaciones* de aislamiento y de relaciones de coexistencia, dominación, integración y desintegración<sup>7</sup>. También es relevante considerar los fenómenos de “monorrecepción” y “polirrecepción”; de asimilación y rechazo y de ajuste y desajuste entre los distintos despliegues de la recepción<sup>8</sup>.

Con miras a la comprensión del significado de la recepción puede ser importante la comparación de los resultados de la “*transposición*” que se efectúa<sup>9</sup>. Vale saber en qué medida *hay o debe haber* semejanzas o diferencias en las potencias y las potencias (“equiponderancia” o “diponderancia”), en las normas (“equipolencia” o “dipolencia”) y en los valores (equivalencia o “bivalencia”)<sup>10</sup>. Al fin, la legitimidad de la recepción se produce cuando las realidades son o deben ser iguales, en última instancia, equivalentes. Hay que tener en cuenta que por medios semejantes se pueden producir resultados diferentes y por medios diferentes se pueden producir resultados semejantes<sup>11</sup>.

## ***II) La recepción en la cultura argentina***

2. Desde hace décadas nos ocupamos también de la escisión de la *cultura argentina*, donde se diferencian y a menudo se oponen los sectores “*hispánicos tradicionales*” y

6 Pueden v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, Nº 32, págs. 33/76.

7 Es posible c. nuestros “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).

8 En cuanto al rechazo de los *trasplantes de órganos*, pueden v. por ej. University of Maryland, Medical Center, Rechazo al trasplante, [http://www.umm.edu/esp\\_ency/article/000815.htm](http://www.umm.edu/esp_ency/article/000815.htm) (11-7-2006); Medline Plus, Enciclopedia médica en español, Rechazo al trasplante, <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000815.htm> (10-7-2006).

Vale tener en cuenta que en los injertos de plantas lo que se pretende habitualmente es la vida del injerto por sobre la del patrón: es posible c. v. gr. Por qué Biotecnología, El Cuaderno de Por qué Biotecnología Nº 56, [http://www.porquebiotecnologia.com.ar/educacion/cuaderno/ec\\_56.asp?cuaderno=56](http://www.porquebiotecnologia.com.ar/educacion/cuaderno/ec_56.asp?cuaderno=56) (9-7-2006).

9 Respecto a la “*transposición*” en materia procesal, pueden v. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 16/17.

10 Cabe c. nuestro artículo “Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos”, en “El Derecho”, t. 93, págs. 831 y ss.

11 Es posible v. ZWEIGERT, Konrad, “Des solutions identiques par des voies différentes”, en “Revue Internationale de droit comparé”, año 18, Nº 1, págs. 5 y ss.

“anglofranceses”<sup>12</sup>. Múltiples dinámicas de plusmodelación, minusmodelación y sustitución en lo fáctico y lo conceptual y de dominación han radicalizado despliegues de recepción y han frustrado los ingredientes de originalidad que el país podía generar y que en alguna medida producía, impidiendo el equilibrio originalidad/recepción tan importante para el desarrollo y para la participación en el panorama del Derecho Universal y la Historia local y mundial.

3. Como hemos indicado, en la escisión de nuestra cultura se distinguen dos sectores. Uno de ellos, más remitido a la España tradicional y nutrido por la presencia migratoria italiana del Sur, es más católico, paternalista, intervencionista y tiene menos afinidades capitalistas; el otro, anglofrancés y alimentado por la influencia norteamericana, es más afín al protestantismo (sobre todo en su vertiente calvinista), más individualista, más abstencionista y en apariencia más capitalista.

A nuestro parecer, en el ámbito colonial las figuras más representativas de los sectores hispánico y anglofrancés son respectivamente Felipe II y Carlos III. En el de nuestra vida independiente lo son Rosas y Sarmiento. La mayoría del federalismo fue hispánica tradicional y en el unitarismo predominó la influencia anglofrancesa. En la actualidad, puede hacerse referencia, de modo respectivo, al peronismo tradicional y al liberalismo. La tensión produjo múltiples enfrentamientos, a veces guerras civiles “calientes” o “frías”. Por la presencia de los dos sectores, la Argentina ha tenido habitualmente dos “izquierdas” y dos “derechas” e incluso dos movimientos “subversivos” y dos tipos de dictaduras. Tal vez hoy haya también dos movimientos “piqueteros”.

Al fin, la escisión de la conciencia jurídica y en general cultural es una característica muy difundida en los países que viven simultáneamente dos historias: la de su realidad y la que desearían vivir. Hay sectores más “autéctonos” y otros referidos al espacio de referencia de las pretensiones.

Para medios como los nuestros, los Pirineos, que separan a la Península Ibérica del resto de Europa, son más importantes que el Canal de la Mancha. Si bien el Canal diferencia las maneras de pensar, la cadena montañosa diversifica *lo que se piensa*, con ciertos contenidos más cercanos a la medievalidad o la modernidad. En la Península, y en nuestro caso en España en particular, las diferencias se han atenuado con la incorporación a la Unión Europea, pero entendemos que de alguna manera subsisten. Son muy relevantes en diversos grados en

12 Cabe c. nuestros estudios “La escisión de la conciencia jurídica y política argentina”, en “Revista de la Universidad de Buenos Aires”, publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, 1983, págs. 21 y ss.; “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1983; “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro...” cit., N° 27, págs. 113/126. Es posible c. nuestro artículo “Bases Culturales del Derecho Comparado”, en el presente número de la “Revista del Centro...”.

En cuanto al concepto de cultura jurídica, es posible c. NELKEN, David, “Using the concept of legal culture”, <http://www.law.berkeley.edu/institutes/csls/nelken%20paper.pdf> (9-7-2006).

América Ibérica<sup>13</sup>. Quizás la “post-modernidad” esté en condiciones de comprender más y de integrar los dos sentidos históricos<sup>14</sup>.

4. A nuestro parecer, la escisión de la conciencia jurídica y la cultura en general ha contribuido a que los dos sectores de nuestro país hayan tenido “*bloqueada*” la capacidad de *comprender* el país total en el espacio, el tiempo e incluso la materia; a que en lugar de pensar y realizar sus propias posibilidades, hayan pensado permanentemente en la recepción e incluso la “polirrecepción” de modelos de otros espacios y otros tiempos, que han producido reiterados fenómenos de *rechazo y desajuste* y la desconexión y la pérdida de las oportunidades que brindaba la realidad material. Pese a algunos intentos lúcidos, no hemos podido desenvolver una *estrategia* de país exitosa<sup>15</sup>. La recepción de modelos ajenos a nuestras posibilidades reales, nos llevó a sucesivas situaciones de *crisis*.

5. En múltiples oportunidades la escisión ha conducido a la *simplificación* de buscar soluciones en la recepción y en muy pocos casos se ha pensado en la realidad del país *complejo*, en el que debía desenvolverse un grado de originalidad mayor.

Aunque el equilibrio vital exige el desarrollo de todas las perspectivas del complejo de *pronombres personales* (yo, tú, él, nosotros, vosotros y ellos), una excesiva recepción es correlativa de carencias en los sentidos del *yo* y el *nosotros*, cuyas debilidades se muestran a menudo en actitudes cíclicas de desmesurado orgullo y depresión<sup>16</sup>. Las expresiones de la cultura argentina en este sentido han sido muy repetidas.

En esta perspectiva de la simplificación, el sector hispánico tradicional ha pensado con frecuencia en el pasado y en modelos que fueron, alguna vez, más valorizados precisamente en el momento de su derrota, como sucedió en 1945. El sector anglofrancés suele remitirse a un porvenir inviable, que muchas veces es ya pasado en los espacios de referencia, por el desconocimiento del equilibrio del pasado y el presente. Se ha referido también a paradigmas sólo realizables en otras circunstancias espacio-temporales.

La *alienación* espacio-temporal ha sido una de las causas de la desconsideración de las posibilidades productivas del país, contribuyendo a generar una cultura en gran medida *parasitaria* y de *importación* ideológica<sup>17</sup>.

13 La expresión “Latinoamérica” nos parece demasiado amplia. En cuanto a Hispanoamérica y Lusoamérica puede v. por ej. “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, Nº 4, págs. 113 y ss.

14 Es posible v. nuestro artículo, 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.

15 Cabe c. nuestro trabajo “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación...” cit., Nº 36, págs. 21/31.

16 “Comprendión del ‘complejo personal’ a través de los pronombres personales”, en “Boletín del Centro...” cit., Nº 14, págs. 13 y ss.

17 Cabe c. nuestro artículo “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en

A menudo la recepción de modelos jurídicos ha conducido a la ignorancia de la importancia de otros aspectos de la vida social, principalmente de la *economía*, arribándose a un *juridicismo* contraproducente.

6. Tal vez el más decidido esfuerzo de recepción, vinculado al ingreso de modelos europeos y norteamericanos, se produjo en la línea (no desprovista de tensiones internas) que marcaron en su momento Alberdi, Sarmiento y Roca. A nuestro parecer, la concepción de país, no sólo en lo educativo, sino en lo científico-tecnológico, de disciplina laboral, jurídico civilista e inmigratorio, que evidencia la presidencia de Sarmiento, corresponde el proyecto más lúcido que tuvo la Argentina. Sin embargo, en relativa vinculación con Alberdi, suponía el ingreso de un aporte migratorio adecuado al empresariado capitalista que no se produjo. Al fin no se lograron la asimilación ni la integración de la polirrecepción.

El ascenso de valores que el proyecto anglofrancés no admitía, producido principalmente a partir de la crisis de 1930 y con el peronismo, significó el rechazo de los modelos recibidos y, de cierto modo, la recepción de otros modelos que por entonces se debatían e incluso resultaban derrotados en el “Viejo Mundo”.

7. La *Constitución Nacional de 1853/60* y el *Código Civil* son manifestaciones destacadas del frecuente dominio del sector anglofrancés; la frustrada *reforma constitucional de 1949*, la legislación de emergencia peronista y la *reforma del Código Civil de 1968* corresponden al modelo hispánico tradicional.

En el plano literario, los dos sectores se expresan respectivamente en “Facundo. Civilización y Barbarie en las Pampas Argentinas”, de Sarmiento, que es una muy enérgica condena de la cultura hispánica tradicional gauchesca<sup>18</sup>, y “Martín Fierro”, de Hernández<sup>19</sup>, donde el gaucho llora su desgracia. El Código Civil que encargó Mitre y en la presidencia de Sarmiento fue aprobado a libro cerrado entró en vigencia en 1871, y en 1872 apareció la primera parte de “Martín Fierro”<sup>20</sup>.

Buenos Aires, la ciudad que Malraux consideró la capital de un imperio que nunca existió, es un magnífico marco “portuario”, fuertemente orientado a la recepción de elementos anglofranceses<sup>21</sup>.

“Investigación...” cit., N° 34, págs. 59/65.

18 Proyecto Biblioteca Digital Argentina, Facundo, Civilización y Barbarie en las Pampas Argentinas, Domingo F. Sarmiento, [http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo\\_00indice.htm](http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo_00indice.htm) (4-7-2006).

19 Proyecto Biblioteca Digital Argentina, El gaucho Martín Fierro, José Hernández, [http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo\\_00indice.htm](http://www.biblioteca.clarin.com/pbda/ensayo/facundo_00indice.htm) (4-7-2006).

20 Es posible v. nuestra “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro””, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, y un “diálogo” entre “Facundo” y “Martín Fierro” en “Filosofía, Literatura y Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 101 y ss.

21 ClubCultura.com, Buenos Aires: la reina esplendorosa, Abel Posse, La Nación, 5-3-2006, <http://www.clubcultura.com/clubliteratura/clubescritores/posse/archivo/Document.php?op=show&id=845> (4-7-2006);

8. La tendencia a la recepción se manifestó nuevamente, por ejemplo, en la adopción del *modelo liberal* en la década de los años 90 del siglo XX, bajo la orientación del presidente Carlos Menem, peronista (hispánico tradicional) en la forma folclórica y liberal (anglofrancés) en la economía, y en la *reforma constitucional de 1994*, fundada en el célebre Pacto de Olivos entre el presidente Carlos Menem y el ex presidente Raúl Alfonsín (de clara vocación anglofrancesa).

Libros como “La ética protestante y el espíritu del capitalismo” invitaban a considerar las dificultades de la recepción capitalista, pero parece que nada quiso tenerse en cuenta<sup>22</sup>. En la reforma constitucional, el presidente Menem obtuvo el afianzamiento de su poder a través de la posibilidad de su reelección y el ex presidente Alfonsín procuró afianzar los derechos humanos recibiendo y jerarquizando tratados que surgen de las proyecciones de la cultura anglofrancesa. El ex presidente procuraba comprometerlos interna y externamente con el respecto a los derechos humanos. Uno nos comprometía en la recepción de un modelo económico para nosotros inviable y el otro en la recepción de una cultura que no nos era posible realizar. La consideración de la realidad del país no fue suficiente, y en 2001 el presidente Fernando de la Rúa debía marcharse a mediados de su mandato, en un país de economía derrumbada donde no regían no sólo los derechos humanos evolucionados de los tratados, sino los más elementales consagrados tradicionalmente.

9. El espíritu de excesiva recepción ha promovido la *escisión espacial*, impidiendo el desenvolvimiento del proceso integrador territorial. A semejanza de “las Españas” parecería haber varias “Argentinas”, cubiertas por el esplendor anglofrancés porteño. El territorio del antiguo Virreinato del Río de la Plata fue compuesto por decisión de la monarquía española recién en 1776 y, sin hacer referencia al desgajamiento de otros países, el ámbito que resultó argentino nunca ha conseguido la articulación deseada. Por ejemplo: el espacio de predominio portuario, de dominación anglofrancesa, es muy diferente del Norte, mucho más hispánico tradicional.

10. En el proceso de *integración*, una excesiva referencia al proceso europeo ha contribuido a que en el *Mercosur* se quisieran imitar o se imitaran demasiado las realizaciones de la Unión Europea, sin pensar en la medida suficiente en la realidad regional. No se han podido o querido ver las particularidades de las condiciones que llevaron al avance del proceso integrador del “Viejo Continente”. Por ejemplo: se suele creer que el aporte del

también <http://www.almargen.com.ar/sitio/seccion/turismo/baires5/index.html> (4-7-2006).

La zona de la Recoleta es una réplica de París; los altos edificios de Retiro y las Catalinas muestran influencia norteamericana; Salta y Santiago del Estero son en su diversidad mucho más hispánicas. La pobreza de regiones del conurbano porteño evidencian ámbitos más hispánicos tradicionales y la crisis cultural del país.

22 Cabe v. WEBER, Max, “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”, trad. Luis Legaz Lacambra, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Península, 1973.

Tribunal de las Comunidades Europeas, logrado sobre una estabilidad judicial relevante, puede trasladarse a medios como el nuestro, donde las características judiciales son a menudo deficitarias<sup>23</sup>. Una proliferación de normas mercosureñas tiene hoy un notorio contraste con la debilidad de la decisión política y del empuje económico de nuestra integración regional<sup>24</sup>. Es más: el proceso mercosureño no ha podido superar los obstáculos específicos que significa la asimetría del Brasil con sus vecinos<sup>25</sup>.

Como resultado de esas dificultades, en lugar de asumir la realidad y recorrer el camino del esfuerzo, que siguió Europa, suele pensarse en declarar extinguido el proceso integrador, del que mucho se podría obtener si se pensara más en la realidad regional integral. No puede haber verdadera integración si no se tiene en cuenta la realidad de manera integral.

11. La recepción nos impide tener una *historia* común y frecuentemente se reelabora el relato básico del país.

En lo *material*, contar con una Constitución de modelo norteamericano, un Derecho Civil referido al paradigma francés, un Derecho Procesal de influencia española, un Derecho Administrativo de referencias más francesas y un Derecho del Trabajo más afín con el Derecho italiano y, a su vez, tener una población predominantemente hispanoitaliana nos obliga a una adaptación, una síntesis, todavía no alcanzadas.

12. La Argentina debe encontrar el *equilibrio* dinámico entre originalidad y recepción para poder participar en el panorama del Derecho Universal, ocupar un sitio en la Historia del Derecho y elaborar el complejo de sus ramas jurídicas.

Ha de pensarse más a sí misma, aunque sin caer en el aislacionismo, y debe alcanzar la síntesis de sus componentes humanos, espaciales, temporales y materiales.

## **B) Perspectivas trialistas para la comprensión de la recepción argentina, con especial referencia a la recepción en el Código Civil**

13. Los planteos exclusivamente normativistas, jusnaturalistas, realistas, de análisis económico y críticos, que a menudo se proponen, no nos parecen idóneos para la comprensión de la recepción y su gran complejidad. Consideramos que ésta necesita una *construcción*

23 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, <http://www.investing-in-europe.com/es/html/tribu.htm> (4-7-2006).

24 Es posible c. nuestro estudio “Filosofía de la Jurisdicción - Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

25 Puede v. Mercosur, <http://www.mercosur.int/msweb/> (4-7-2006).

26 Es posible c. nuestro artículo “Meditación de la asimetría en los procesos de integración, con especial referencia a la relación del Brasil con los otros países del Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, Nº 8, págs. 27 y ss.

*integrativista tridimensionalista* como la que, en *complejidad pura*, propone la *teoría trialista del mundo jurídico*<sup>26</sup>.

La integración tridimensionalista trialista permite salvar definitivamente la impugnación que hacen quienes afirman que se trata de un tema sólo de Sociología Jurídica.

14. Con miras a reconocer las posibilidades del planteo trialista con especial referencia a la recepción en la Argentina, creemos útil tomar como ejemplo la elaboración de nuestro *Código Civil*, sancionado mediante la ley 340 en 1869.

15. La teoría trialista propone una construcción de la *dimensión sociológica* del objeto jurídico refiriéndola a adjudicaciones de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica al ser y especialmente a la vida). Las adjudicaciones son *repartos* cuando provienen de la conducción de seres humanos determinables y *distribuciones* cuando son originadas por las influencias humanas difusas, la naturaleza o el azar. Sin entrar en la profundidad del análisis de las posibilidades de la libertad y la conducción, el trialismo, como casi todo el Derecho de nuestro tiempo, se apoya en la existencia de ambas para identificar a los repartos, adjudicaciones que considera centrales en la dimensión sociológica.

Con miras a analizar a los repartos, el trialismo propone diferenciar a repartidores (conductores), recipientes (beneficiados y gravados), objetos (potencias e impotencias), formas (audiencia) y razones (que abarcan móviles, razones alegadas y razones sociales, razones éstas que existen cuando la comunidad entiende que los repartos son valiosos).

Los *repartidores* que establecieron el Código fueron el presidente Bartolomé Mitre, quien encomendó el proyecto al ilustrado jurista Dalmacio Vélez Sársfield, y el presidente Domingo Faustino Sarmiento y los legisladores que acompañaron a Sarmiento. Éste y los legisladores de entonces concretaron la sanción de los 4051 artículos a libro cerrado. Importa conocer a los repartidores, en el caso principalmente a Sarmiento, quien había producido un diagnóstico rotundo de país en “Facundo” y, según se afirma, había escrito que no se debía economizar sangre de gauchos porque servía de abono de la tierra<sup>27</sup>.

26 En cuanto a la teoría trialista del mundo jurídico, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6<sup>a</sup>. ed., 5<sup>a</sup>. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel , “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://200.58.112.82/~grcentr/index.htm> (9-7-2006).

27 El Historiador, Biografías, Domingo Faustino Sarmiento, Felipe Pigna, “Sarmiento pensaba que el gran problema de la Argentina era el atraso que él sintetizaba con la frase ‘civilización y la barbarie’. Como muchos pensadores de su época, entendía que la civilización se identificaba con la ciudad, con lo urbano, lo que estaba en contacto con lo europeo, o sea lo que para ellos era el progreso. La barbarie, por el contrario, era el campo, lo rural, el atraso, el indio y el gaucho. Este dilema, según él, solo podía resolverse por el triunfo de la “civilización” sobre la “barbarie”. Decía “Quisiéramos apartar de toda cuestión social americana a los salvajes por quienes sentimos

Los *recipiendarios* principalmente beneficiados fueron los sectores anglofranceses vinculados al comercio y la producción, presentes y por venir en la inmigración; los gravados fueron, de modo destacado, los gauchos y en general los integrantes de la cultura hispánica tradicional.

Los *objetos* del reparto fueron, por una parte, las potencias de la riqueza que, en base a la propiedad privada y la libertad de contratación, plasmó luego (sobre todo en una modificación del proyecto en manos del roquismo) en grandes palacios de la “burguesía” terrateniente. Por otro lado, se adjudicaron las impotencias que lloró el gaucho en “Martín Fierro” (la pérdida de las tierras, los ranchitos, los hijos, las mujeres, etc.). El gran libro de Hernández es uno de los mejores testimonios de la condición de los gauchos desposeídos, que no podían expresarse normativamente.

La *forma* fue una audiencia limitada, incluso para los sectores dominantes, que aprobaron el texto a libro cerrado.

En cuanto a las *razones*, la gran sinceridad de Sarmiento da nítida claridad a los móviles, aunque las razones alegadas por los autores de la Codificación y sobre todo sus defensores fueran otras y las razones sociales sólo existieron en una parte de la sociedad, que apoyó la obra, aunque al fin ésta careció de la razonabilidad necesaria para mantenerse.

El trialismo propone diferenciar repartos *autoritarios*, realizadores del valor poder, y *autónomos*, satisfactorios del valor cooperación. Aunque en la recepción se abría cauces a la autonomía contractual, la obra fue claramente autoritaria.

El *orden* de los repartos puede construirse mediante la planificación en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad, y la ejemplaridad, que se desenvuelve según el despliegue de modelos seguidos porque son considerados razonables, donde se satisface el valor solidaridad. La recepción se produjo en un marco de fuerte planificación gubernamental que, como señalamos, sólo tuvo una ejemplaridad limitada en cuanto a los sectores y durante algunas décadas. La redacción del art. 17 del Código Civil era un claro testimonio del rechazo de todo valor propio de la ejemplaridad (usos y costumbres).

Los repartos y el orden de repartos pueden considerarse en mayor o menor relación con las distribuciones de las *influencias humanas difusas*, la *naturaleza* y el *azar*. El trialismo tiene el gran mérito de abrir los cauces conceptuales para la atención a estas adjudicaciones, aunque quizás su fundador no hizo el uso suficiente de ellos. Es posible señalar que Mitre, Vélez y Sarmiento eran, en diversas magnitudes, exponentes de influencias humanas difusas de la economía capitalista y la burguesía e incluso de la hostilidad al catolicismo y de la

sin poderlo remediar, una invencible repugnancia”. En una carta le aconsejaba a Mitre: “no trate de economizar sangre de gauchos. Este es un abono que es preciso hacer útil al país. La sangre es lo único que tienen de seres humanos esos salvajes”. Lamentablemente el progreso no llegó para todos y muchos “salvajes y bárbaros” pagaron con su vida o su libertad el “delito” de haber nacido indios o de ser gauchos y no tener un empleo fijo”, <http://www.elhistoriador.com.ar/biografias/s/sarmiento/.php> (10-7-2006).

“naturaleza portuaria” del territorio argentino en la constitución del mundo en ese tiempo.

El trialismo propone considerar los *límites necesarios* de los repartos, que se presentan cuando, aunque se quiera, no se puede. Para vencer las resistencias de la realidad hispánica tradicional, el régimen receptor pretendió “bajar las resistencias” mediante un cambio, por ejemplo, educativo, y se refirió principalmente a los sentidos anglofranceses en lo patrimonial, dejando el ámbito familiar más al sentido canónico católico, hispánico tradicional. Poco tiempo después, sí, comenzó el acoso a la organización familiar canónica.

Transcurridas algunas décadas, en las que la Argentina hizo una relativa asimilación de la recepción y logró un lugar destacado en el mundo, las bases que no compartían el proyecto se incrementaron, en lugar de reducirse como esperaban los autores. La inmigración con sentido empresario no vino y el proyecto fue cuestionado y se detuvo. El incremento del sector hispánico tradicional llevó a un “acoso” creciente del liberalismo del Código, sobre todo en el período del primer gobierno peronista, y al fin la obra velezana fue modificada por un gobierno “de facto” relativamente menos liberal, en 1968. En última instancia, la recepción fue en gran parte rechazada y el capitalismo pretendido no se alcanzó. El conjunto de los repartos se tornó durante cierto tiempo, al menos hasta la reforma de 1968, en cierta anarquía y consecuentemente alguna arbitrariedad.

16. En la *dimensión normológica* la propuesta trialista propone mantener las *captaciones normativas* lo más posible cercanas a la realidad social. Las normas son consideradas captaciones lógicas de los repartos. Si captan con acierto el contenido de la voluntad de los repartidores que las hacen, son *fieles*; si lo que se asegura que ocurrirá sucede, es decir se cumplen, son *exactas*; si emplean conceptos que sirven a la voluntad de los repartidores, son *adecuadas* y en cuanto tienen impacto en la realidad social en su conjunto son *efectivas*. Las normas de la recepción del Código Civil fueron relativamente fieles, cualidad para la cual Vélez Sársfield se ocupó de brindar notas generalmente útiles; el Código logró en general exactitud; la técnica velezana lo hizo adecuado y durante cierto tiempo fue efectivo.

El conjunto de los repartos es captado en el *ordenamiento normativo*, que es fiel cuando responde con acierto al contenido de la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. La recepción brindó un ordenamiento civil (en realidad, “subordenamiento”) sólo parcialmente fiel, querido por una parte de la población.

El ordenamiento normativo funciona a través del funcionamiento de sus normas. El funcionamiento requiere, según las circunstancias, diversas tareas, entre las cuales, cuando hay una *laguna* (carencia de norma), se necesita la integración (elaboración de la norma). La laguna puede ser histórica, porque no se ha hecho norma, o dikelógica, porque la norma existente se considera “disvaliosa”. La integración puede hacerse con el mismo material del ordenamiento o con uno ajeno: se habla entonces, de modo respectivo, de *autointegración* o *heterointegración*. El sector anglofrancés decidió que el ordenamiento argentino tenía una

gran laguna dikelógica y procedió a llenarla mediante heterointegración receptora del modelo en gran medida inspirado en la obra napoleónica.

Al ordenamiento normativo le corresponde principalmente la realización del valor coherencia. Durante cierto tiempo el subordenamiento civil, coherente con la Constitución liberal, fue coherente en sí y con el resto del complejo normativo, hasta que los repartos que acosaron el modelo liberal lo tornaron en algún grado incoherente.

17. En la *dimensión dikelógica* cabe partir de la diferenciación de distintas *relaciones* de la justicia con otros valores y de diversas *clases* de justicia, por ejemplo, la justicia particular y la justicia general (dirigida al bien común), cuyos requerimientos al fin caracterizan al Derecho Privado y al Derecho Público. Con sentido anglofrancés, la recepción del Código Civil de modelo napoleónico procuró, en gran medida, una integración patrimonial de la justicia con la utilidad y un fuerte despliegue de la justicia particular<sup>28</sup>. El sector hispánico tradicional hizo una mayor invocación a la justicia (el movimiento peronista se expresa a través del Partido Justicialista) y el bien común.

El trialismo propone tomar como *principio supremo* de justicia adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir para convertirse en persona<sup>29</sup>. Según este principio, puede reconocerse la *legitimidad* de los repartidores, los recipientes, los objetos, las formas y las razones de los repartos. Pese a la imposición autoritaria de la Codificación, el sector anglofrancés se remite más a la justicia de la *autonomía contractual* de los repartidores; en cambio el avance del sector hispánico tradicional se refiere más a la *infraautonomía democrática* y, sobre todo, a lo que considera justicia del *objeto* del reparto. Los gobernantes hispánicos tradicionales suelen asumir, incluso, más caracteres de conductores carismáticos.

Para resultar justo, el régimen ha de ser *humanista*, es decir, debe tomar a cada individuo como un fin y no como un medio. Dentro del humanismo, cabe diferenciar el abstencionismo y el intervencionismo o paternalismo. La recepción anglofrancesa se inclinó más por el abstencionismo, pero el sector hispánico tradicional hizo avanzar el paternalismo. Creemos notorio que el peronismo es en general un movimiento paternalista.

Para ser justo, el régimen ha de respetar la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres de modos que han de satisfacerse respectivamente en el liberalismo político, la democracia y la “res publica”. La recepción se inclinó más por la unicidad; pese al individualismo gauchesco, al fin el espacio hispánico tradicional pretende más la igualdad y la comunidad.

28 Es posible v. nuestro artículo “El bicentenario del Código Civil francés (Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina)”, en “Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina”, 18/2/2004, págs. 3/22 (t. 2004-I, págs. 948 y ss.).

29 Werner Goldschmidt sostiene la objetividad de la justicia. En nuestro caso, proponemos una construcción al respecto.

Con miras a realizar el régimen de justicia, importa *proteger* al individuo contra todas las amenazas, de los demás individuos como tales, el régimen, él mismo y todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). En su afirmación de la propiedad privada y la libertad de contratación, la recepción codificadora se orientó más al amparo del individuo contra el régimen y de cierto modo los demás, alejándose del resguardo contra el mismo, la enfermedad, la miseria, etc.

### C) Consideraciones finales

18. El sector anglofrancés decidió la *sustitución* del Derecho Civil que regía en nuestro medio por el del Código Civil de influencia francesa, aunque al fin quizás se fue produciendo más una plusmodelación del paradigma francés en lo conceptual que en lo fáctico<sup>30</sup>. La dominación temporal del modelo francés se evidenció, por ejemplo, en la limitada posibilidad de rechazo que en un principio tuvo el sector hispánico tradicional. Luego la situación se modificó con el relativo rechazo de la influencia francesa.

El sector anglofrancés dispuso que la Argentina debía ser “igual” a Francia y por eso recibió en gran medida el modelo del Código Napoleón. Esa “igualdad” dejó grandes monumentos, no sólo materiales, pero al fin no perduró.

19. Los conflictos entre los dos sectores argentinos condujeron primero a la recepción y después al relativo *rechazo* del modelo recibido. La Argentina espera todavía una realización integradora, jurídica y cultural en general, para la cual se han de aprovechar aportes de la *originalidad y la recepción*.

El *modelo trialista*, que integra lo jurídico en sí y lo jurídico en el resto de la cultura, puede hacer un importante aporte al respecto.

30 En términos de la teoría de las respuestas jurídicas puede decirse que hubo una “inflación” del modelo francés.



# ARQUEOLOGÍA DE LA CIENCIA JURÍDICA \*

MARÍA ISOLINA DABOVE\*\*

*...la arqueología trata de establecer el sistema  
de las transformaciones en el que consiste el cambio...,  
...toma por objeto de su descripción  
aquellos que habitualmente se considera obstáculo:  
no tiene como proyecto superar las diferencias, sino analizarlas,  
decir en qué consisten precisamente, y “diferenciarlas”.*

Michel Foucault<sup>1</sup>

*A fin de cuentas, el estudio de la ciencia comienza con su producto,  
el conocimiento científico, y no simplemente con los individuos  
que ocupan la posición social del “científico”.*

Norman W. Storer<sup>2</sup>

## I. Los rastros de la Ciencia del Derecho

1. Este trabajo tiene el propósito de reflexionar acerca de la investigación en el campo de las disciplinas jurídicas, a partir de la caracterización de sus productos, sus usos y transformaciones. Así pues, comenzaré por el final, observando aquello que la ciencia genera en nuestro campo, para poder pensar luego, “qué cosa es esta a la que llamamos ciencia” en Derecho. En suma, les propongo que elaboremos una *arqueología de la ciencia jurídica*. Que nos preguntemos filosóficamente por los significados y funciones de nuestra disciplina pero, a partir de los múltiples rastros que deja su acción. Las huellas que aquí consideraremos no son otras que las publicaciones –formatos literarios, discursos institucionalizados–, que nuestra ciencia suele adoptar para su expresión y difusión. A ellas nos referiremos, cada vez que hablemos de productos científicos.

\* *A Javier, por la ciencia compartida, por nuestra vida.*

\*\* Investigadora del CIUNR (Carrera de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario). Profesora de Filosofía del Derecho, Epistemología y Metodología de la Investigación de la Facultad de Derecho de la UNR y de la Escuela de Derecho de la UNICEN. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: mdabove@agatha.unr.edu.ar

1 V. FOUCAULT, M., “La arqueología del saber”, trad. Aurelio Garzón del Camino, Bs. As., Siglo XXI, págs. 290 y 287.

2 V. STORER, N. W., “Introducción”, en MERTON, R. K., “La sociología de la ciencia”, trad. Néstor A. Míguez, Madrid, Alianza, 1977, pág. 20.

2. Los productos de la ciencia pueden ser definidos como aquellos *sistemas de conocimientos y discursos registrados, que permiten el intercambio de los resultados de la investigación. Es decir, su circulación, comprensión, debate, aceptación, rechazo o reformulación.* Por su intermedio, la ciencia engendra un cúmulo enorme de *objetos*, que describen e integran el campo de estudio en cuestión<sup>3</sup>. Son pues, objetos “*culturales*”, derivados de nuestra ineludible condición de *homo faber* o sujetos de construcción<sup>4</sup>.

3. Desde los últimos cincuenta años a la actualidad, los productos científicos han ido variando en su configuración a favor de esquemas de registros más complejos y múltiples. Razón por la cual pueden ser clasificados en atención a distintos criterios: a los *propósitos científicos* (trabajos teóricos conceptuales, técnicos operativos o didácticos); a los sujetos *productores* (individuales, colectivos) y a sus *destinatarios* (publicaciones académicas o de divulgación). En función de su *originalidad* (primarios o no); según el *tratamiento de la información* (ensayos, repertorios, compilaciones, monografías, investigaciones). De acuerdo al *formato de edición* (publicaciones periódicas –revistas, anuarios, boletines, archivos–, o libros –manuales, compendios, tratados, sumas, tesinas, tesis–)<sup>5</sup>; y al *soporte empleado* (impresos y electrónicos). Como sabemos, la teoría del Derecho los denomina “doctrina”; considerándolos por ello, una fuente mediata, secundaria o de conocimiento jurídico<sup>6</sup>.

- 3 La idea de productos de la ciencia resulta similar a la definición de productos de las normas, que desarrolla el profesor GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 303 y ss.
- 4 V. ARENDT, H., “La condición humana”, trad. Ramón Gil Novales, intr. Manuel Cruz, Barcelona, Paidós, 1993, págs. 21 y ss.
- 5 Para esta clasificación puede verse, entre otros: DAY, Robert, “Cómo escribir y publicar trabajos científicos”, trad. Miguel Sáenz, Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1996; KREIMER, Pablo, “Publicar y castigar. El paper como problema y la dinámica de los campos científicos”, en REDES - Revista de Estudios Sociales de la ciencia, N° 12, vol. 5, Bs. As., diciembre de 1998, págs. 51 y ss.; ANDER EGG, op. cit., págs. 407 y ss.; HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar, “Metodología de la investigación”, 3<sup>a</sup> ed., México, McGraw Hill Interamericana, 2003, págs. 627 y ss.; SABINO, Carlos, “Cómo hacer una tesis”, 4<sup>a</sup> ed., Bs. As., Humanitas, págs. 20 y ss.; HERRERA, Enrique, “Práctica metodológica de la investigación jurídica”, Bs. As., Astrea, 1998, págs. 23 y ss.; ECO, Humberto, “Cómo se hace una tesis”, vs. eds.; MANCUSO, Hugo R., “Metodología de la investigación en ciencias sociales”, Bs. As., Paidós, 1999, págs. 14 y ss.
- 6 En relación a las fuentes del Derecho puede consultarse, entre otros: GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 215 y ss., 303 y ss.; CIURO CALDANI, “La conjectura...” cit., págs. 60 y ss.; NINO, Carlos S., “Introducción al análisis del derecho”, 2<sup>a</sup> ed., 9<sup>a</sup> reimp., Bs. As., Astrea, 1998, págs. 63 y ss.; RUSSO, Eduardo A., “Teoría general del Derecho”, 2<sup>a</sup> ed., Bs. As., Abeledo Perrot, págs. 93 y ss.; ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, “Manual de Filosofía del Derecho”, Rosario, Juris, 1998, págs. 359 y ss.; PESES BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y DE ASÍS, R., “Curso de teoría del derecho”, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Marcial Pons, págs. 203 y ss. Sobre el carácter ambiguo u oscuro del término “fuente”, puede consultarse: VERNENGO, Roberto J., “Curso de Teoría general del Derecho”, 2<sup>a</sup> ed., 4<sup>a</sup> reimp., Bs. As., Depalma, 1995, págs. 327 y ss.; GUIBOURG, Ricardo A., “Pensar las normas”, Bs. As., Eudeba, 1999, págs. 105 y ss.; “Provocaciones, en torno al Derecho”, Bs. As., Eudeba, 2002, págs. 57 y ss.; GUIBOURG, R. A. y otros, “Teoría general del Derecho. Colección jurisprudencial”, Bs. As., La Ley, 2003, págs. 119 y ss.

4. Este crecimiento vertiginoso de la producción científica ha propiciado, además, el establecimiento de estándares uniformes de calidad y organismos de control de esta literatura, en todas las disciplinas. Aunque cabe reconocer también, que su constitución es promovida por el campo de las ciencias “duras” y se dirigen de modo especial a las publicaciones periódicas. En Argentina, estas pautas son definidas por el CAICYT<sup>7</sup>. El Centro Argentino de Información Científica y Tecnológica fue creado en 1964 con el nombre de “Centro de Documentación Científica”, por iniciativa de Bernardo HOUSSAY<sup>8</sup>. Pero en 1976 fue recategorizado, tomando su actual denominación. El CAICYT cuenta con tres redes informativas: el *Centro Nacional Argentino del ISSN, LATINDEX<sup>9</sup>*, y *SciELO Argentina (Scientific Electronic Library Online)*<sup>10</sup>. Por su intermedio, es posible tener acceso abierto a publicaciones científicas iberoamericanas de todo tipo. Así como también, a la clasificación oficial de las revistas. El directorio de LATINDEX las agrupa en: Revistas Científicas. Académicas. De interés de instituciones privadas. Sectoriales. Gubernamentales. Informativas. De referencia y Publicaciones Traducidas<sup>11</sup>.

7 Organismo público, dependiente del CONICET. V. <http://www.caicyt.gov.ar> (6-10-2005).

Los objetivos del CAICYT son:

- Promover y realizar investigación y desarrollo en el área de la Información CyT, mediante estudios sobre métodos y técnicas aplicables al proceso de transferencia de la información.
- Promover y participar en la estructuración racional y coordinada de sistemas y redes de servicios de información en el orden nacional, con el aporte de los estudios realizados por el Centro.
- Consolidar e implementar los instrumentos de control documental y acciones necesarias para el aprovechamiento de los recursos de información disponibles, tanto en el país como en el exterior.
- Compatibilizar y participar en las actividades que promueve y realiza en el país con las de los programas regionales e internacionales.
- Asistencia técnica, asesoría y servicios especializados.

8 Recordemos también que fue Premio Nobel en 1947, fundador del CONICET en 1958 y su Presidente hasta 1971. En: <http://www.caicyt.gov.ar> (6-10-2005).

9 LATINDEX es un sistema de información bibliográfica para el Núcleo Básico de Publicaciones en Serie, científicas y técnicas, producidas en América Latina, el Caribe, España y Portugal. Fue establecido en 1995. Ver en: <http://www.caicyt.gov.ar> (6-10-2005).

10 V. <http://www.caicyt.gov.ar>. El día 6 de julio de 2005 el CAICYT inauguró el sitio SciELO Argentina –SciELO-*Scientific Electronic Library Online*–, que es una biblioteca electrónica. Permite acceder al texto completo de una colección seleccionada de revistas científicas por Internet. Es el producto de la cooperación entre: FAPESP (Fundación de Apoyo a la Investigación del Estado de São Paulo), BIREME (Centro Latinoamericano y del Caribe de Información en Ciencias de la Salud) de Brasil, instituciones científicas nacionales y editores científicos. Tiene por objeto, colocar en formato electrónico revistas científicas de alta calidad, en todas las áreas del conocimiento, dar visibilidad a la producción científica nacional, contribuyendo de esta forma, a la superación de lo que se conoce como “ciencia perdida”, y facilitar a la vez su acceso universal y directo a un mayor número de usuarios. *La incorporación de distintos países al proyecto SciELO, permite contar con una biblioteca regional de revistas científicas, previamente evaluadas, y con una red de información científica actualizada.* V. <http://www.scielo.org>

11 V. material de clase preparado por Ana María FLORES, “Sobre Estándares de Calidad en las Publicaciones en Ciencias Agrarias”, Zavalla, 26 de septiembre de 2002, [ana@flores.cyt.edu.ar](mailto:ana@flores.cyt.edu.ar); [aflores@conicet.gov.ar](mailto:aflores@conicet.gov.ar)

5. Ahora bien, la preferencia científica por las publicaciones periódicas, artículos o *papers* y por el cuidado de su calidad no constituye, a mi entender, una circunstancia aislada carente de significación. Por el contrario, es un fenómeno emergente, un indicador, del proceso de adaptación que la comunidad científica ha desarrollado, requerida por las exigencias de la vida postmoderna. Así por ejemplo, los investigadores han debido amoldar sus esquemas de trabajo a la necesidad de producción masiva, a la aceleración tecnológica, a las redes “transparentes” de comunicación, tanto como a la globalización-marginación económica y política. Mas para ello han tenido que acudir a formatos discursivos capaces de brindar información fraccionada, transportable y abierta al porvenir. Las publicaciones periódicas responden bien a estas características. Sus artículos abarcan docenas de páginas, suelen abordar temáticas variadas, permite la participación de numerosos escritores y se transfieren electrónicamente con facilidad<sup>12</sup>. Con todo, llamativo resulta advertir todavía que la ciencia jurídica muestra resistencia a la adopción de esta práctica discursiva. Sobre todo a la hora de observar que el CAICYT, hasta ahora sólo ha logrado indizar una revista jurídica<sup>13</sup>.

## **II. Productos científicos y criterios normativos de calidad**

6. La importancia actual que la epistemología otorga al debate acerca de la calidad de sus productos, parece haberse acrecentado por dos motivos. En virtud del desarrollo sostenido de estándares internacionales de calidad, derivados de la acción del *Institute for Scientific Information –ISI*<sup>14</sup> y de la adopción del *Índice de Impacto*<sup>15</sup>. Mas también, gracias

12 V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La pantomomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, pág. 79 y ss.

13 V. <http://www.caicyt.gov.ar> (30-12-2005). La revista es de Historia del Derecho.

14 El ISI es la institución internacional más prestigiosa en la materia y está radicada en Filadelfia. Es la única entidad que existe en este rubro. Fue creada por S. C. BRADFORD hacia la segunda mitad de 1930 y funciona como empresa comercial. Hasta el presente, lleva registrada 18.000.000 de fuentes informativas publicadas desde 1945. La base de datos del ISI se consolidó a través de la publicación del Current Contents, del SCI (Social Sciences Citation Index), del Arts and Humanity Citation Index y del Journal of Citation Reports. Al respecto puede verse: GARFIELD, Eugene, “How ISI selects journals for coverage: quantitative and qualitative considerations”, en “Essays of an Information Scientist”, vol. 13, Nº 22, 1990, pág. 185 y ss.; “Current contents”, Nº 22, May 28, 1990, pág. 5-13; TESTA, James, “The ISI Database: The Journal Selection Process”, November, 2001; POLANCO, Xavier, “Différents manières de mesurer dans le Web la visibilité des publications scientifiques”, en <http://www.caicyt.gov.ar/eidec2005/articles.htm> (6-10-2005).

15 El índice o factor de impacto (Impact Factor –IF–) de una revista científica es una medida de la frecuencia relativa con la que el artículo promedio publicado en una revista ha sido citado en un año o período particular. Este concepto ha sido introducido por el Institute for Scientific Information –ISI– Para una información más detallada de este concepto ver: BRUZZONE, Horacio, “Algunas consideraciones sobre el llamado parámetro de impacto de las revistas científicas”, trabajo inédito; GARFIELD, Eugene, “Dispelling a few common myths about Journal Citation Impacts”, en “The Scientist”, vol. 11 (3), February 3, 1997, pág. 11 y ss.; AMIN, M. y MABE, M., “Impact factors: use and abuse”, en “Perspective in Publishing”, Nº 1, October 2000, en <http://>

a la expansión de instituciones nacionales vinculadas a la materia, como ha ocurrido con el CONICET y el CAICYT. O bien, mediante la labor de la CONEAU y los procesos de evaluación universitaria.

7. En nuestro país, los criterios de evaluación de la producción científica se fueron plasmando a través de una historia de más de 30 años y cuenta con hitos relevantes. Al respecto, Ana María FLORES nos recuerda que *en 1974, se creó el Centro Nacional Argentino del ISSN-CAICYT-CONICET*, fundamental para el reconocimiento eficaz del derecho de autor. *En 1993, se organizó la Base de datos OSIR* y desde 1998 funciona *el Latindex-Directorio* –al que ya me referí–. Hacia el 2000 se establecieron los *Parámetros de evaluación de Latindex-Catálogo*. Al año siguiente se puso en marcha *el Proyecto Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas* y en el 2002, se implementó un programa de *Subsidios para revistas científicas, el Latindex-Catálogo on line y el Proyecto Scielo.ar*<sup>16</sup>.

8. Este escenario permitió entonces, consensuar una serie de pautas formales y sustanciales relativas a la calidad. A modo de síntesis puede decirse que estas reglas exigen que las revistas científicas establezcan un *Consejo Editorial, con afiliación institucional*. Que determinen un sistema de *arbitraje estricto, haciendo público su mecanismo* de funcionamiento. Requieren que el *40% de los artículos de investigación científica sean originales*. Pero también que algún *porcentaje de trabajos sean de autores externos a la institución editora*. Las revistas deben *asegurar una cantidad determinada de artículos publicados por año*. Los trabajos a publicar tienen que presentarse *respetando las normativas internacionales. La periodicidad declarada y la cumplida de la publicación no pueden sobrepasar el año*. Por último, deben contener además: *indización por servicios de resúmenes. Acreditación de trayectoria. Administración eficiente. Determinación clara y precisa de las fechas de recepción y aceptación de los originales. Indicación del tiraje e información sobre el sistema de distribución*<sup>17</sup>.

9. Sin duda, la incorporación de estas pautas al mundo científico general ha provocado importantes consecuencias en los modos de producción de los resultados de las investigaciones. Ha obligado, por ejemplo, a precisar mecanismos públicos de admisión de los trabajos. Ha consolidado la participación de la comunidad científica a través del *referato o comité de pares evaluadores*<sup>18</sup>. Ha fortalecido el cuidado por la originalidad, la coherencia, la metodología

www.elsevier.com; FRANK, Martin, “Impact factors: arbiter of excellence?”, en “The Physiologist”, vol. 45, Nº 4, august 2002, págs. 181 y ss.; NICOLAISEN, Jeppe, “The J-shaped distribution of citedness”, en “Journal of Documentation”, vol. 58, Nº 4, 2002, págs. 383-395.

16 V. material de clase preparado por Ana María FLORES, “Sobre Estándares de Calidad en las Publicaciones en Ciencias Agrarias”, Zavalla, 26 de septiembre de 2002, ana@flores.cyt.edu.ar; aflores@conicet.gov.ar

17 FLORES, op. cit.

18 En relación a las funciones, fortalezas y debilidades de la institución del referato puede consultarse: GARFIELD,

y el uso de las fuentes de información. Ha otorgado mayor predicamento y confiabilidad a las publicaciones. Pero sobre todo, ha ampliado las posibilidades de reproducción de los resultados de la ciencia y ha abierto cauces institucionales de diálogo crítico entre autor, par evaluador y lector<sup>19</sup>. No obstante cabe reconocer que se está lejos todavía de contar con un sistema de control eficiente. En cada una de estas reglas existen marcos interpretativos flexibles, entramados decisivos diversos y variados sujetos de actuación. De manera que bien cabe suponer que el respeto de estas pautas no inmuniza plenamente contra imposturas intelectuales o fraudes al saber<sup>20</sup>.

10. Por su parte, la ciencia jurídica nos ofrece un panorama ambivalente respecto al sostenimiento de los estándares de calidad de las publicaciones periódicas. Así, las revistas nacionales por ejemplo, suelen ofrecer sus espacios para la publicación. Pero, no hacen explícitos los mecanismos de admisión de los trabajos, ni determinan públicamente las fechas y plazos para recepción y aceptación. Circulan en el extranjero. Sin embargo, no es frecuente que se reciban trabajos del exterior. En muchos casos constituyen Comité Editor, mas no siempre se envían los trabajos postulados a los árbitros designados. Tampoco es frecuente que el 40% de los artículos editados se refieran a temas que muestren rasgos claros de originalidad. La mayoría de los trabajos publicados abordan análisis jurisprudenciales, comentarios legislativos y reseñas o son, simplemente, ensayos temáticos. Quizás en este escenario influya el hecho de contar con pocas revistas que sean sostenidas por instituciones dedicadas a la investigación. Casi todas pertenecen a personas jurídicas privadas, de carácter comercial.

Eugene, "Refereeing and Peer Review. Part 1: Opinion and Conjecture on the effectiveness of refereeing", en "Current Contents", Nº 31, August 4, 1986, págs. 230 y ss.; "Refereeing and Peer Review. Part 2: The research on refereeing and alternatives to the present system", en "Current Contents", Nº 32, August 11, 1986, págs. 3-12. WELLER, Ann C., "Editorial peer review: its strength and weaknesses", Medford NJ, American Society for Information Science and Technology, 2001; FORD, E. D., "Scientific Method for Ecological Research", Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 415 y ss.; HENNEBERG, Maciej, "Peer review: the holy office of modern science", en "Natural science Editorial", 1997; DONOVAN, Bernard, "The truth about peer review", en "ICSU Press Workshop", Oxford, Keble College, 31 March to 2 April 1998.

- 19 Respecto a la importancia de generar posibilidades de reproducción de los resultados de las investigaciones científicas, puede verse el interesante artículo de Nora BÄR, "Ciencia para Legisladores", publicado en *La Nación*, el 1 de febrero de 2006. En: [http://www.lanacion.com.ar/cienciasalud/nota.asp?nota\\_id=776964&orig=en=amigoenvio \(8-2-2006\).](http://www.lanacion.com.ar/cienciasalud/nota.asp?nota_id=776964&orig=en=amigoenvio (8-2-2006).)
- 20 Sobre este tema puede verse en particular: DI TROCCHIO, Federico, "Las mentiras de la ciencia. ¿Por qué y cómo engañan los científicos?", trad. Constanza V. Meyer, Madrid, Alianza, 1995; FOLLARI, Roberto, "Epistemología y sociedad", Rosario, Homo Sapiens, 2000, Capítulo 3: Alan Sokal. La insuficiencia de pruebas, págs. 25 y ss.

### III. Sus articulaciones, usos y transformaciones

11. En el apartado anterior hemos tenido ocasión de realizar un esbozo del *ordenamiento normativo vigente* en materia de producción científica. Mas para cumplir con la finalidad de este trabajo, aún nos falta analizar otros dos aspectos importantes para esta arqueología. El *ámbito sociológico* en el que se elaboran las investigaciones. Es decir, el espacio de trabajo, conformado por las acciones de *actores poderosos o interesados y cooperantes*<sup>21</sup>, *ortodoxos o heterodoxos*<sup>22</sup>, pero identificables entre sí. En tanto que, por otra parte, habrá que revisar también su *perspectiva axiológica*. Esto es, el conjunto de representaciones simbólicas, idealizaciones o exigencias (éticas, lógicas y técnicas), destinadas a imponer algún modelo de producción científica, considerado legítimo, coherente y confiable<sup>23</sup>. En suma, no hay producto científico fuera de la articulación de estos tres niveles de prácticas discursivas: el plano normativo, sociológico y valorativo<sup>24</sup>. Por ello, cada producto no será otra cosa que el resultado de esta misma complejidad.

12. Asimismo, la articulación de estas prácticas da lugar al desarrollo de los contextos de *uso, aplicación y transformación* de la ciencia de referencia. Fenómenos estos que a su vez, pueden ser observados desde un punto de vista interno o externo a la ciencia en cuestión. La variación del enfoque depende de los sujetos que tomemos en cuenta para el análisis. Así por ejemplo, los usos y transformaciones serán *internos* si son conducidos –o protagonizados– por los propios integrantes de la comunidad científica. Pero serán *externos*, cuando este proceso lo lleven a cabo las personas en general, en calidad de simples usuarios o consumidores masivos del saber<sup>25</sup>. Sabemos que la sociología y la historia de la ciencia de los últimos tiempos se han ocupado con énfasis del estudio del primer aspecto<sup>26</sup>. En cambio lo han hecho

21 Respecto a los sujetos activos o repartidores interesados y poderosos puede verse: GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 419 y ss.; CIURO CALDANI, “Meditaciones...” cit., págs. 101 y ss.

22 Sobre la actuación ortodoxo y heterodoxa en la ciencia, puede verse: BOUDIEU, Pierre, “Los usos sociales de la ciencia”, trad. Horacio Pons, Bs. As., Nueva Visión, 2000, págs. 27 y ss.

23 V. CIURO CALDANI, “Meditaciones...” cit., págs. 100 y ss.; “Metodología jurídica...” cit., págs. 77 y ss.

24 Respecto a las prácticas discursivas y su interrelación puede verse: FOUCAULT, “Arqueología...” cit., págs. 227 y ss.

25 En sentido similar ver: SOLÍS, Carlos, “Razones e intereses. La historia de la ciencia después de Kuhn”, Bs. As., Paidós, 1994, págs. 43 y ss.

26 Especialmente a través de las obras de Scheler, Parsons y Merton. Pero también lo ha hecho la historia de la ciencia y la propia epistemología, gracias al pragmatismo norteamericano y al aporte de autores tales como Toulmin, Hanson, Gadamer, Feyerabend, Kuhn. Al respecto ver: GAETA, Rodolfo y GENTILE, Nélida, “Thomas Kuhn. De los paradigmas a la teoría evolucionista”, 1<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> reimp., Bs. As., Eudeba, 2001, págs. 7 y ss.; SOLÍS, op. cit., págs. 65 y ss.; GEYMONAT, Ludovico, “Historia de la Filosofía y de la ciencia”, trad. Juana Bignozzo y Pedro Roqué Ferrer, rev. Joaquim Sempere, ed. a cargo de Pere Lluís Font, Barcelona, Crítica, Grijalbo, 1998, págs. 616 y ss.

incipientemente, respecto del segundo<sup>27</sup>. Los apartados que siguen están destinados a repasar los aspectos más salientes de los usos y transformaciones de la producción científica, puertas adentro de la comunidad de investigadores.

13. Así, pues, en el *espacio interno* de la ciencia, los productos se utilizan para *circulación, consumo y transformación* de los conocimientos que contienen. Motivo por el cual el proceso mismo de su generación es comprendido como una tarea dialéctica, de rupturas y de cambios. O bien, como un juego sustituciones y discontinuidades entre conjeturas y refutaciones<sup>28</sup>. Muchos son los problemas que se originan en este contexto. Para cada investigador, los más frecuentes se vinculan con:

- a- Dificultades de acceso a productos científicos de excelencia<sup>29</sup>.
- b- La permanente tensión entre cooperación y competencia de los científicos entre sí<sup>30</sup>.
- c- El peso intelectual y afectivo del reconocimiento académico (admiración y rivalidad).
- d- Las luchas intergeneracionales por el monopolio del saber entre viejos y nuevos académicos<sup>31</sup>.
- e- Los sistemas de ingreso y las normas de permanencia en el campo, sostenidos muchas veces por criterios de oscurantismo feudal.
- f- Los problemas derivados de la pretensión de *partialidad e imparcialidad* del par evaluador<sup>32</sup>.
- g- La discriminación ideológica y de género<sup>33</sup>.

27 En este desarrollo, tal vez haya influido la creciente expansión de la tecnología de la información y los múltiples estudios referidos a la comunicación de masas de 1950 a nuestros días. De ellos cabe pues destacar, los legados de Habermas, Bourdieu, Morin y la Escuela de Edimburgo. SOLÍS, op. cit., págs. 11 y ss.; LAZARSFELD, P., MERTON, R. y MORIN, E., “La comunicación de masas”, coord. N. Lukaweczyk y F. E. Márquez, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1991, págs. 25 y ss.

28 V. BUNGE, “La ciencia...” cit., cap. 1, págs. 7 y ss.; FOUCAULT, op. cit., págs. 236 y ss.

29 V. HOUSSAY, Bernardo A., “La investigación científica”, 2<sup>a</sup> ed., Bs. As., Columbia, 1960; WAINERMAN, Catalina y SAUTU, Ruth (comp.), “La trastienda de la investigación”, Bs. As., Belgrano, 1997, capítulos 1 y 7, págs. 11 y ss., 179 y ss.; CEREIJIDO, Marcelino, “La ciencia argentina entre Billiken y el exilio”, 3<sup>a</sup> ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

30 V. MERTON, op. cit., ts. I y II.

31 V. BOURDIEU, “Los usos...” cit., págs. 12 y ss.

32 ...Aquí la cuestión consiste en saber quién está autorizado para juzgar y quien será juez de la legitimidad de los jueces... Para simplificar, diré que la cuestión del juicio justo se reduce en la práctica a la justicia y la justicia de las decisiones de los jueces o, para avanzar un paso, la de quienes están en condiciones de instituirlos como tales (componer los jurados) y fijar a través de las comisiones que establecen los criterios según los cuales deberán juzgar... BOURDIEU, “Los usos...” cit., pág. 118.

33 Este tema está siendo estudiado de manera muy creciente en todo el mundo. A modo de ejemplo, puede verse: WENNERAS, C. y WOLD, A., “Nepotism and sexism in peer-review”, en “Nature”, 387, 341, 1997, en <http://www.eb.tuebingen.mpg.de/women/papers/nepotismo.html>, o en <http://www.prbb.org/quark/27/027085.htm> (14-

- h- La propiedad intelectual y los derechos de autor.
  - i- El abierto manejo del saber y los riesgos de fraudes científicos derivados de la manipulación de información<sup>34</sup>.
14. En la *esfera comunitaria*, los conflictos y transformaciones más habituales se refieren a:
- a- La distribución plusvaliosa de los méritos entre los investigadores, en relación con los usos que hacen los demás de los productos generados por la persona reconocida<sup>35</sup>.
  - b- Las contradicciones que se generan entre la necesidad de desterrar el principio de autoridad y la consagración simultánea de investigadores y teorías, ocurridas por el efecto domino de sus reconocimientos<sup>36</sup>.
  - c- La definición del carácter del modelo científico prevaleciente, pudiendo ser considerado un saber acumulativo o revolucionario; continuo o discontinuo; lineal, circular o dialéctico<sup>37</sup>.
  - d- Los usos reflejan también tendencias productivas conservadoras o vanguardistas, repetidoras o creativas, poderosas o sometidas<sup>38</sup>.
  - e- Descubren problemas nuevos de demarcación del campo científico<sup>39</sup>.
  - f- Construyen vías de imposición de métodos de investigación de unas ciencias a otras,

1-2006); DE PABLO, Flora, “Las científicas y el techo de cristal”, en <http://www.amit-es.org/publicaciones.01.htm> (14-1-2006).

- 34 V. DI TROCCHIO, Federico, “Las mentiras de la ciencia. ¿Por qué y cómo engañan los científicos?”, trad. Constanza V. Meyer, Madrid, Alianza, 1993; SOLÍS, op. cit., págs. 21 y ss.
- 35 En 1968, Robert MERTON llamó a este problema: el Efecto Mateo, en alusión a la frase evangélica que dice: ...porque al que tiene se le dará por añadidura, pero al que no tiene se le quitará hasta lo que tiene... En efecto, el campo científico no suele ser equitativo a la hora de repartir reconocimientos, premios y honores entre sus miembros ya que, como bien advirtió el sociólogo norteamericano, rige un doble sistema de adjudicación. De *plusvalía*, respecto a los que cuentan ya con méritos públicos. Y, al propio tiempo, de *minusvalía*, en relación a los que menos tienen, aún cuando sus esfuerzos sean mayores y mejores que el de los primeros. Ello significa que al investigador reconocido, la comunidad científica le atribuirá créditos adicionales y a priori en cuanto a sus logros posteriores, y pondrá en tela de juicio todo aquello que provenga de personas aún desconocidas. Al respecto ver: MERTON, R. K., “The Matthew Effect in Science. The reward and communications systems of science are considered”, en “Science”, vol. 159, N° 3810, 5 de enero de 1968, págs. 56 a 63; “The Matthew Effect in Science, II. Cumulative advantage and the symbolism of intellectual property”, en “ISIS”, N° 79, 1988, págs. 606 a 623
- 36 A este fenómeno podríamos llamarlo: “ley de concentración del capital simbólico”. V. BOURDIEU, op. cit, págs. 18 y ss.
- 37 V. KUHN, Thomas S., “La revolución copernicana”, trad. Domènec Bergadà, Orbis, 1985; “La estructura de las revoluciones científicas”, 1<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> reimp., trad. Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica - Colección Breviarios, 1990.
- 38 V. BOURDIEU, op. cit., págs. 31 y ss.
- 39 V. POPPER, Karl, “La lógica de la investigación científica”, 1<sup>a</sup> ed., 11<sup>a</sup> reimp., trad. Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1999; “Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del pensamiento científico”, trad. Néstor Míguez y Rafael Grasa, Buenos Aires - Barcelona, Paidós, 2001.

a través de dogmatismos o exageraciones ideológicas.

- g- Y hoy, más que en otras épocas de la historia, los usos de la ciencia parecen reforzar la pretensión de aplicar estándares universales de calidad a todas las disciplinas, en detrimento de la necesaria diversidad científica.

15. En el mundo jurídico, las situaciones descriptas cargan además con el pesado manto de sospecha de la “inutilidad” de su ciencia. En efecto, no siempre se le reconoce crédito real a esta disciplina, sobre todo, en las prácticas tribunalicias<sup>40</sup>. Pero lo curioso es que aún así, sus operadores siguen empeñados en llamar ciencia a sus labores, que son de técnica jurídica. Este tema no es, ciertamente, nuevo. Hace ya más de cien años François GÉNY fue uno de los primeros en advertirlo. Reconoció con claridad que el Derecho se compone de una doble dimensión: el marco de lo *dado* (los datos reales, históricos, racionales e ideales) y el de lo *construido* (las formas: los conceptos, construcciones, terminología y fraseología, presunciones y ficciones jurídicas). Razón por la cual de un lado, instó al desarrollo de la ciencia –para la comprensión del primero– y de la técnica –para el segundo–. Mas de otro, subrayó la importancia del uso complementario de ambos saberes para la elaboración de normas<sup>41</sup>. Sin embargo, mucho es todavía lo que hay trabajar para terminar de comprender la necesidad de esta separación. De su éxito o fracaso depende, además, el saludable reconocimiento del Derecho como sistema complejo de saberes diversos<sup>42</sup>.

#### **IV. Ciencia jurídica emergente, ciencia jurídica esperada: arqueología en perspectiva**

16. El panorama actual de los productos científicos reseñado nos permite, en esta instancia, caracterizar algunos de los rasgos que definen a la Ciencia Jurídica emergente,

40 ...La hostilidad hacia la ciencia puede provenir, al menos, de dos conjuntos de condiciones, aunque los sistemas concretos de valores –humanitarios, económicos, políticos y religiosos– sobre los que se base pueden variar considerablemente. El primero involucra la conclusión lógica, aunque puede no ser empíricamente sólida, de que los resultados o métodos de la ciencia son contrarios a la satisfacción de importantes valores. El segundo consiste, en gran medida, en elementos no lógicos. Reposa en la sensación de incompatibilidad entre los sentimientos que encarna el “ethos” científico y los que se encuentran en otras instituciones... V. MERTON, op. cit., t. 2, pág. 340.

41 V. GÉNY, F., “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, 2<sup>a</sup> ed., pról. Raimundo Saleilles, Madrid, Reus, 1925, especialmente, Segunda Parte, págs. 228 y ss., y págs. 444 y ss.; JAMIN, Christophe, “François Gény d'un siècle à l'autre”, en “François Gény, mythe et réalité”, Bruxelles, Dalloz, 2001, págs. 3 y ss. Al respecto, recordemos también que en la Facultad de Derecho de la UBA, actualmente se dicta una *Maestría en Teoría y Práctica para la Elaboración de Normas Jurídicas*, dirigida por el Dr. M. Á. Ciuro Caldani, que se inspira en este paradigma.

42 Respecto a la relación entre Derecho y tipos de conocimiento puede verse: DABOVE, M. I., “El derecho como complejidad de saberes diversos”, en “Ideas y Derecho”, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Año III, N° 3, 2003, págs. 95 y ss.

la ciencia vivida. Pero para hacerlo hay que admitir también, que junto a ella convive tras sus muros, otra ciencia; en este caso, *pensada*. La ciencia jurídica que esperamos. Una perspectiva similar nos ofreció el maestro GOLDSCHMIDT, al referirse a la universidad alemana de su formación, en la tierra tucumana del 49. Quizás fue la distancia impuesta por el exilio, quien mejor le mostró esta dualidad intelectual, humana simplemente<sup>43</sup>. Con la ciencia del Derecho ocurre un fenómeno parecido. Desde la óptica de la ciencia vivida, puede observarse que el Derecho fue desarrollando sus fuentes de conocimiento, al compás de problemáticas concretas. Muchas están vinculadas a la práctica jurídica y, otras, se refieren a conflictos derivados del contexto político e ideológico que lo encuadra.

17. Así, desde la antigüedad a la edad contemporánea, los productos jurídicos se iban elaborando gracias a la actuación de reyes, legisladores, pretores y jueces. Pero también, por el trabajo doctrinal de jurisconsultos y filósofos, que escribían sus textos a manera de ensayos monográficos. En estos contextos, los productos reflejaban la (con)fusión de cuatro tipos de saber: el filosófico, religioso, científico y técnico. O bien, en el mejor de los casos, se amparaban en la concepción aristotélica del conocimiento<sup>44</sup>. El iusnaturalismo moderno posibilitó la codificación. Pero, el advenimiento del positivismo posterior, elevó a categoría de ciencia a todos los productos del Derecho, sin distinción (ya se trate de leyes, sentencias, decretos o textos doctrinarios). Sin embargo, al propio tiempo, el éxito masivo de las ciencias formales y naturales impulsó una fuerte crítica dialéctica a esta posición. De ella surgirá la Metodología Jurídica, contando entre sus precursores a Kirchmann, a Savigny, a los iusfilósofos de las corrientes antiformalistas y a los del círculo de Viena<sup>45</sup>.

18. Hoy, este enfoque científico omnipresente del fenómeno jurídico, parece haber entrado en una profunda crisis. Incluso, esto mismo suelen confirmarlo las paradojas que provienen de las fuentes de conocimiento, que ya hemos mencionado. En este estado de situación incide, sin duda la enorme presión –histórica y actual– que las ciencias “duras” ejercen sobre las demás, por imponer estándares productivos de calidad, con carácter uniforme. Así como también lo hace el contexto económico político de la globalización marginación. En este contexto, la ciencia jurídica emergente no está sino sitiada, debilitada, y a la espera de refuerzos reflexivos que la salven. Pensar las posibilidades actuales de construcción de una ciencia jurídica autónoma, resulta, creo, un camino saludable. Tanto como, reconocer las fortalezas y debilidades de nuestro campo, su demarcación y su posterior articulación, con

43 V. GOLDSCHMIDT, W., “Enseñanza de la verdad y de la justicia”, en “Justicia y Verdad”, Bs. As., La Ley, 1978, págs. 525 y ss.

44 En relación a los modelos científicos prevalecientes en la Historia de Occidente puede consultarse la excelente síntesis que realiza: MARDONES, José M., “Filosofía de las ciencias humanas y sociales”, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Anthropos, 2003, págs. 19 y ss.

45 Por ejemplo: Ihering, Kantorowicz, Heck.

los estándares productivos de la ciencia del presente<sup>46</sup>.

19. Los valores adoptados por la ciencia del Derecho a través de sus productos, dejan huellas para su reconstrucción y hacen posible pensarla al porvenir. En suma, esperarla. Sabemos que los cambios epistemológicos recientes le exigen un proceso adaptativo. Sobre todo, frente a un medio ambiente científico cultural en transición. En este sentido, claras resultan las palabras de MERTON cuando señala que... *las nuevas pautas de conducta deben ser justificadas para afirmarse y convertirse en focos de sentimientos sociales... Un nuevo orden social presupone un nuevo esquema de valores...*<sup>47</sup> Por eso, frente a este escenario convendría preguntarnos: cuáles son los valores de la ciencia del Derecho que esperamos asumir. Cuáles, marcarán el rumbo de nuestra producción. Con qué alcance y para qué. En suma, necesario será transitar ahora, *el tiempo de la ciencia del Derecho, el tiempo de las fuentes de conocimiento.*

20. La *ciencia del derecho esperada*, según creo, tendrá que resolver varias cuestiones importantes para lograr su crecimiento. Deberá ponerle fin a la tensión que se genera entre sus posibilidades reales de autogestión y control; y la fuerte tentación de conceder su espacio a otros organismos institucionales, o campos de acción<sup>48</sup>. El mundo jurídico y la vida universitaria están plagados de ejemplos que ilustran las consecuencias negativas de esta situación. Muestran los permanentes vaciamientos de la ciencia y la desestabilización de su sistema de reconocimientos. Reflejan en suma, un juego de poder no siempre favorable a la esfera propia de la ciencia del Derecho. La ciencia nueva deberá atender también a sus propias desviaciones, como aquellas que provienen del *particularismo y etnocentrismo*, del *secreto*, de la *búsqueda exclusiva de recompensas* y del *dogmatismo organizado*<sup>49</sup>.

21. Hace algunos años, el mismo Robert MERTON se ocupó del problema de la ética en la ciencia, a partir de sus investigaciones sociológicas sobre este tipo de conocimiento. En ese marco descubrió que en todas las disciplinas, los valores cumplen una función relevante para la preservación de las prácticas científicas. Al punto de afirmar que ...*las normas de la ciencia poseen una justificación metodológica, pero son obligatorias, no sólo porque constituyen un procedimiento eficiente, sino también porque se las cree correctas y buenas. Son, pues, prescripciones morales tanto como técnicas*<sup>50</sup>... El universalismo, el comunitarismo, el desinterés y el escepticismo organizado son, para nuestro autor, sus bases. Aunque con el tiempo este cuadro se enriqueció, con el reconocimiento de otras exigencias valorativas. A

46 V. DABOVE, "El Derecho como complejidad de saberes..." cit., págs. 113 y ss.

47 V. MERTON, op. cit., t. 2, págs. 312 y ss.

48 V. MERTON, op. cit., t. 2, págs. 346 y ss.

49 V. MERTON, op. cit., t. 2, págs. 359 y ss.

50 V. MERTON, op. cit., t. 2, págs. 358 y ss.

ellas se sumaron, el respeto por la honestidad intelectual, la humildad, la claridad expositiva, la razonabilidad, la libertad de pensamiento, sentido crítico y desarrollo de criterio personal, la actualización constante, la solidaridad y la tolerancia<sup>51</sup>. Algunos parámetros fueron incorporándose en los criterios de calidad que analizamos. Pero la tarea aún no ha terminado. La ciencia jurídica esperada debe, por su parte, preguntarse si aceptará estos principios para su configuración. Tendrá que diseñar estrategias eficaces para lograr su cumplimiento y establecer mecanismos garantistas para sostenerlos.

## V. Conclusiones

22. En este trabajo tratamos de caracterizar a la ciencia jurídica a través de la observación de sus productos, a la manera de la arqueología. Advertimos la creciente multiplicidad de las fuentes del conocimiento jurídico y analizamos la importancia que tienen para nuestro campo. Por otra parte, hicimos referencia a los aspectos normativos de esta arqueología jurídica, estudiando el contenido de los *estándares de calidad* que rigen a la ciencia, en general. Las articulaciones y transformaciones sufridas en la producción de este saber nos colocaron, además, frente a los *conflictos sociológicos* centrales que transcurren en la comunidad científica, por el uso de sus productos. Mas también nos señalaron los riesgos de debilitamiento que pueden producir en la ciencia del Derecho. Vimos también que la ciencia postmoderna nos reclama un proceso adaptativo uniforme, que concuerde con sus aspiraciones. Sin embargo creo que ello sólo fructificará, si la ciencia del Derecho comprende al fin, la importancia derivada de la incorporación de *valores* que den cuenta de las aspiraciones esperadas para este tipo de saber.

51 Es interesante hacer notar que por unanimidad, los investigadores de carrera de la Facultad de Derecho de la UNR se mostraron conformes con la aceptación de normas éticas que regulen su acción productiva. Al respecto pueden consultarse los resultados de las entrevistas realizadas a la población total (compuesta por 14 investigadores), durante el año 2004. Sobre este tema puede consultarse: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Meditaciones acerca de la ciencia jurídica", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario", N° 2/3, págs. 89 y ss.; HOUSSAY, op. cit.; POPPER, Karl, "Tolerancia y responsabilidad intelectual", en "Sociedad abierta, universo abierto", 3<sup>a</sup> ed., trad S. Mas Torres y A. Jiménez Perona, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 139 a 158; BUNGE, Mario, "Ética y ciencia", 3<sup>a</sup> ed., Bs. As., Siglo Veinte, 1986; CIURO CALDANI, M. Á., "Doctorado, Universidad y Derecho", en "Boletín...", cit., N° 7, págs. 103 y ss.; VV.AA, "El pensamiento científico y el método educativo", Bs. As., Educando, 1999; WAINERMAN y SAUTU (comp.), op. cit., capítulos 1 y 7, págs. 11 y ss., 179 y ss.



# NOTAS SOBRE LA ACTUACIÓN DEL ESTADO COMO PARTE PROCESAL

EDUARDO VÍCTOR LAPENTA\*

1. Distintas circunstancias confluyen para que el Estado sea parte en un número creciente de procesos judiciales. Nos interesa especialmente la actuación de la administración pública como parte demandada.

El crecimiento de la actividad e intervención estatal, la ampliación de las formas de responsabilidad del Estado, la progresiva admisión de medidas positivas respecto a los derechos económicos, sociales y culturales<sup>1</sup>, etcétera, son algunas de las causas que explican ese sustancial incremento de los procesos judiciales contra el Estado.

Pero el aumento de pretensiones cuya satisfacción compete al Estado no deriva, necesariamente, en un correlativo incremento de la litigiosidad procesal.

2. Es relevante considerar el *funcionamiento conjetural* de las normas.

El derecho tiene un funcionamiento conjetural cuando las personas ajustan su conducta a la predicción de lo que se habría decidido en la sentencia, sin llegar a la instancia judicial. Los clientes consultan a sus abogados y éstos conjeturan lo que harán los tribunales en cada caso; los jueces conjeturan lo que harán los tribunales de Alzada, y deciden en gran medida en atención a ello<sup>2</sup>.

Los abogados del Estado podrán, usualmente, conjeturar la sentencia que recaerá en los pleitos que intervienen. Las variaciones posibles en la extensión resultan acotadas por la jurisprudencia, y podrían ser objeto de negociación.

El incremento significativo en el número de los procesos judiciales, parece mostrar fuertes limitaciones al funcionamiento conjetural del derecho, incluso cuando la parte demandada es el Estado.

3. Segundo una visión estática del proceso, el actor ejerce su pretensión –y el demandado su resistencia– con el exclusivo propósito de lograr una sentencia que se pronuncie sobre el significado y alcance de sus derechos<sup>3</sup>.

\* Profesor adjunto e Investigador de la UNICEN.

1 BIDART CAMPOS Germán, “La Constitución que dura; los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución Reformada de 1994”, Bs. As., Ediar, 2004.

2 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, pág. 9.

3 LAPENTA, Eduardo Víctor, “Aportes para la comprensión de la dinámica del proceso judicial”, en “Cartapacio de Derecho”, N° 6, Azul, Escuela Superior de Derecho de la UNICEN, 2003, en <http://www.cartapacio.edu>.

Desde tal óptica sería incomprendible la decisión de aceptar o prolongar un proceso judicial, cuando la administración pública puede conjeturar su derrota, soportando las molestias y gastos, en lugar de otorgar la pretensión en el procedimiento administrativo.

¿Aceptaría la administración pública ser demandada, o prolongar un proceso judicial, si cree que la sentencia le será desfavorable?

Nuestras prácticas procesales indican que la conjetura de la decisión judicial no siempre funciona como disparador de una negociación temprana, sino que los abogados especulan con repartos provisорios (ejecutoriedad del acto administrativo, medidas cautelares, prolongación del pleito por utilización de todos los medios de impugnación disponibles, oposición a la ejecución, etcétera) para la satisfacción de otras pretensiones.

Existen motivos distintos a la pretensión procesal alegada que llevan al funcionario administrativo a “ganar tiempo”, posergando el cumplimiento hasta la ejecución de la sentencia judicial. Motivos políticos, administrativos, financieros, etcétera.

Así puede denegarse la petición legítima y razonable para evitar el precedente administrativo, al suponer que se producirán de inmediato otras peticiones análogas; para darle a los fondos un destino distinto al que requiere el cumplimiento; para evitar consecuencias políticas disvaliosas difiriendo el cumplimiento de la sentencia para que recaiga sobre el próximo gobierno; por la inercia derivada en la falta de gestión, o la inexistencia de funcionarios con capacidad de decisión que posibiliten instancias de negociación; por la dificultad procedural para justificar la erogación ante los organismos de contralor; etcétera.

4. Una mirada superficial al panorama del Derecho Procesal en su relación con el resto de las ramas jurídicas muestra un fenómeno de relativo vaciamiento de aquél, en función de la apropiación de sus contenidos por éstas<sup>4</sup>.

En el Derecho Procesal se propugna una visión formal de las partes de un proceso, que asimila la actuación del particular con la que corresponde al Estado. Tal vez por la falta de estudios procesales sobre los procedimientos especiales, como el contencioso administrativo.

Se señala con acierto que existe, particularmente desde las perspectivas unitarias de la teoría general del proceso, una exacerbación de la forma y la desconsideración de otros elementos del “reparto procesal”<sup>5</sup>.

ar/ojs/index.php/ctp/article/view/64/34

4 MEROI, Andrea, “El Derecho Procesal y su inserción en la Teoría General del Derecho”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2004/2005, pág. 49. Versión digital en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/684/532>

5 MEROI, op. cit., págs. 58 y ss.

5. En verdad no hay tal igualdad procesal. No la hay por las prerrogativas sustanciales y procesales que goza el Estado. Ambas revierten en privilegios procesales.

El Estado resulta beneficiado con los plazos de caducidad para interponer cierto tipo de demandas, o con términos especiales para contestarlas, etcétera.

Los caracteres de presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo, le permiten al Estado gozar durante el proceso judicial de una situación de desigualdad relacionada con la pretensión principal, que denominamos reparto provisorio<sup>6</sup>. Así, por ejemplo, el agente sancionado con cesantía permanecerá sin remuneración hasta la sentencia que lo reincorpore; o quien demande una prestación asistencial –salvo que logre una medida cautelar– deberá esperar a la sentencia para obtenerla. En ambos casos la dilación procesal favorecerá a la administración pública, si ha llegado a juicio por alguno de los motivos antes señalados.

El proceso se desenvuelve en el tiempo. El tiempo se convierte en temporalidad jurídica en cuanto significa oportunidad para la realización de los valores del Derecho, es decir, en *oportunidad de vida*.

Durante el tiempo que insume cada proceso judicial, el reparto provisorio puede volverse *irreversible*, particularmente en los repartos *vitales*. No es posible restituir la vida, la salud, los años de educación o la subsistencia digna. Si ello ocurre, la sentencia quedará vaciada del contenido de la pretensión originaria.

¿Existe un correlato de *garantías* para el particular que equilibren esas *prerrogativas* procesales de la administración pública?<sup>7</sup>

Entendemos que el Estado, como parte en un proceso judicial, debe tener una actuación severamente condicionada por los mismos principios generales que se reconocen –en favor de los particulares– en el procedimiento administrativo y, con especial énfasis, los de juridicidad y verdad jurídica objetiva.

6. Existe un importante desarrollo teórico de los principios generales del procedimiento administrativo.

Según la doctrina, el procedimiento administrativo es la serie o secuencia de actos, dirigida a la satisfacción inmediata del bien común, que constituye el elemento ordenador de la función administrativa del Estado<sup>8</sup>.

Mientras el fin esencial de la función administrativa es la gestión directa e inmediata del bien común, la función judicial reconoce como propósito esencial la resolución de conflictos de intereses entre partes<sup>9</sup>.

6 LAPENTA, op. cit.

7 COMADIRA, Julio Rodolfo, “Derecho Administrativo”, 2<sup>a</sup> ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2003, pág. 123.

8 Ídem, págs. 124 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, 7<sup>a</sup> ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2002, t. II, págs. 513 y ss.

9 COMADIRA, op. cit., pág. 126.

Entre los principios del procedimiento administrativo nos interesa destacar el de juridicidad y el de verdad jurídica objetiva.

El accionar de la administración pública en procura del bien común supone, necesariamente, el respeto del orden jurídico.

Además, debe adecuar su accionar a la verdad jurídica objetiva –o verdad material– y superar las restricciones cognoscitivas que pueden derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes, deliberadamente o no<sup>10</sup>.

Otros principios generales del procedimiento son la impulsión de oficio y el formalismo moderado. El impulso oficioso, porque corresponde a la administración pública la gestión del bien común, que no puede quedar a merced de la voluntad del particular. El formalismo moderado porque el administrado es un colaborador de la administración pública, y el reconocimiento jurídico de su actuación, aun mal encauzada, revierte en beneficio del bien común.

7. En nuestras prácticas procesales la representación legal del Estado se considera *autorizada y legitimada* para ejercer la *defensa en juicio*, sin más limitaciones que las que tendría un particular.

Como parte demandada en un proceso judicial, se opondrá a la pretensión del actor. Generalmente hará una pormenorizada negativa de los hechos, incluso aquellos que hayan pasado en presencia de la administración pública; negará autenticidad y validez a la documental; retaceará información; intentará evitar el suministro de elementos probatorios gestados en la propia administración pública (documental, informativa, etc.); se opondrá a la prueba ofrecida por la actora; cuestionará el derecho aplicable al caso; se opondrá a la procedencia de los rubros y montos que pudieran reclamarse (arts. 354 y concs. CPCC; art. 37 CCA, Prov. Buenos Aires).

Obligará a la actora a probar todos y cada uno de los extremos fácticos y jurídicos de su pretensión.

Por el contrario, se reconoce que la actuación del Estado como parte acusadora en el proceso penal –en consonancia con el sentido de las *garantías constitucionales*– debe ajustarse a la verdad, actuar con objetividad, y le está prohibido ocultar pruebas.

8. La representación legal del Estado expresa la voluntad de éste que, precisamente, se alcanza mediante un *procedimiento administrativo* que culmina con la emisión de actos –internos o administrativos– de la administración pública.

En ese procedimiento rigen los principios de juridicidad y verdad material. ¿Cómo se podría derivar de ellos una *voluntad* del Estado para negar la juridicidad o la verdad? ¿Cuál sería la motivación de tales actos?

10 Ídem, pág. 135.

No es un problema respecto a la ética del abogado que representa al Estado, sino de la imposibilidad jurídica de atribuir a la administración pública una voluntad contraria a la juridicidad o la verdad material.

Además, tales principios generales tienen por finalidad la *satisfacción del bien común* en el procedimiento administrativo. ¿Podría sostenerse otra finalidad para Estado en juicio?

La mera reticencia, en reconocer los hechos o en suministrar información, constituye para la administración pública un accionar antijurídico. No podría alegarse la defensa del bien común por métodos antijurídicos.

9. La regla procesal que impone reconocer o negar categóricamente los hechos afirmados en la demanda, es la misma para el Estado o el particular. Pero su alcance es distinto.

El particular puede ejercer su defensa sin obligación de declarar contra sí mismo (art. 18 CN), ni suministrar otros medios probatorios en su contra. Se admite que puede expresarse con mendacidad, y se lo libera de juramento o promesa de decir verdad, aunque no se trate de un proceso penal, en la contestación de demanda y absolución de posiciones.

¿Tiene el Estado *derecho* a negar falsamente, ocultar o mentir?

Las garantías se inscriben en la técnica constitucional de limitación al poder. Se otorgan a los habitantes para protegerlos del Estado. No hay *garantías* en favor del Estado, porque importaría un contrasentido, debilitando a los particulares frente al poder.

Es cierto que la teoría de la división de poderes que ataba la configuración del Estado liberal como garantía de preservación de las libertades negativas, está hoy cuestionada porque no reconoce todo un conglomerado de relaciones de poderes –particularmente de los grupos corporativos– que se superponen a las decisiones estatales. También que el Estado tiene hoy nuevos roles, porque ha asumido un papel activo respecto a la comunidad, como catalizador de procesos sociales, políticos y económicos<sup>11</sup>.

Pero este desarrollo teórico resulta inaplicable cuando la parte procesal o la pretensión no se relaciona con tales grupos corporativos. De modo análogo se sostiene una relativización de las garantías constitucionales, estrictamente limitada a los delitos cometidos por organizaciones criminales de alcance internacional.

10. En la dimensión axiológica puede señalarse que, con miras a la personalización del individuo, el régimen debe *protegerlo* contra todas las amenazas, de los demás individuos (como individuos y como régimen), de él mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.).

El resguardo contra el régimen se logra mediante el fortalecimiento del individuo (derechos humanos) y el debilitamiento del régimen (división del poder). La protección contra el propio individuo suele procurarse con la educación, la incapacidad de obrar, la pretensión

11 THURY CORNEJO, Valentín, “Juez y división de poderes hoy”, Bs. As., Ciudad Argentina, 2002, pág. 388.

resocializadora de la pena, etc. El resguardo frente a “lo demás” lleva a la organización de los servicios de salud, empleo, educación, seguridad social, etc.<sup>12</sup>

La administración pública tiene a su cargo la satisfacción directa e inmediata del bien común, no sólo absteniéndose de afectar las libertades individuales, sino a través de medidas positivas que *protejan* al individuo permitiéndole personalizarse.

La actuación como parte demandada en un proceso judicial no la exime de procurar esos fines, en la medida de sus posibilidades de actuación, ni transfiere a la jurisdicción la responsabilidad excluyente en la gestión del bien común implicado en el caso.

Menos aún puede obstaculizar con la falsa negativa, la reticencia o la mentira, el cauce de actuación jurisdiccional del derecho.

11. Estas breves reflexiones nos llevan a pensar que, en tanto el proceso judicial importa una pérdida de oportunidades –especialmente cuando están en juego repartos vitales para el administrado–, debe ser considerado como una alternativa extrema para la administración pública.

El Estado sólo debe optar por esa alternativa para resistir una pretensión que considera indebida, previo expresar motivadamente la voluntad en el ámbito administrativo, ejerciendo la defensa procesal limitada a esa autorización, y dentro del marco de actuación regido por los principios de juridicidad y verdad material.

Debe limitar la controversia a los puntos de conflicto real, reconociendo los hechos y el derecho invocados por el particular, cuando verdaderos, absteniéndose de toda falsa negativa, reticencia –incluido el silencio– o falsoedad.

12 CIURO CALDANI, op. cit., pág. 90.

# MARCOS TEÓRICOS SOBRE EL FENÓMENO DE RECEPCIÓN JURÍDICA

ANDREA A. MEROI\*

## 1. Introducción

En cada investigación jurídica que se emprende es habitual la pregunta por el origen o los antecedentes del instituto bajo estudio. También es habitual, particularmente en países como los nuestros, constatar que las respuestas jurídicas provienen de otros ordenamientos y que la *originalidad* es una cualidad casi excepcional.

El hecho de la recepción, transplante, intercambio, préstamo, copia, de un derecho a otro no es novedoso ni reciente. Sí puede considerarse relativamente cercana la *reflexión crítica* acerca de este fenómeno.

Esa profunda comprensión de las razones por las cuales ocurre la *recepción jurídica* así como de los efectos que produce y los límites con que tropieza, es fundamental a la hora de investigar cualquier institución jurídica. Tanto más fundamental en tiempos como los que vivimos, de persistente insatisfacción social por el funcionamiento del sistema y de búsqueda de alternativas en experiencias ajenas que, al hilo de la globalización, circulan vertiginosamente al igual que otros bienes de cambio. La ilusión normativista, sin embargo, puede deparar penosas sorpresas.

Por todo ello, entonces, consideramos significativo recordar a un grupo distinguido de autores que estudiaron el fenómeno de la recepción jurídica y que discrepan, algunos tan sólo parcialmente, en la conceptualización y valoración de una realidad inaplazable del mundo jurídico actual.

## 2. Distintas aproximaciones al fenómeno de recepción jurídica (en general)

Sin la menor intención de agotar la reseña de estos estudios, daremos cuenta de tres tesis desarrolladas ya desde la década de los '70 sobre el fenómeno de recepción jurídica. Se trata de diversas perspectivas –una de ellas de autor argentino– que intentan explicar las razones de la *recepción* pero también sus posibilidades, sus efectos, sus ventajas y desventajas.

\* Profesora titular de Derecho Procesal I, dedicación exclusiva, de la Facultad de Derecho de la UNR.

## 2.1. Alan Watson y los “transplantes legales”

ALAN WATSON es una reputada autoridad en historia del derecho y derecho comparado de la Universidad de Edinburgh y de Georgia.

Publicó su obra *Legal Transplants* en 1974<sup>1</sup>, suscitando encendidas polémicas al desafiar la noción prevaleciente según la cual existe una estrecha relación entre el derecho y la sociedad en la que rige<sup>2</sup>.

Su tesis principal consiste en que, frecuentemente, las leyes de una sociedad no surgen como el resultado lógico de su propia experiencia sino que principalmente se “piden prestadas” de otras sociedades (“*laws of one society are primarily ‘borrowed’ from other societies*”). Consecuentemente, mucho del derecho de una sociedad funciona de manera muy diferente de la de aquella para la cual fue creado.

Según WATSON, la sorprendente “longevidad” del derecho y su aceptación en circunstancias foráneas acarrea importantes implicaciones para los historiadores del derecho y los sociólogos: la ley no puede ser usada como una herramienta para comprender a la sociedad sin una cuidadosa consideración de los “transplantes legales” (*legal transplants*).

2.1.1. En el capítulo 16 de su obra<sup>3</sup>, el autor arriba a algunas “reflexiones generales” a modo de verdaderas *conclusiones*; a saber:

1) El *transplante* de reglas individuales o de una gran parte de un sistema legal es extremadamente común;

2) El *transplante legal* es, para el autor, la fuente más fértil de desarrollo jurídico. La mayoría de los cambios en la mayoría de los sistemas es el resultado de “préstamos”;

3) Hasta un nivel harto sorprendente, el derecho tiene sus raíces en el pasado<sup>4</sup>: por increíble que parezca, los contenidos de un código civil moderno dependen primordialmente de aquellos de las *Institutas* de Justiniano del año 533 d.C.;

4) El *transplante* de reglas legales es socialmente sencillo. Cualquiera sea la oposición de los colegios profesionales o de las legislaturas, lo cierto es que las leyes mudan fácilmente y son aceptadas por el sistema sin grandes dificultades<sup>5</sup>;

5) Una recepción voluntaria casi siempre (o siempre, en el caso de un *transplante*

1 Se trata de la primera edición. Hoy, v.: WATSON, Alan, “Legal transplants (an approach to comparative law)”, 2nd ed., Georgia, The University of Georgia Press, 1993.

2 Ver, *infra*, # 2.2. (tesis de PAPACHRISTOS).

3 WATSON, op. cit., págs. 95 y ss.

4 “*The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves*”, F. W. MAITLAND, citado por el autor, pág. 95, nota al pie # 2.

5 El autor explica que la verdad de la cuestión parece ser que muchas leyes provocan poco impacto sobre los individuos, y que muy a menudo lo importante es que haya una ley; qué regla se adopte en definitiva es de significación restringida para la felicidad humana en general (pág. 96).

significativo) implica un cambio en esa ley, que puede obedecer a numerosos factores (el clima, las condiciones económicas, la perspectiva religiosa o aun alguna circunstancia ajena a los factores particulares que operan dentro de una sociedad como conjunto o de la tendencia histórica general). En un sentido amplio, sin embargo, si se quisiera descubrir el “espíritu del pueblo” (*Volksgeist*) a partir de su derecho, no debería observarse el sistema en su conjunto sino los detalles a partir de los cuales difiere de otros sistemas;

6) Ningún área del derecho privado puede considerarse extremadamente resistente al cambio como resultado de la influencia extranjera. Ni siquiera el derecho de familia, a pesar de la opinión general en contrario;

7) El período de la recepción es a menudo un tiempo en que la ley transplantada es examinada minuciosamente. De ahí que sea también la oportunidad en que la ley se reforme o se sofistique. Eso brinda a la sociedad receptora una excelente oportunidad de convertirse en “donante”, a su turno;

8) La recepción es posible y aun fácil cuando la sociedad receptora es mucho menos avanzada material y culturalmente, aunque los cambios dirigidos a la simplificación (y aun a la “barbarización”) serán muy grandes;

9) La ley extranjera puede ser influyente inclusive cuando sea totalmente malentendida<sup>6</sup>;

10) Las conclusiones precedentes muestran la importancia de la *autoridad* para los *transplantes* y para la ley en general. Es una característica muy marcada entre los abogados el no querer aparecer solos en sus decisiones. De ahí la fuerza de la doctrina del precedente en el derecho inglés, el hábito de los juristas romanos de citar a los colegas en apoyo y, hasta cierto punto, la frecuencia de los *transplantes*;

11) Una nación con gran inventiva en el derecho puede verse libre, en gran medida, de aceptar *transplantes*, aun en un tiempo en que la influencia ajena sea muy importante en otras materias para esa sociedad. Empero, no siempre es el caso<sup>7</sup>;

12) El derecho, como la tecnología, es en mucho fruto de la experiencia humana. Al igual que lo ocurrido con la rueda, importantes reglas legales son inventadas por un puñado de pueblos o naciones y, una vez inventadas, su valor puede prontamente ser apreciado y las reglas en sí mismas adoptadas para las necesidades de muchas naciones;

13) Para una sociedad, el hecho de mostrar un progreso cultural marcado e inventiva en un campo no es índice de que habrá un progreso similar en otros. Mucho más que otros pueblos

6 El autor ejemplifica con la influencia de Montesquieu y la doctrina de separación de poderes: “It is much disputed whether Montesquieu actually misunderstood the English constitution or was constructing an ideal constitution with England as its source. However this may be, his views were of fundamental importance to the framers of the American constitution though they were under no illusion as to the true nature of the English constitution...” (pág. 99).

7 El autor ejemplifica: “Late republican Rome is an instance of the first phenomenon, mediaeval England of the second”.

europeos, los romanos y los ingleses han sido vitalmente importantes para el desarrollo de los campos tradicionales del derecho privado. La suprema contribución de los juristas italianos, franceses, holandeses y alemanes ha consistido más bien en la racionalización, sofisticación y adaptación de las reglas (que ya eran) del derecho romano.

El autor se pregunta, finalmente, acerca de la posibilidad y deseabilidad de un sistema jurídico unificado, al menos para todo el mundo occidental. Según su opinión, sería una tarea relativamente sencilla diseñar un código de derecho privado único (*single*) y básico, con la posibilidad de que cada nación sea libre de modificarlo en las partes que no concuerde. Esa revisión frecuente del código básico a la luz de las modificaciones nacionales resultaría en un período muy breve en un sistema jurídico virtualmente unitario (*unitary*). Sin embargo, uno podría preguntarse “si vale la pena el esfuerzo. Pero igualmente uno debe preguntarse si es sensato y si vale la pena tener derechos privados separados en cada uno de los cincuenta estados de los Estados Unidos de América; y tener un sistema legal para Escocia y otro para Inglaterra y Gales, especialmente cuando hay sólo una legislatura. El punto importante aquí, sugiero, no es la precisa aptitud del derecho para el territorio particular de que se trata. Se trata mucho más del valor psicológico de tener un sistema legal propio”<sup>8</sup>.

2.1.2. Como *epílogo* a la 2<sup>a</sup> edición, WATSON recoge las críticas a su tesis (para muchos, *Legal Transplants* podía interpretarse como socavando el desarrollo de una teoría de derecho y sociedad).

El autor responde que cuando observaba varios sistemas durante un largo período, la imagen que emergía era de préstamo continuo y masivo y de longevidad de reglas e instituciones. La prevalencia del “préstamo” sugería una clave para entender patrones y cambio. Sistemas relacionados unos con otros a través de una serie de préstamos podrían, en sus similitudes y diferencias, indicar el ímpetu del crecimiento<sup>9</sup>.

Pero estos mismos préstamos y longevidad lo persuadieron de que no había una relación tan simple entre sociedad y derecho. Si el derecho en gran escala era copiado de un lugar muy diferente y sobrevivía a tiempos muy diversos, escasamente podía ser tenido como “el espíritu del pueblo” en forma general. Y si reglas fundamentales y principios y estructuras sobrevivían en condiciones económicas, sociales y políticas muy diferentes, difícilmente podían reflejar de manera adecuada la base económica o de poder<sup>10</sup>.

Para WATSON, entonces, no existe, aun en teoría, una simple correlación entre una sociedad y su derecho. No existe el equivalente de la “mano invisible” de la economía que, bajo perfectas condiciones, habría de mantener un balance entre oferta y demanda. La diferencia es que para que una ley o institución exista, se pida prestada o sea cambiada o

8 WATSON, op. cit., pág. 101.

9 Ídem, pág. 107.

10 Ibídem.

desaparezca, debe intervenir un acto oficial. Y ese acto puede ser difícil de lograr. Esos actos pueden ser leyes sancionadas por el soberano o por la legislatura, o el trabajo de normadores secundarios como jueces, juristas o académicos que, a su turno, sea aceptable para el gobierno. Sólo la legislación puede hacer cambios radicales, porque su dependencia de la autoridad es un ingrediente casi necesario en la creación subordinada del derecho... Las diferentes fuentes de derecho tienen diferentes impactos en el cambio legal, pero en todos los tiempos y en todos los lugares la perspectiva de los normadores está afectada por su cultura jurídica particular. Parte de la cultura es la elección de sistemas que son apropiados para transplantar, la aprobación o el desdén por la ley foránea. Esta cultura debe ser entendida e injectada en la ecuación antes de que uno pueda empezar a erigir una teoría de derecho y sociedad<sup>11</sup>.

Sentado esto, propone *nuevas conclusiones*, algunas de las cuales transcribimos:

1) WATSON se pregunta si puede establecerse un criterio que determine qué reglas son “pedidas a préstamo”. Su respuesta es que no existe un criterio social determinante; antes bien, el principal criterio es la *accesibilidad*. Ésta, a su turno, existe cuando: *a*) el sistema legal es escrito; *b*) está escrito en una forma relativamente fácil de encontrar y entender (esto incluye el idioma); *c*) está inmediatamente disponible<sup>12</sup>.

2) Otro criterio es el *hábito* y la *moda*: una vez que un sistema se utiliza como fuente, será nuevamente utilizado. Además, cuanto más sea utilizado, mayor será la conveniencia de seguir haciéndolo.

3) La *costumbre* también puede transplantarse. Una regla que no se corresponde con el comportamiento acostumbrado en el lugar, puede ser adoptada y ser reconocida como derecho consuetudinario. Esto ocurre a menudo cuando un juez enfrentado con un caso real no puede descubrir ninguna norma local y debe buscar una solución en otra parte.

4) Debe enfatizarse el impacto de la cultura jurídica de la élite jurídica sobre el cambio legal<sup>13</sup>.

5) El “transplante” frecuentemente (o, quizás, siempre) implica transformación jurídica.

11 Ibídem, pág. 108.

12 Para el autor, “on this basis we can explain the huge borrowing from Roman law through the medium of Justinian’s *Corpus Juris Civilis*; the impact of Visigothic law in Spain after the Reconquista as a result of the *Liber iudiciorum* and its translation into Castilian as the *Fuero Juzgo*; the spread of English law in large measure on the basis of Blackstone’s *Commentaries*; and the great influence of French law on codifications in Europe and Latin America flowing from the *Code Civil* of 1804” (ibidem, pág. 113).

13 Ejemplificando con el “transplante” de la codificación suiza a la Turquía de Ataturk en 1926, WATSON recuerda los estudios de derecho del ministro de justicia turco: “The choice of law was that of a politician who was a lawyer, yet the choice was made because of his legal culture, not because Swiss law was obviously particularly appropriate politically or economically, compared with other modern civil codes. The geographical, economic, social, religious, and political differences between Turkey after World War I and earlier Switzerland are, of course, enormous, but in very great measure one system of private law suited both or was made to suit both. It must be stressed that the Swiss draftsmen considered their codes to be very much Swiss national feeling. The Turkish choice to adopt Swiss law was by no means random, but how is one to fit this choice into any general theory of law and society?” (ibidem, págs. 115/116).

Aun cuando la norma transplantada permanezca inalterada, su impacto en un medio social nuevo puede ser diferente. La inserción de una norma extranjera en otro sistema complejo puede provocar que ella opere de una manera renovada.

6) El conocimiento de un número de sistemas, relacionados o no relacionados entre sí, puede permitirnos algunas conclusiones generales: que a menudo los gobiernos están poco interesados en la elaboración de normas; que la legislación masiva, como la codificación, frecuentemente carece de un mensaje social específicamente diseñado para la sociedad a la que se dirige; que mucho de la elaboración de normas se deja en manos de una élite jurídica subordinada, como la de los jueces o los juristas; y que esos normadores subordinados tienden a elaborar normas conforme a la cultura jurídica que crean para sí mismos.

7) Finalmente, WATSON concluye que si el “préstamo” es la manera principal en que el derecho se desarrolla, y si la élite normadora está limitada por su cultura jurídica, y si esa cultura jurídica está restringida por aquello que la élite no conoce, de todo ello se sigue que la calidad de la educación jurídica –incluyendo el Derecho Comparado– juega un poderoso rol en la reforma legal.

## **2.2. A. C. Papachristos y la recepción como fenómeno de sociología jurídica**

Para una mejor comprensión de la tesis y las exemplificaciones de este autor<sup>14</sup>, es menester situarse temporalmente en la década del '70. Lo primero a destacar es la afirmación según la cual la recepción de derechos extranjeros es un fenómeno de *sociología jurídica*<sup>15</sup>. Es desde esta base que apunta dos caracteres:

a) su condición de fenómeno *excepcional*, toda vez que en estos supuestos no se legisla según los datos sociológicos y teniendo en cuenta la realidad social –fundamental para la sociología jurídica– sino que se recibe un derecho extranjero;

b) su condición de fenómeno de *aculturación jurídica*, puesto que el proceso de reemplazo de un orden jurídico autóctono por otro extranjero importa que ambas culturas jurídicas entren en contacto, se confronten, se penetren.

La obra se divide en dos partes: las *causas* y los *efectos* de la recepción.

2.2.1. En cuanto a las *causas* de la recepción<sup>16</sup>, PAPACHRISTOS reclama que deben buscarse en el medio social receptor (*milieu social récepteur*): si el legislador se vuela hacia el extranjero para rehacer su sistema jurídico es porque las condiciones sociológicas de ese

14 PAPACHRISTOS, A. C., “La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique”, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975.

15 El dato es destacado desde el prólogo mismo de Jean Carbonnier y en la introducción del autor.

16 Cf. PAPACHRISTOS, op. cit., págs. 5 y ss.

medio imponen esa solución. En otras palabras, si una sociedad puede recibir un derecho extranjero no es en razón de propiedades inherentes a la naturaleza de éste sino en función de mutaciones socio-económicas que exigen la refundación del sistema jurídico.

Dentro de los tipos de recepción que sindica<sup>17</sup>, nos interesa destacar el de la *importación*, entendida como introducción voluntaria y consciente de uno o varios códigos extranjeros contemporáneos<sup>18</sup>. Entre los ejemplos propuestos están las recepciones del Código Civil francés en América Latina (luego de la independencia de las colonias españolas y portuguesas) y las recepciones recientes de derechos europeos en África Negra (luego del proceso de descolonización).

El autor explica estos casos en su “contexto socio-económico y político”: la aparición y desarrollo de un sector económico capitalista –que coexiste durante un período de transición con las formas de producción feudal– hace necesaria la reforma jurídica<sup>19</sup>.

En lo que a nuestra realidad concierne, destacamos la afirmación de PAPACHRISTOS según la cual las sociedades que han tardado en acceder a la era capitalista están obligadas a seguir el modelo ofrecido por los países desarrollados. Y ello por dos razones: por un lado, porque el desarrollo económico está subordinado a las relaciones económicas con los países desarrollados que de todos modos imponen sus métodos y sus sistemas de valores; por otro lado, por la fascinación indiscutible que ejerce el modelo occidental. El autor concluye que la recepción de derechos extranjeros contemporáneos entra en este contexto: bajo la presión de los tiempos, el legislador nacional no duda en recurrir a los sistemas jurídicos extranjeros, contando con la acción benéfica que éstos traerán a su medio social. Sin embargo, también advierte sobre los aspectos “voluntaristas” de estas opciones.

América Latina es puesta como ejemplo de semejante “voluntarismo”: luego de la revolución e independencia económica y política de estos países, el carácter feudal de la sociedad se mantuvo en un contexto político y jurídico transformado. Las instituciones políticas y jurídicas se inspiraron en el modelo ofrecido por la Revolución francesa y norteamericana: un estado teóricamente democrático y un sistema jurídico liberal. No obstante, las contradicciones que existen entre la persistencia de estructuras socio-económicas de tipo feudal y las superestructuras estatales y jurídicas reflejan el carácter ambiguo de las sociedades latinoamericanas. Este contraste resultaba de la voluntad de las élites de seguir a

17 Se trata de las recepciones voluntarias de *resurrección* de un derecho antiguo, de *importación* de un derecho extranjero contemporáneo y de *transplante*, y la recepción involuntaria derivada de la *anexión* y de la *colonización*.

18 PAPACHRISTOS, op. cit., págs. 21 y ss.

19 “Comme nous l'avons vu, la formation et le développement du mode de production capitaliste suppose l'existence d'un système juridique cohérent, certain et rationnel, contenant les cadres juridiques indispensables à l'apparition et à l'évolution de ce mode de production qui se fonde sur la propriété privée et la libre circulation des biens. Un système juridique général, fixé d'avance, de sorte qu'on «pourrait calculer au préalable les applications», assurant la liberté civile individuelle” (idem, pág. 21).

los países desarrollados de Europa y América del Norte no obstante el retardo del desarrollo socio-económico.

### 2.2.2. Existen, asimismo, *factores de la recepción*<sup>20</sup>.

Entre los factores *favorables* a la *importación* de derecho extranjero, PAPACHRISTOS señala:

a) La *idea de desarrollo económico*, de donde surge la necesidad de crear las estructuras jurídicas apropiadas a las exigencias de aquél. Las élites que se disponen a intentar el despegue económico y social tienen la convicción de que ese derecho extranjero no es solo la condición del desarrollo sino, también y sobre todo, un estimulante irresistible del que se pueden servir para la realización de sus objetivos. Sin embargo, cabe considerar que un derecho demasiado avanzado respecto de las estructuras económicas, sociales y mentales puede ser tan peligroso como un sistema jurídico perimido<sup>21</sup>.

b) La *influencia de las élites intelectuales*, que aparecen tan pronto como las mutaciones que marcan y condicionan el paso de un modo de producción a otro. Esas élites tienen por meta organizar política e ideológicamente a la clase burguesa, todavía amorfa e incoherente. En materia jurídica, los intelectuales son los primeros en insistir sobre la necesidad de la reforma del sistema jurídico. En un país subdesarrollado o en vías de desarrollo, las élites intelectuales demandan la recepción de un derecho extranjero, a fin de dotar a la burguesía naciente de una herramienta jurídica que permita su pleno desarrollo y asegurarle su hegemonía ideológica.

c) El *estado del sistema jurídico autóctono*, muchas veces impregnado de religión y de mito. La transición hacia la economía moderna implica la instauración de un sistema jurídico suficientemente coherente, racional, cierto, apropiado para crear las estructuras jurídicas exigidas por el desarrollo económico. Los derechos tradicionales tienen serias dificultades (cuando no la imposibilidad) de adaptarse rápidamente a las exigencias de la transformación económica.

d) La *influencia extranjera*, manifestada en el ejercicio de presión política y económica cuyo objetivo es la instalación de un sistema jurídico que garantice los intereses económicos de los países desarrollados. Este sistema jurídico no es otro que el moderno derecho occidental, que puede crear un clima de seguridad y confianza.

Otros dos factores favorables<sup>22</sup> son las *fuentes jurídicas comunes*<sup>23</sup> y la *lengua común*<sup>24</sup>.

20 Ibídem, págs. 40 y ss.

21 Ibídem, pág. 54, donde se ejemplifica con el caso de la colectivización forzada de tierras en China, que produjo un freno al desarrollo por la resistencia a su instalación.

22 Aplicables a la importación de derechos, bien que el autor los señala respecto del fenómeno de *transplante* (págs. 66 y ss.).

23 El autor ejemplifica con los Estados Unidos y el “transplante” del *common law*, no obstante la mejor opción que constituía la recepción del Código Civil francés.

24 El autor ejemplifica con el caso de Quebec y el mantenimiento del derecho privado francés como medio de salvaguardar la lengua francesa, amenazada por el avance del inglés.

Entre los factores *desfavorables* a la recepción, PAPACHRISTOS destaca:

a) El *nacionalismo jurídico*, que exalta el valor del sistema jurídico en razón de su carácter nacional. La *escuela histórica del derecho* insistía sobre la importancia y el valor del derecho nacional, producto directo y espontáneo del espíritu popular. El legislador debe reproducir ese derecho, teniendo siempre en cuenta las reglas jurídicas preexistentes.

b) El *factor lingüístico*, toda vez que la recepción supone, al menos en principio, la traducción del derecho extranjero y más precisamente del código que sirve de modelo. Las dificultades residen en la naturaleza del objeto a traducir, el riesgo de alterar la coherencia o de cambiar el sentido originario de los contenidos legislativos, la dosis de “realidad social” que refleja el vocabulario jurídico, la inexistencia de términos equivalentes en el lenguaje del receptor, la existencia de términos equivalentes pero de diverso valor semántico, etcétera.

2.2.3. Finalmente, en cuanto a los *efectos* de la recepción<sup>25</sup>, PAPACHRISTOS advierte sobre las modificaciones de las instituciones y los cambios de actitud de las personas que deben adaptarse al nuevo modelo normativo de origen extranjero. Ello da pie a un fenómeno de *aculturación jurídica* del medio social receptor.

Así, puede ocurrir que existan *resistencias* al derecho recibido, que obedezcan a diversas razones: religiosas, culturales, prácticas.

De igual modo, puede darse el fenómeno inverso de *acitimación* del derecho recibido, a través del rol de los tribunales estatales, del legislador y, en menor medida, de la doctrina y de la sociología jurídica. Ese trabajo de acitimación, destinado a adaptar el derecho extranjero a las condiciones específicas del medio receptor y a limar las resistencias, se puede revelar eficaz, particularmente si se basa en un conocimiento profundo de la realidad social.

2.2.4. En suma, para PAPACHRISTOS la recepción no resulta ni de una tendencia natural de los derechos a acercarse ni de la voluntad de un cuerpo social de imitar el modelo jurídico extranjero, sino de las transformaciones económicas del medio receptor que exigen el cambio del derecho existente. Por tanto, la voluntad de introducir un sistema jurídico ya probado es la que explica la recepción<sup>26</sup>.

El autor finaliza advirtiendo contra el “fetichismo” del derecho recibido: el desarrollo de la nueva estructura social no depende solamente del derecho; éste puede condicionar las transformaciones socio-económicas pero no imponerlas.

La sugerencia que la sociología jurídica podría hacer al legislador es la toma de conciencia de los límites de la recepción de derechos extranjeros y de la necesidad de adaptar las reglas recibidas a las particularidades del medio social receptor.

25 PAPACHRISTOS, op. cit., págs. 79 y ss.

26 Cf. PAPACHRISTOS, op. cit., pág. 141.

## 2.3. M. A. Ciuro Caldani y la recepción como dinámica del derecho universal

Estrictamente considerada, la *recepción* es para CIURO CALDANI “el acto consciente –planificado o espontáneo– por el que un marco jurídico produce un derecho propio siguiendo un modelo que le es ajeno y considera razonable”<sup>27</sup>. En el otro extremo del arco se encuentra la *originalidad* del derecho; ambos deben ser estudiados –siguiendo las categorías de la teoría trialista del mundo jurídico<sup>28</sup>– en sus dimensiones sociológica, normológica y axiológica<sup>29</sup>.

2.3.1. Desde una perspectiva *sociológica*, es importante discernir el carácter propio o recibido de las diversas características de los repartos (i.e., respecto de los repartidores, recipientes, objetos, formas y razones). En relación con el orden de las adjudicaciones, el autor destaca que la originalidad genera un orden más sólido, en tanto que la recepción es una “vicisitud de género ‘revolucionario’ en el régimen receptor, que se perfecciona como tal si hay modificación en los supremos repartidores y en los supremos criterios de reparto, produciéndose anarquía en dicho orden receptor. Puede hablarse, al hilo de esta perspectiva, de revoluciones y anarquías originarias y recibidas”<sup>30</sup>.

La verdadera *recepción* exige que los repartidores del régimen receptor conserven de cierto modo su calidad de tales y evidencia un fenómeno de *autonomía* por acuerdo entre el país receptor y el de origen y de *ejemplaridad* en que la comunidad receptora sigue (mediante su plan de gobierno en marcha o una ejemplaridad interna) el modelo considerado razonable que se recibe del otro derecho<sup>31</sup>.

Por cierto, resultan atinadas las advertencias acerca de los *límites necesarios* con que pueden precipitarse originalidad y recepción: “En todo caso, han de tenerse en cuenta las dificultades para el desarrollo ilimitado de la originalidad y para influir, por recepción jurídica,

27 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lineamientos filosóficos del derecho universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, pág. 151, aclarando que “aunque las diferencias pueden llegar a ser muy sútiles, urge no confundir el fenómeno de recepción, apoyado en la ejemplaridad, con los fenómenos de dominación en que la transmigración es impuesta” (pág. 152). V. asimismo del autor, “Hacia una teoría general de la recepción del derecho extranjero”, en “Revista de Dereito Civil”, N° 8, págs. 73 y ss.

28 Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico puede verse GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6<sup>a</sup> ed., 5<sup>a</sup> reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/1984; “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.

29 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Originalidad y recepción en el derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1987, N° 9, págs. 33 y ss.

30 CIURO CALDANI, “Originalidad...” cit., pág. 34.

31 Ídem, pág. 35.

en el complejo de fuerzas que intervienen en la vida”<sup>32</sup>.

2.3.2. Desde una perspectiva *normológica*, la recepción puede referirse a normas, a principios de normas o a meros criterios, considerados aisladamente o en conjuntos meramente ordenados o sistemáticos<sup>33</sup>.

A los fines de cualquier investigación sería sobre la recepción de un modelo extranjero, resultan particularmente valiosas estas ideas:

a) A diferencia de la originalidad, la recepción dificulta la realización de los valores *fidelidad*<sup>34</sup> y *exactitud*<sup>35</sup> de las normas y del ordenamiento; la exactitud se hace especialmente difícil en el Derecho Público y en los sectores altos del ordenamiento<sup>36</sup>;

b) La recepción supone un *extraterritorialismo ilimitado*, en el que no hay elementos extranjeros relevantes. La principal orientación, entonces, ha de ser la *protección* del elemento nacional<sup>37</sup>;

c) La recepción tiene mayores obstáculos para la interpretación, pues “divide” los despliegues del papel del repartidor y distancia a la comunidad donde ha de aplicarse la norma respecto de la auténtica voluntad del autor<sup>38</sup>;

d) La recepción aumenta las posibilidades de carencias históricas por novedad jurídica (necesidad de *asimilación*)<sup>39</sup>;

e) La recepción hace que la aplicación de la norma sea más difícil: el *encuadramiento* no tiene tanta afinidad entre casos y normas y la *efectivización* de las consecuencias jurídicas se apoya menos en los propios factores sociales<sup>40</sup>;

f) La recepción “se apoya principalmente en las relaciones verticales de producción de normas, que realizan el valor subordinación; distancia los contenidos, respecto de esas relaciones de producción y de los otros contenidos, con especiales dificultades para la satisfacción de los valores ilación y concordancia y también genera obstáculos para las relaciones horizontales de producción, que realizan el valor infalibilidad. Se producen así, además, dificultades para la satisfacción del valor coherencia”<sup>41</sup>;

32 Ibídem.

33 Ibídem.

34 Es decir, el hecho que las normas capten con acierto la voluntad de sus autores (cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pág. 57).

35 Es decir, el hecho que las normas se cumplan (ídem).

36 Bien podría ejemplificarse con la recepción del derecho constitucional estadounidense en la Argentina.

37 CIURO CALDANI, “Originalidad...” cit., pág. 36. El autor concluye que “cuando esta protección no se realiza en la medida debida, la recepción no es cauce de coexistencia o integración, sino de colonialismo y desintegración”.

38 Ídem.

39 Ibídem.

40 Ibídem.

41 Ibídem.

g) En el nivel internacional, la recepción incrementa las posibilidades de *fidelidad* (porque se forman “familias” de derechos), obstaculizándose por su parte la *exactitud*<sup>42</sup>.

2.3.3. Desde una perspectiva *axiológica*, el autor estudia las relaciones del binomio «originalidad-recepción» con las diversas posibilidades valiosas del derecho y, particularmente, con las diferentes perspectivas de la justicia<sup>43</sup>.

De singular interés para las preferencias valorativas de nuestro tiempo resultan las relaciones con la *seguridad jurídica*: “El desarrollo de la originalidad ‘fracciona’ los despliegues de justicia que podrían tenerse en cuenta mediante la recepción del derecho extranjero y, en consecuencia, produce más *seguridad jurídica*. La recepción significa cierto ‘desfraccionamiento’, porque no se limita a los despliegues de justicia tenidos en cuenta en el Derecho propio y, como tal, genera *inseguridad...*”<sup>44</sup>.

Finalmente, en cuanto a la tensión *unicidad - igualdad*, “la originalidad encuentra su más directo apoyo dikelógico en la *unicidad* de cada hombre y cada pueblo; en tanto que la recepción se fundamenta cuando está en juego la *igualdad*. Como todos los hombres somos únicos e iguales, originalidad y recepción deben combinarse debidamente con miras a la plena personalización. Por el contrario, la originalidad se torna injusta cuando pueden recibirse soluciones extranjeras superiores valiosas en nuestra situación, porque somos iguales a los extranjeros, y la recepción es ‘desvaliosa’ cuando ignora los valores distintos que nos corresponde realizar en nuestra propia situación. El Derecho Internacional Privado, que debe servir a la unicidad, es marco para la originalidad; el Derecho Uniforme, que ha de servir a la igualdad, es frecuente resultado de la recepción”<sup>45</sup>.

2.3.4. El autor ha retomado el tema en una reciente obra<sup>46</sup>, dando cuenta de la *aceleración* de los cambios de la cultura occidental y su correlativa *expansión* a nivel espacial<sup>47</sup>, con la consiguiente dominación del modelo jurídico anglosajón: “Con miras a exemplificar lo expuesto, cabe señalar que el desarrollo del sistema económico capitalista está promoviendo que la expansión o al menos la sobreactuación del modelo jurídico anglosajón provoquen la reducción o mínimamente el vaciamiento de otros sistemas jurídicos, diversos porque aunque más no fuera no son tan intensamente capitalistas. Tal vez la reducción y el vaciamiento afecten así incluso al capitalismo tradicionalmente menos radical que ha venido predominando en

42 Ibídem, pág. 37.

43 Ibídem.

44 Ibídem: “Del ‘desorden’ y de la ‘inseguridad’ introducidos en la vida gauchesca por la recepción se lamenta, en 1872, ‘Martín Fierro’, cuando dice: ‘Yo he conocido esta tierra / en que el paisano vivía / ...’ (I, 133/134)”.

45 Ibídem.

46 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El derecho universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

47 Cf. ídem, pág. 14.

Europa Occidental”<sup>48</sup>.

Así, resultan herramientas sumamente útiles los conceptos de *expansión* y de *retracción* en los respectivos espacios de referencia y de *permeabilidad* en el medio receptor<sup>49</sup>. Análogamente, importa destacar las ideas de *monorrecepción* y de *polirrecepción* (según se reciban uno o varios modelos extranjeros). En este último caso, es vital tener presente el *ajuste* entre los diversos elementos recibidos. En ambos casos, urge observar los resultados de *asimilación* o *rechazo* del modelo extranjero<sup>50</sup>.

De similar interés aparece el concepto de *pararrecepción*: “Cuando la recepción no penetra directamente por el área jurídica, sino por otros ámbitos de la cultura (por ejemplo los ideales políticos, religiosos, etc.) se produce una ‘pararrecepción’. Si la recepción se desenvuelve en sentidos legítimos expresa relaciones de coexistencia de unidades independientes o de integración; si es bloqueada de modo indebido se produce el aislamiento y cuando tiene mayores alcances que los legítimos hay dominación y desintegración del ámbito receptor. La superposición realmente tal significa integración”<sup>51</sup>.

Al igual que PAPACHRISTOS, CIURO CALDANI alerta sobre la recepción del derecho de un país capitalista en otro de rasgos feudales, lo que “puede producir un importante fenómeno de desviación, a menudo con alcances perjudiciales”<sup>52</sup>.

### **3. Una mirada extranjera al fenómeno de recepción en el derecho argentino**

Las opiniones de JONATHAN MILLER, profesor de la Southwestern University School of Law, interesan particularmente por sus investigaciones sobre aspectos de la recepción argentina de derecho extranjero<sup>53</sup>, en especial estadounidense<sup>54</sup>.

48 Ibídem, pág. 30.

49 Ibídem, pág. 32.

50 Ibídem.

51 Ibídem, pág. 33.

52 Ibídem, pág. 34.

53 Seguimos principalmente en esto el trabajo gentilmente facilitado por la Universidad Torcuato Di Tella, MILLER, Jonathan, “A Typology of Legal Transplants”, y autorizada su cita por el autor. Asimismo, resultan atinentes a este tema: MILLER, Jonathan, “Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process” (inedited); “Evaluating the Argentine Supreme Court under President Alfonsín and Menem (1983-1999)”, Volume 7, Sw. J. of L. & Trade Am. 369 (2001); “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith”, 46 Am. U. L. Rev. 1483 (1997).

54 Según MILLER la adopción por el constituyente argentino del modelo estadounidense de control judicial de los otros dos poderes, fue el primer transplante significativo fuera de los Estados Unidos. Esta recepción ocurrió mucho antes de que el modelo recibiera alguna consideración seria en Europa. Con el control judicial de la Corte Suprema argentina operando desde 1863 y aun durante gobiernos militares, la Argentina tiene la historia más larga de revisión judicial en el mundo después de los Estados Unidos. Este fenómeno de recepción es interesante porque muchos de los intelectuales argentinos demostraron un entendimiento sumamente realista

El autor entiende que los *transplantes legales* pueden ser reducidos a cuatro tipos, cada uno de los cuales está vinculado a una serie de factores que motivan el transplante, y que escasamente se encuentran en forma pura. La tipología que propone es meramente descriptiva y no predice por sí misma si un transplante será exitoso:

1) El transplante para ahorrar costos (*cost-saving transplant*). Se trata de una recepción dirigida a ahorrar tiempo haciendo lo que otro país ya ha comprobado y a evitar la necesidad de destinar recursos desarrollando soluciones autóctonas. Según el autor, los ejemplos de este tipo de transplantes abundan, aunque sea difícil encontrarlos en su forma pura: a menudo, existe superposición con el tipo iv (“transplante generador de legitimidad”), a raíz de la influencia que sobre la elección del modelo ejerce el prestigio del país u organización exportadores<sup>55</sup>.

2) El transplante impuesto externamente (*externally dictated transplant*). Se trata de un tipo de recepción ubicuo a través de todo el mundo, pero particularmente en los países en vías de desarrollo. Este tipo se distingue del resto porque los receptores del derecho transplantado están motivados por presiones extranjeras y oportunidades que demandan la adopción del modelo. Asimismo, gran parte de la ratificación local de derecho internacional público ocurre en virtud de oportunidades y presiones externas. En realidad, aun los regímenes de unificación legal diseñados para facilitar el comercio internacional son transplantes por imposición externa, dada la extremadamente limitada participación de los países en vías de desarrollo en su proceso y la necesidad de eliminar barreras comerciales y de alentar inversiones<sup>56</sup>.

3) El transplante como vehículo para la inversión personal (*transplant as a vehicle for individual investment*). Un claro estímulo para el transplante legal es la presencia en el país receptor de individuos interesados en la estructura legal foránea de manera de que puedan obtener beneficios políticos o económicos por ello. Este tipo de transplante no presume que los individuos actúen sólo a partir de motivos pecuniarios; antes bien, aquellos involucrados pueden estar impulsados por un enorme idealismo. Sin embargo, su inversión en el transplante consiste en desarrollar una experticia que ofrece beneficios concretos y sin esos beneficios se

de los beneficios y de los peligros del control judicial y una comprensión de la naturaleza de ese proceso que excedía el de muchos de sus contemporáneos en los Estados Unidos. Sin embargo, la verdadera adopción del sistema también dependía de la fe en el modelo estadounidense, con recurrentes auxilios en la práctica de la Corte Suprema de ese país brindando una fuente de autoridad que el debate lógico no podía proveer. De ahí que concluya que los debates argentinos sobre control judicial son una extraña combinación de una sofisticación intelectual enorme con una ingenua necesidad de emular.

55 Con cita de la Profesora Raquel Cynthia Alianak (“Ley nacional sobre residuos peligrosos 24.051. Decreto reglamentario 831/93”, en “La Ley”, 1994-A-811), el autor ejemplifica con la legislación argentina sobre residuos peligrosos, virtualmente copiada de la legislación estadounidense.

56 Con cita de Federico Videla Escalada (“Manual de Derecho Aeronáutico”, 2<sup>a</sup> ed. actualizada, 1996), el autor ejemplifica con la presión estadounidense para que la Argentina cumpla con estándares de seguridad aeronáutica.

seguirían cursos alternativos<sup>57</sup>.

4) El transplante como generador de legitimidad (*legitimacy-generating transplant*). MILLER parte de los tipos de dominación legítima no basados únicamente en la fuerza propuestos por Max Weber: la dominación *racional*, basada en la creencia en la legitimidad de las reglas sancionadas y en el derecho de aquellos elegidos como autoridad bajo aquellas reglas para emitir órdenes; la dominación *tradicional*, en la que la autoridad descansa en una creencia arraigada en laantidad de tradiciones inmemoriales y en la legitimidad de quienes ejercen la autoridad bajo éstas; y la dominación *carismática*, en que la autoridad reposa en la excepcional santidad, heroísmo o carácter de una determinada persona, elevada por sobre sus pares, quizá debido a su poder militar o a través de una elección. Según MILLER, mientras los tres tipos de autoridad están presentes en la sociedad contemporánea –y la toma de decisión judicial involucra elementos de todos los tres–, un estado moderno, basado en el estado de derecho, requiere un fuerte elemento de autoridad racional. Sin embargo, no hay motivos para pensar que la autoridad racional aparezca espontáneamente. Los países en vías de desarrollo sufren de aparatos estatales débiles y sus poblaciones tienen escasa fe en el estado de derecho. En ese contexto, careciendo de opciones dentro de los tres tipos weberianos, el *prestigio* de un modelo extranjero puede proveer la autoridad faltante. A este cuarto tipo MILLER lo denomina el “talismán extranjero” (*foreign talisman*)<sup>58</sup>.

3.1. Precisamente en torno a este “cuarto tipo”, señala las siguientes características distintivas:

a) Los aspectos claves del modelo se adoptan sin debate respecto de su contenido específico y las réplicas a las críticas basadas en el contenido no se dirigen a las críticas en sí

57 Para MILLER, un ejemplo puramente de este tipo sería aquel de un individuo o varios individuos que viajan al exterior a estudiar un área particular del derecho, vuelven a su país de origen con el título extranjero en esa área, establecen un estudio jurídico o una ONG en el campo relevante y entonces trabajan con legisladores para lograr la sanción de una ley basada en el modelo de regulación que fue materia de estudio en el exterior. El autor pone el caso del Código de Ética de la Función Pública, inspirado claramente en los *U.S. Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*, a partir de relaciones personales y experiencias previas en convenciones internacionales de ciertos funcionarios públicos argentinos.

58 MILLER, “The authority of a foreign talisman...” cit. El autor señala allí que en el último tercio del siglo XIX la necesidad de fortalecer la legitimidad del estado llevó al gobierno argentino a seguir las prácticas constitucionales estadounidenses aun en situaciones en que tales prácticas tenían poco sentido y ninguna conexión con los problemas argentinos. “An example of the legitimacy-generating type of transplant using the prestige of a foreign model might be the country that emerges from decades of dictatorship or civil war, where law was irrelevant to the daily life of most citizens, with the country now facing a need to quickly establish institutions with instant legitimacy. If the foreign model, say a Presidential system with a bicameral legislature and an independent judiciary, enjoys sufficient prestige because of the model’s success in its country of origin or because of the general admiration with which the country of origin is held, the elite of the recipient state may rally around the model as the quickest way of restoring authority to the system and perhaps avoid further authoritarianism or civil war. In such scenarios, the need to find authority in a model may outweigh any countervailing considerations such as the appropriateness of the model, since the foreign model is to a substantial degree what maintains faith in the system” (págs. 1488/1489).

mismas sino a invocar la importancia del modelo. De todos los tipos de transplante, este es el más susceptible de darse sin debate racional acerca de su contenido<sup>59</sup>.

b) El modelo es aceptado por personas de intereses políticos diversos, no obstante que partes del modelo puedan no adecuarse a sus objetivos sustanciales.

c) Existe la voluntad de renunciar una futura autonomía a favor del modelo. El modelo es una forma de *talismán*, y se asume que el solo hecho de seguir el modelo producirá buenos resultados, sin necesidad de adaptación futura. El poder para interpretar el modelo no necesariamente debe descansar en las instituciones domésticas, y los participantes políticos pueden dudar de la habilidad de éstas para interpretar el modelo sin corromperlo. A diferencia de otros tipos de transplante, la interpretación del modelo por instituciones extranjeras es apropiada, porque las domésticas sólo gozan de autoridad como adjuntas al prestigio del modelo.

Cuanto más grande es el rol del transplante en conferir autoridad, mayor será la expectativa de veneración que implican los tres caracteres antes señalados, ya sea que se expresen sinceramente o no.

3.2. Lo que resulta de especial interés en las ideas reseñadas, es el ejemplo de *legitimacy-generating transplant* de la historia argentina reciente que el autor brinda: la decisión de incorporar diez tratados internacionales sobre derechos humanos a la Constitución, dándoles *status constitucional*, en la Reforma de 1994.

MILLER recuerda la génesis del proceso de reforma (Pacto de Olivos, celebrado entre Carlos Menem, Presidente de Argentina y cabeza del Partido Peronista, y Raúl Alfonsín, ex Presidente de Argentina y cabeza del opositor Partido Radical). El pacto selló un acuerdo político según el cual Menem podría correr con un segundo período como Presidente y Alfonsín obtener un mayor espacio político a través del tercer senador por provincia y una mayor autonomía política de la Capital Federal. La ley 24.309 (de convocatoria de la convención constituyente, Núcleo de Coincidencias Básicas) perseguía atar la reforma a los términos del pacto. Sin embargo, algunas pocas cuestiones se dejaron libradas a la discreción de la Convención: el *status constitucional* de los tratados internacionales de derechos humanos cayó dentro de esta autorización.

La Convención Constituyente tenía claros problemas de legitimación; su constitucionalidad misma se puso en dudas<sup>60</sup>. Una manera de tratar de incrementar la legitimación de la

59 “For the Legitimacy-Generating Transplant, however, because the model itself is authority, modifications imply that the model is less than perfect as authority for the country adopting it. Academic work focuses on explaining the model, not on adapting the model to local conditions. Those who question the model may find their authority to engage in such questioning placed in doubt” (MILLER, “A Typology...” cit., pág. 24).

60 Ciertamente, pueden recordarse los aportes de PADILLA, Miguel M., “Constitución de la Nación Argentina”, 4<sup>a</sup> ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, “Introducción”, págs. 15/16; BIDART CAMPOS, Germán, “La ley 24.309 y la fijación del temario de reforma de la Constitución”, “El Derecho”, 156-916; COLAUTTI, Carlos,

Convención y el sistema político resultante era la incorporación del derecho internacional sobre derechos humanos a la Constitución.

Para MILLER la cláusula sancionada por la Convención es sorprendentemente ambiciosa, al incorporar diez tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos como parte de la Constitución, y carece de precedente en toda América. Con ello, cientos de derechos individuales adquirieron jerarquía constitucional, sin más discusiones que las generadas en torno al derecho de réplica<sup>61</sup>.

Si bien se leen los diarios de sesiones de la Constituyente –continúa MILLER–, se advertirá que los largos discursos en torno a esta incorporación constituían en realidad alegatos acerca de la importancia de los derechos humanos. Los defensores de la reforma también enfatizaron dos puntos: 1) que la Argentina se había beneficiado durante el gobierno militar de 1976-1983 de la intervención de organismos internacionales de derechos humanos y que podría seguir haciéndolo en lo futuro; 2) que la incorporación de los tratados vincularía a la Argentina a los países del mundo respetuosos de esos derechos, dándole la legitimación moral de esos estados. Lo primero es una manera de decir que las instituciones argentinas necesitan la legitimación adicional provista por la supervisión internacional; lo segundo, persigue dotar al ordenamiento jurídico argentino la legitimación de una pátina de “derechos humanos”. Según esta visión, el ordenamiento sobre derechos humanos es legítimo no sólo por la autoridad racional que le da la sanción y promulgación de acuerdo con procedimientos establecidos sino porque es parte de una red de comprobables “buenos” derechos adoptados por “buenos” países. En algún sentido, el derecho internacional de los derechos humanos brinda la legitimación que alguna vez pudo encontrarse en el derecho natural. Además, la incorporación constitucional de los tratados internacionales permitió a la Convención diferenciarse de los gobiernos militares anteriores, lo que también persiguió con otros artículos que disponen la vigencia de la Constitución aun durante gobiernos de facto.

MILLER destaca que las objeciones de la oposición a la incorporación sin más de esos tratados directamente no fueron contestadas. Aparentemente, la mayoría de los convencionales se sentía cómoda en aceptar la autoridad superior del derecho y las instituciones internacionales y no creyó necesario entrar en un análisis detallado del contenido de la decisión.

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también utilizó el derecho internacional de derechos humanos como fuente de autoridad para legitimar sus decisiones, habida cuenta de su deteriorada reputación y su comprobada falta de independencia en

“Reflexiones acerca de la ley que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional”, “La Ley”, 1994-B-767; AMAYA, Jorge Alejandro, “El esquema de las libertades básicas iguales de Rawls y la cláusula cerrojo de la ley 24.309. El debate político y la libertad de expresión”, en “Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)”, N° 2, Bs. As., primavera de 2000, etcétera. Dos diputados socialistas intentaron detener la Convención pero el caso fue rechazado por la CSJN por falta de legitimación (*Polino c. Nación Argentina –Poder Ejecutivo–*, “Fallos”, 317:335).

61 Por cierto, motorizadas por la prensa.

cuestiones sensibles al Poder Ejecutivo durante la década de los '90.

En efecto, una de las pocas cuestiones en las que la señalada “mayoría automática” (fiel a los designios del Poder Ejecutivo) se unía a la minoría era la necesidad de declarar agresivamente la fidelidad al derecho internacional de derechos humanos. Esto no quiere decir que lo hiciera siempre de manera consistente<sup>62</sup>. No obstante, la Corte ha ido más allá, al declarar unánimemente que al establecer que los tratados internacionales se incorporan “en las condiciones de su vigencia”, la Constitución buscó incluir la jurisprudencia de los tribunales internacionales, desde que las interpretaciones de esos tribunales indican las condiciones bajo las cuales los instrumentos internacionales están vigentes<sup>63</sup>. Así, Argentina no sólo incorporó los instrumentos internacionales a su Constitución sino que vinculó sus tribunales a la jurisprudencia de tribunales internacionales en su interpretación de esos instrumentos.

Elementalmente, esto no era una exigencia de la norma. Particularmente en países con tradición de derecho continental en que el rol del precedente es débil, el entendimiento de una norma legal no incluye típicamente la jurisprudencia que la interpreta. Sin embargo, la Corte buscó atarse al prestigio de tribunales internacionales de derechos humanos, invocando la jurisprudencia de esos tribunales aun cuando no lo necesitara, presumiblemente para tratar de incrementar la legitimación de sus decisiones y en la percepción de que se trataba de una tendencia progresivamente compartida.

Según el autor, las características señaladas para este tipo de transplante se dan en el caso argentino: 1) el debate en la Convención tuvo lugar con poca discusión acerca del contenido del modelo; antes bien, se destacó sólo la importancia del derecho internacional de derechos humanos y la necesidad de su incorporación al ordenamiento argentino; 2) la aceptación del modelo ha incluido políticos y jueces de todo el espectro ideológico, constituyéndose el transplante en herramienta para alcanzar otros objetivos; 3) en la anunciada voluntad de la Corte Suprema de aceptar la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y en la voluntad de los convencionales de aceptar esta sujeción argentina a este derecho como un fin en sí mismo, la Argentina parece dispuesta a resignar la autonomía doméstica a favor del modelo.

#### 4. Conclusiones

La historia del derecho argentino tiene ejemplos de transplantes responsables<sup>64</sup> y

62 V., vgr., Bramajo, CSJN, “*Fallos*”, 319:1840.

63 Giroldi, CSJN, “*Fallos*”, 318:530.

64 Usamos el término en el sentido dado por GIDI, Antonio, “Las acciones colectivas y la tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países de derecho civil)”, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, esto es, con consideración de las particularidades del derecho sustantivo y del procedimiento de cada país, así como de la visión ideológica, cultural, política y filosófica que tengan hacia el derecho.

exitosos, así como ejemplos de transplantes que apenas alcanzaron la categoría de normas “espectáculo” o “propaganda”<sup>65</sup>.

Particularmente en el ámbito del que podemos dar cuenta (esto es, del derecho procesal), la inspiración para las reformas se suele buscar en modelos del derecho comparado, inclusive en modelos del *common law*, con desprecio por las diferencias institucionales entre las “familias” jurídicas occidentales<sup>66</sup>.

La situación es tanto más preocupante puesto que esa indagación suele detenerse en los aspectos exclusivamente *normativos* de las soluciones extranjeras. De tal suerte, se ignora que el éxito en la asimilación de un modelo –escasamente vinculado con la (mera) excelencia de las reglas– depende de un complejo de factores de entre los que sobresale el contexto institucional y cultural en el que esas reglas se insertan.

Por todo ello, es menester que cualquier proyecto de recepción de modelos jurídicos extranjeros tenga presente estas categorías conceptuales elaboradas por la teoría jurídica, aquí simplemente recordadas, y se haga cargo de las dificultades y límites que esa empresa entraña.

65 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Las fuentes de las normas”, en “Zeus”, 32-D-105.

66 Cf. DAMASKA, Mirjan, “The uncertain fate of evidentiary transplants: anglo-american and continental experiments”, 45 American Journal of Comparative Law, 1997, págs. 839 y ss.



# LAS IDEAS DE KIRCHMANN ACERCA DE LA CIENCIA JURÍDICA. CONSIDERACIONES SOBRE EPISTEMOLOGÍA Y DERECHO

MARIANO H. NOVELLI\*

## I. Introducción

1. Julio Germán von Kirchmann (*Julius Hermann* von Kirchmann) nació el 5 de noviembre de 1802, al norte de la ciudad de Merseburgo, en el actual territorio de Alemania.

Comenzó a estudiar Derecho en la Universidad de Leipzig, pero luego pasó a la de Halle, donde se graduó. Hacia 1829, obtuvo en esa localidad su primer empleo, como asesor de justicia, y cuatro años después fue designado juez penal. En 1835, se convirtió en presidente de la Cámara de Apelación de Querfurt, siendo posteriormente enviado a desempeñar idéntica función en la de Torgau.

En 1846 se estableció en la ciudad de Berlín, donde accedió al cargo de *Staatsanwalt* o Procurador del Rey, en el Estado de Prusia. Fue entonces cuando, en 1847, pronunció en una academia jurídica berlinesa –la *Juristische Gesellschaft zu Berlin*<sup>1</sup>–, una extensa conferencia. La misma se tituló *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, que significa literalmente “La falta de valor de la jurisprudencia<sup>2</sup> como ciencia”.

Publicada en ese año y en el siguiente, en tres ediciones sucesivas, provocó tanto entusiasmo como revuelo<sup>3</sup>, y halló importante apoyo en un terreno carente de bases filosófico-jurídicas firmes. Decaído el idealismo, dominantes el escepticismo y la indiferencia, discutida la Escuela Histórica y enterrado el Derecho Natural, la posición iconoclasta del joven y revolucionario jurista habría de causar un efecto profundo<sup>4</sup>.

Al año siguiente de su conferencia, Kirchmann fue nombrado vicepresidente del Tribunal de Apelación de Berlín. De dicho cargo fue destituido en 1867, por haber propugnado el

\* Docente de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho de la UNR. Becario del CONICET. E-mail: mnovelli@fder.unr.edu.ar

1 Cf. HABA, Enrique P., “Kirchmann sabía menos... ¡Pero vio mejor!”, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, N° 14, Alicante, 1993.

2 Kirchmann utilizó la expresión “jurisprudencia” en su sentido tradicional de “ciencia jurídica”. En el presente estudio, también le asignaremos tal significado.

3 V. gr., señala Legaz Lacambra que la de Kirchmann fue “una conferencia cuyas afirmaciones básicas causaron sensación”: LEGAZ LACAMBRA, L., “Derecho. Ciencia del Derecho”, en [http://www.mercaba.org/Rialp/D/derecho\\_ciencia\\_del\\_derecho.htm](http://www.mercaba.org/Rialp/D/derecho_ciencia_del_derecho.htm) (5-6-2006).

4 LEGAZ LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, Barcelona, Bosch, 1953, págs. 153 y s.

*birth control* como medio para solucionar el problema social, en una disertación sobre el comunismo en la naturaleza (*Über den Communismus der Natur*, 1866<sup>5</sup>).

Publicó luego dos extensos tratados (*Aesthetik auf realistischer Grundlage* –1868– y *Ueber das Prinzip des Realismus* –1875–), que pronto fueron relegados al olvido. Militó igualmente en política, siendo diputado por el Partido Progresista en el Reichstag, desde 1871 hasta 1876<sup>6</sup>.

Ya consagrado como uno de los críticos más fuertes de la ciencia jurídica de todos los tiempos, falleció en Berlín el 20 de octubre de 1884.

## II. Conferencia sobre “El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho”<sup>7</sup>

### a) *Contexto histórico*<sup>8</sup>

2. Kirchmann, como mencionamos, ofreció su célebre discurso en 1847. Aquellos eran años de gran agitación en Europa, lo cual tuvo una fuerte repercusión en la esfera jurídica.

En esa época, Marx y Engels recibieron el encargo, por parte de la Liga Comunista, de redactar las bases y fines de dicha asociación, encargo que sería cumplido en febrero de 1848 con la publicación de “El Manifiesto Comunista”. Con ello se anunciaba no sólo una doctrina con “aspiración científica” sino que, además, se proclamaba la consolidación de una clase social –la proletaria– como nueva protagonista en el juego del poder político.

Simultáneamente, fueron surgiendo corrientes anarquistas, como la encabezada por Bakunin, y la denominada “filosofía de la praxis”, con representantes como Hess y Bauer. De la interacción entre estas ideas y las nuevas fuerzas del proletariado, cobraría cuerpo institucional la organización política de éste como clase, a través de la Asociación Internacional de Trabajadores (Primera Internacional), en 1864. También en este marco se gestarían hechos como la Revolución Industrial parisina –en febrero de 1848– o la alemana –en marzo–, que luego se extendieron a otros países.

El pueblo había tomado conciencia de su poder, e iniciado una lucha no sólo contra los gobernantes, sino igualmente contra quienes se interponían como intermediarios, en supuesta defensa de los derechos de la gente común.

5 Segunda edición: Leipzig, 1872; tercera edición: Heidelberg, 1882.

6 V. TRUYOL Y SERRA, Antonio, “Nota adicional”, en KIRCHMANN, J. H. von, “La jurisprudencia no es ciencia”, trad. Antonio Truyol y Serra, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, pág. 86.

7 Respetamos el título asignado a dicha conferencia por Werner Goldschmidt, en la traducción que obra en AA.VV., “La Ciencia del Derecho”, Bs. As., Losada, 1949, págs. 247 y ss.

8 Seguimos en este punto, básicamente, la descripción que efectúa DABOVE, María Isolina, “Kirchmann desde Kirchmann: la crítica entre el relativismo y el escepticismo”, en “Investigación y Docencia”, N° 21, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992/1993, págs. 81 y ss.

Tal es el contexto en el cual los juristas, socialmente menoscabados, devinieron en objeto del fuerte ataque que efectuó Kirchmann, quien aprovechó esa degradación profesional para propagar la ofensiva hacia el Derecho como ciencia.

### **b) Posición de Kirchmann frente a la posibilidad de una “ciencia” jurídica**

3. En su conferencia, que no ha dejado de presentar aspectos de actualidad en todo tiempo posterior<sup>9</sup>, Kirchmann vertió su opinión acerca de numerosas cuestiones vinculadas a la jurisprudencia. En el presente trabajo, limitaremos nuestro estudio a la perspectiva epistemológica, a fin de confrontar el planteo central del fiscal prusiano –la a-cientificidad de “la llamada ciencia del derecho”– con posteriores desarrollos.

4. En primer lugar, es importante destacar que el modelo de ciencia que él propugnó se sostuvo en la noción de que el conocimiento emanaba de la observación neutral de la naturaleza (método experimental), de la posibilidad de cognoscibilidad de las nociones universales<sup>10</sup>.

Así las cosas, la jurisprudencia no tenía en su criterio carácter científico debido a que “se encontraba más allá del plano que pudiera alcanzarse con el procedimiento aplicado, ya que al no problematizar el método mismo para los efectos de su debida selección, se estaba adoptando un procedimiento que no resultaba idóneo para constatar la realidad indubitable”<sup>11</sup>.

Como puede apreciarse, Kirchmann, critica a la ciencia del Derecho desde el ángulo visual de la ciencia de su época<sup>12</sup>. No cuestiona el concepto de ciencia en sí, sino que se limita a tomar el paradigma positivista ya elaborado y lo utiliza como referente<sup>13</sup>.

5. El modelo científico de aquel tiempo, como mencionamos, era el de las ciencias naturales, con un método fundado en la denominada observación neutral. En ese contexto, “los juristas (como von Kirchmann) tenían una visión desmesurada de la ciencia jurídica

9 En contra, puede v. la afirmación de VERNENGO, Roberto J., “Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?”, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, N° 3, Alicante, 1986, pág. 292, quien expresa que el de Kirchmann constituye un alegato “que sería bueno archivar de una buena vez, puesto que responde a una idea de ciencia que ni siquiera refleja modelo aceptable de ciencia moderna”.

10 PRIETO VALDÉS, Martha, “El derecho como ciencia”, en [http://www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto4\\_301001.htm](http://www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto4_301001.htm) (18-6-2006); GARCÍA AÑÓN, José, “Ciencia jurídica y metodología jurídica”, en <http://www.uv.es/Jose.Garcia/c1 tema.pdf> (20-6-2006).

11 Cf. MAGALLÓN IBARRA, José Mario, “Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia mexicana”, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 120.

12 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, “Ciencia y Filosofía del Derecho”, Bs. As., E.J.E.A., 1961, pág. 56; LEGAZ LACAMBRA, “Filosofía...” cit., págs. 154 y s.

13 DABOVE, op. cit., pág. 85.

como ciencia empírica. Consideraban que la física –adoptada como modelo de ‘verdadera’ ciencia– era una ciencia con leyes cuya verdad debía ser asegurada para siempre y, donde las distintas leyes, estaban unidas teóricamente”<sup>14</sup>.

Desde el Renacimiento, se había impuesto la vigencia incondicional de un tipo de ciencia que, por lo demás, ya Aristóteles había señalado como el único posible. Sólo hay ciencia de lo general, había dicho el Estagirita. Y este principio, imperante en toda la filosofía griega y medieval, se había realizado en la ciencia moderna precisamente en la forma de la física matemática, en la que todo posible saber está reducido a nociones absolutamente universales y necesarias<sup>15</sup>.

6. La argumentación más fuerte de Kirchmann radicaba, entonces, en la índole *individual* del Derecho frente a la *generalidad* propia de los demás objetos científicos<sup>16</sup>, pues todavía no se había descubierto la posibilidad de las ciencias de lo particular<sup>17</sup>.

Lo *general* es lo estable y, por tanto, lo que puede ser reducido a leyes constantes e inmutables, mientras que lo *individual* escapa por naturaleza a toda tipificación genérica, a toda “ley”. Y precisamente el Derecho pertenece a esta casta de las cosas singulares, irreductibles a su esquematización en una ley general, porque es esencialmente mudable y huidizo<sup>18</sup>. Tomando, entonces, como prototipo a las ciencias naturales, “resultará efectivamente imposible una ciencia cuyo objeto, por esa transfiguración perenne, se pondría fuera de su órbita, escapando siempre a los juicios de generalización”<sup>19</sup>.

He aquí lo que para Kirchmann es la prueba de la *a-cientificidad* del Derecho. En tanto que los objetos de la naturaleza conservan sus mismas características a través de los tiempos –la rosa florece hoy día igual que en el Paraíso– y permiten que la ciencia, en su lento esfuerzo secular, llegue a comprenderlos, a descubrir las leyes que los rigen, a formular los conceptos que las expresan y a exponerlos en un sistema coherente, lo inverso ocurre con la jurisprudencia<sup>20</sup>. Cuando ésta encuentra, tras largo camino, el auténtico concepto de una institución y sus verdaderas leyes, el objeto entre tanto ha cambiado<sup>21</sup>.

14 Cf. LARIGUET, Guillermo, “Acerca de las llamadas ‘Teorías’ ‘Generales’ del Derecho”, en “Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica”, Torino, G. Giappichelli, 2004, pág. 175, en [http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digital/filo/testi/analisi\\_2002/09larig.rtf](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digital/filo/testi/analisi_2002/09larig.rtf) (19-6-2006). Aunque quizás simplificando en demasiado la cuestión, se ha dicho que Kirchmann “negó valor científico a la jurisprudencia, basado en un (...) razonamiento silogístico: *todas las ciencias en cuanto tales son ciencias naturales; la jurisprudencia no es una ciencia natural; por consiguiente, no es ciencia*” (RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, op. cit., pág. 58).

15 LEGAZ LACAMBRA, “Filosofía...” cit., pág. 155.

16 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, op. cit., pág. 59.

17 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994, t. III-I, pág. 120.

18 LEGAZ LACAMBRA, “Filosofía...” cit.

19 CARNELLI, Lorenzo, “Prólogo”, en AA.VV., op. cit., pág. 13.

20 IMAZ, Esteban, “La actualidad del alegato del fiscal Von Kirchmann”, en “La Ley”, t. 65, pág. 797.

21 IMAZ, op. cit. La argumentación de Kirchmann respecto de la mutabilidad del objeto de la jurisprudencia como

Señalaba el fiscal prusiano que “con cada cambio de la ley, toda la labor comentarista perdía su valor”<sup>22</sup>. Esta mutabilidad del objeto de la jurisprudencia llevaba a que los resultados alcanzados fueran *inestables* y debieran ser continuamente sometidos a discusión<sup>23</sup>. Sin embargo, ese argumento –que Kirchmann apuntaba como determinante para demostrar la falta de rigor científico del Derecho– fue debilitándose a partir de los desarrollos efectuados durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX, con el desenvolvimiento de una idea de ciencia de lo singular, destinada inicialmente a fundamentar el carácter científico de la historia<sup>24</sup>.

### *c) Confrontación a la luz de la idea actual de ciencia*

7. Hasta mediados del siglo XX, las diversas soluciones acerca de la ciencia jurídica “fueron siguiendo el compás de los cambios paradigmáticos operados en las ciencias naturales. Pero aún no lograban construir un concepto de ciencia social propio”<sup>25</sup>.

Surgió entonces la epistemología como disciplina autónoma, permitiendo que el propio concepto de “ciencia” fuera investigado como objeto de estudio en sí mismo, sin interesar a cuál rama del conocimiento se aplicara<sup>26</sup>.

De tal manera, en lustros recientes y a partir de tendencias innovadoras (con representantes como Hanson, Polanyi, Kuhn, Toulmin, Lakatos y Feyerabend, entre otros), se ha puesto en evidencia que los conocimientos de la ciencia, hasta en las ciencias de la naturaleza –sin excluir siquiera a la física–, son menos firmes de lo que en general se había venido dando por consabido como si fuera una verdad obvia. Lo cierto es que, también en ese campo, no sólo ocurre que los conocimientos científicamente acreditados están sujetos a cambios históricos, sino que la justificación de esos cambios se basa en argumentaciones que son discutibles y discutidas<sup>27</sup>.

Se ha recalado, sobre todo, que no hay ningún criterio definitivo para arbitrar en forma indubitable entre distintas teorías científicas fundamentales que se mantengan en conflicto entre los hombres de ciencia. Todos los hechos científicamente admitidos lo son, en cuanto tales, sólo a la luz de muchos presupuestos teóricos<sup>28</sup>.

sustento de su supuesta a-científicidad puede v. en AA.VV., op. cit., págs. 257 y ss.

22 Cf. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6<sup>a</sup> ed., 5<sup>a</sup> reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 271 y s.

23 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, op. cit., pág. 55.

24 LEGAZ LACAMBRA, “Filosofía...” cit., pág. 156.

25 Cf. DABOVE, op. cit., pág. 85.

26 Ídem.

27 HABA, op. cit., pág. 276.

28 Ídem.

8. La preferencia por unas u otras teorías científicas –en función de las cuales, a su vez, resulta qué datos sean los admitidos como “hechos” científicamente relevantes– depende también de condiciones que, en sí mismas, son extra o supra-científicas. Y éstas varían en función de circunstancias acerca de cuya apreciación los hombres de ciencia pueden discrepar.

Los “hechos” científicos admiten ser *interpretados*, científicamente, de distintas maneras, llegado el caso. Tampoco ellos son tan “firmes” como suele pensarse. No tienen, pues, esa incombustible certeza que Kirchmann daba por supuesta del conocimiento científico al respecto<sup>29</sup>.

### III. Epílogo

9. Llegando al final de nuestro trabajo, creemos relevante poner de resalto que, influido por el ideal vigente en su tiempo, Kirchmann incurrió en el exceso<sup>30</sup> de considerar que la ciencia se define por un concreto objeto de estudio<sup>31</sup>. No obstante, la ciencia tiene más que ver con el método (o, mejor dicho, con *los métodos*), con un tipo de presentación y ordenación del saber, y no tanto con los contenidos.

Por eso, estipular que el Derecho *no es* un objeto científico no ayuda a aclarar las cosas, ya que lo importante es si es posible abordar su estudio *desde un enfoque que pueda ser considerado científico*<sup>32</sup>. En ese sentido, la crítica de Kirchmann podría juzgarse como relativamente obsoleta, puesto que hoy en día contamos con diversas teorías del Derecho que se compadecen con los postulados de ciencia vigentes.

Empero, como señala agudamente el Dr. Ciuro Caldani, “la falencia fundamental de la ciencia jurídica que presenta la denuncia de Kirchmann es un excesivo apego positivista<sup>33</sup> y la consiguiente imposibilidad de lograr la integración entre norma, realidad social y valor”<sup>34</sup>.

Actualmente, y afortunadamente a nuestro modo de ver, dicha integración puede ser

29 Ibídem.

30 Preferimos no valernos de la palabra “error”, dado que muchas veces esta expresión es relativa, en el sentido de depender en gran medida del tipo de método utilizado para la comprobación del mismo y de la propia ideología personal, así como del momento histórico.

31 SASTRE ARIZA, Santiago, “Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica”, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, N° 24, Alicante, 2001, pág. 596.

32 Idem. En similar sentido, ha dicho Stammler que “el carácter de ciencia no depende precisamente de la materia elaborada, sino de la forma que la domina” (STAMMLER, R., “Tratado de Filosofía del Derecho”, trad. W. Roces, Madrid, Reus, 1930, pág. 8, nota 9).

33 De acuerdo: WOLF, Eric, “El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho”, trad. Eduardo Vásquez, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1962, págs. 30 y s., quien expresa que “solamente contra la jurisprudencia positiva dogmática se dirigía el escrito del juez y político J. H. von Kirchmann” (el énfasis es nuestro).

34 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Acerca de la crítica jurídica de Kirchmann”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, pág. 163.

provista con éxito por la fórmula que ofrece la teoría trialista del mundo jurídico<sup>35</sup>. De modo que, en nuestros días, la crítica del fiscal prusiano podría ser válida sólo respecto de ciertas corrientes del pensamiento jurídico, que se limitan al análisis lógico, *abstracto*, sin atender a que también el Derecho debe referirse al estudio –precisamente *científico*– de los *fenómenos vitales* y de los *valores* involucrados<sup>36</sup>, y así acompañar el progreso de la comunidad.

10. Alguna vez se ha dicho que, en nuestro tiempo, “la ciencia como paradigma cognoscitivo y el derecho como paradigma organizativo deben ser los tanques de oxígeno que provean el vital aire que vamos a respirar”<sup>37</sup>. Efectivamente, creemos que una apropiada articulación e integración entre Ciencia y Derecho, puede coadyuvar decisivamente en la evolución de las instituciones jurídicas, a través del impulso que han de brindar los juristas, los académicos y los investigadores.

La *Ciencia del Derecho*, en constante desarrollo, debe atender cada día más a la comprensión de la *realidad social*, para así proponer *respuestas de justicia* a las problemáticas vitales.

Allí esta su *valor*, aquel que Kirchmann pretendió negar.

*Y allí también está el desafío.*

- 35 Acerca de la teoría trialista, puede v.: GOLDSCHMIDT, op. cit.; “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978; “Semblanza del trialismo”, en “El Derecho”, t. 113, págs. 733 y ss.; “La Doctrina del Mundo Jurídico”, La Plata, Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 1962; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; “Estudios Jusfilosóficos” cit.; “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998; “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.; “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación...” cit., N° 32, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, págs. 33 y ss.; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- 36 Respecto del acceso *científico* (pues se vale de un *método*), a cada una de las dimensiones en el planteo trialista, resulta interesante el trabajo de BIDART CAMPOS, Germán, “Epistemología del Derecho en honor de Werner Goldschmidt en sus 70 años”, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, N° 2/3, Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1982, esp. págs. 78 y ss.
- 37 FLORES, Imer B., “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el Derecho”, en AA.VV., “La ciencia del derecho durante el siglo XX”, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pág. 1026.



# **APORTE A LA DOCENCIA**



# BASES CULTURALES DEL DERECHO COMPARADO

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI\*

## I. Parte General

1. La expresión compleja “Derecho Comparado” significa que una construcción del *objeto jurídico* es tomada como base para el relacionamiento requerido en la comparación. La mera información acerca del Derecho extranjero, que a veces se presenta como Derecho Comparado, dista mucho de ser comparación. En cambio, cuanto más satisfactoria sea la construcción de lo jurídico, en principio más podrá serlo la comparación.

La construcción del objeto jurídico puede referirse a su *interior* y a las vinculaciones *externas* de lo jurídico con otros objetos, por ejemplo, el resto de la cultura. Los dos despliegues de la construcción pueden ser interrelacionados de manera esclarecedora. En consecuencia, también pueden desarrollarse dos despliegues comparativos interrelacionados: una comparación de alcance “menor” referida al Derecho en sí y otra “mayor”, que toma como referencia la ubicación del Derecho con otros objetos (v. gr. el resto de la cultura) e incluso se proyecta a compararlo desde esas otras perspectivas no estrictamente jurídicas<sup>1</sup>. Además de la comparación jurídica, que denominamos “*directa*”, resulta posible una comparación “*indirecta*”, desde los despliegues de la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc., hasta abarcar la cultura en general.

La construcción del objeto jurídico puede hacerse incluyendo sólo normas, realidad social o justicia o incorporando esos elementos de manera más o menos *integrada*. En nuestro caso, nos parece de gran interés la integración propuesta, dentro de la concepción tridimensional general, por la teoría trialista del mundo jurídico<sup>2</sup>. Creemos que la integración de las normas, la realidad social y las consideraciones de valor es uno de los problemas que,

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

- 1 Pueden v. nuestros artículos “Filosofía y método del Derecho Comparado”, en “La Ley”, t. 1989-C, págs. 1080 y ss.; “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación y Docencia”, Nº 30, págs. 95 y ss. En la comparación externa cabe referirse a la relación del Derecho con el resto de la cultura o a la relación del resto de la cultura con el Derecho.
- 2 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6<sup>a</sup>. ed., 5<sup>a</sup>. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “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.

con acierto, más motivan el interés jusfilosófico de nuestro tiempo, y entendemos que el trialismo es una propuesta muy satisfactoria para resolverlo.

Para evitar propuestas que nos parecen “regresivas”, vale destacar la importancia del aporte que en su momento hizo la “teoría pura” del Derecho con miras a superar la sujeción del pensamiento jurídico del Derecho Positivo a la Sociología, la Economía, la Biología, la Antropología, la Psicología o la Filosofía e incluso al Derecho Natural pero, sobre todo en tiempo de los desafíos de la presente “nueva era” histórica, resulta importante superar la purificación normativa, que al fin abrió la senda de sujeción a la Lógica y la Lingüística, incorporando la causalidad y las consideraciones de valor.

Creemos que es necesario avanzar desde la “*complejidad impura*” aprovechando el gran aporte de la “*simplicidad pura*” rotundamente propuesta por Kelsen, pero es imprescindible llegar a la “*complejidad pura*”<sup>3</sup>. Vale incorporar, de manera integrada, los tres despliegues, las tres “dimensiones” en el objeto jurídico. Esto significa que no nos resulta “jurídicamente” satisfactorio un saber sólo referido a normas, a realidad social o a valores<sup>4</sup>.

Una construcción jurídica de esa amplitud lleva a relacionar el Derecho con un amplio marco no jurídico, llegando al despliegue general de la cultura. El modelo de construcción trialista es uno de los que, por su amplio contenido integrado, valoriza más la comparación “*indirecta*” que, en este caso, realizaremos desde las *bases culturales de Occidente*.

Sin entrar a los relevantes debates acerca de la relación del Derecho con la Economía, la Religión, el Arte, etc., señalamos que a nuestro parecer el Derecho es siempre una parte influyente de un plexo cultural, cuyas características comparte. En un tiempo de la “multiculturalidad”, la comparación desde este punto de vista adquiere más destacada significación<sup>5</sup>.

Es importante realizar un “*análisis*” de los componentes de cada juridicidad y cada cultura para reconocer la *individualidad* respectiva y sus *despliegues comunes* con otras juridicidades y culturas. El “*lugar*” *comparativo* de cada ser humano y cada conjunto de seres humanos se muestra en los *denominadores comunes* y *particulares* respecto de otros

3 La asunción de la complejidad es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo (es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. XVII y ss.; BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (comp.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10<sup>a</sup> ed., Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.).

4 A diferencia del fundador del trialismo, autor de una importante “Dikelogía”, no creemos que exista una “demonstrable” objetividad de los valores que permita un debate científico al respecto, pero consideramos que entre quienes comparten determinadas referencias valorativas es posible un debate científico en base a ellas y ese debate es sumamente interesante como parte del objeto jurídico (es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, 2<sup>a</sup> ed., Bs. As., Depalma, 1986).

5 Puede v. nuestro artículo “Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización”, en “Investigación...” cit., N° 32, págs. 9/14; también “La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era”, en “La Ley”, 26-5-2006, págs. 1/4.

hombres y otros conjuntos humanos<sup>6</sup>. Las referencias individuales y comunes de la cultura nos parecen muy destacadas.

2. 1. Nos interesa reconocer comparativamente, desde el punto de vista de la cultura, la diversa “interioridad” y “exterioridad” del “sistema” del *Derecho Occidental*.

El *interior* de Occidente es distinto según se trate de las diferencias, principalmente dirigidas a la *manera* de pensar, del subsistema “continental”, llamado a veces romano-germánico, o del “common law”, pero sobre todo es “materialmente” diverso cuando se trata de regiones que quizás se consideren sólo relativamente occidentales, como la a su vez no homogénea *América Ibérica*, a la que en nuestro caso pertenecemos.

Todos los “actos de conocimiento” están fuertemente relacionados con quién conoce y para qué conoce<sup>7</sup>. En nuestro caso, vale tener en cuenta que el estudio se hace, como no puede ser de otro modo, desde una perspectiva iberoamericana, en la que, desde la Argentina, se desenvuelve el autor y también con miras más a *comprender* que a preferir.

Sin desconocer la posibilidad de la construcción de cierta “objetividad” comparativa, creemos que es inevitable y valioso que el Derecho Comparado sea desarrollado desde las perspectivas de los distintos ámbitos planetarios.

2. 2. La *evolución histórica* permite reconocer mejor la *diferenciación espacial* a la que se refiere el Derecho Comparado. La *temporalidad* esclarece la *espacialidad*.

Para comprender la complejidad de Occidente atenderemos a las diferencias espaciales que surgen a través del tiempo y, en particular, a las particularidades históricas de Iberoamérica, con especial referencia a los rasgos propios que permiten ubicar a la Argentina.

3. La cultura occidental, en la que el Derecho ocupa siempre un destacado lugar, al punto que puede considerarse a sí misma una cultura *relativamente “jurídica”*, tiene raíces sumamente *complejas*; entendemos que también resulta hoy sumamente compleja<sup>8</sup>. Es muy significativa la riqueza de perspectivas comparativas que brinda la occidentalidad, sea para el estudio interno y externo del sistema. Sin embargo, en nuestros días Occidente parece

6 Respecto de los denominadores comunes y particulares cabe c. CIURO CALDANI, “Estudios de Filosofía...” cits., t. II, 1984, págs. 205 y ss.

7 Cabe c. nuestro artículo “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en “Revista de la Facultad de Derecho” de la Universidad Nacional de Rosario, N°s. 2/3, págs. 89 y ss.

8 Pueden v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; como antecedente cabe citar “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; también puede c. “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

En cuanto a la aspiración de construir una historia universal, es posible v. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, trad. José Gaos, 2<sup>a</sup> ed., Alianza Universidad, Madrid, 1982.

encaminarse hacia una *simplificación economicista*, con fuerte predominio de sus bases romanas y de la presencia actual anglosajona.

En el panorama *exterior*, es relevante apreciar los elementos comunes y diversos de Occidente con otros sistemas jurídicos y culturales y atender a que las fuerzas y relaciones de producción de alcances mundiales que mueven a Occidente constituyen, de modo creciente, uno de los motores más relevantes de su difusión planetaria, que suele llamarse “globalización”<sup>9</sup>.

Sin pasar por alto diversidades internas de cada grupo, cabe señalar que en nuestro tiempo el Derecho Comparado permite, en principio, un “recorrido” que incluye el *Derecho Occidental*, el *Derecho Ruso*, el *Derecho Islámico*, el *Derecho del Extremo Oriente*, el *Derecho Hindú* (de la India tradicional) y el *Derecho del África Negra y Madagascar*. Este orden no es fijado al azar, surge de un distanciamiento creciente que va desde el Derecho Occidental al africano. Los tres primeros tienen una referencia común significativa: cierta remisión a un mismo Dios.

Sin embargo, la globalización, que preferimos denominar “*globalización/marginación*”, afecta la diversidad que hasta no hace mucho mostraba de manera más nítida el Derecho Comparado<sup>10</sup>. El desafío del desajuste entre las realidades económicas y tecnológicas y la Moral y el Derecho de nuestros días, que contribuye a caracterizar a esta nueva era histórica, agrega otro factor de problematización al Derecho Comparado: vale interrogarse en qué medida la biotecnología, sobre todo en cuanto es aplicada a los seres humanos, dejará espacio para la diversidad.

A nuestro parecer, la globalización/marginación debería ser en principio reencaminada con miras a lograr una “*universalización*” respetuosa de las *particularidades*, en la que encontraran cauces de desarrollo todos los seres humanos y no se deterioraran diversidades de nuestra especie que pueden resultar incluso imprescindibles para nuestra supervivencia<sup>11</sup>. La *comprensión* a través del Derecho Comparado nos parece imprescindible para el desarrollo del diálogo tendiente a la universalización respetuosa de las particularidades.

#### 4. Como ocurre siempre con las respuestas jurídicas y culturales en general, los

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

10 Es posible v. nuestros estudios “Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho”, en “Investigación...” cit., Nº 20, págs. 107/108; “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 24, págs. 41/56.

11 El Derecho es siempre un fenómeno planetario, pero la universalidad a la que aspiramos es la que integre la diversidad en la complejidad (puede v. nuestro estudio “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001). Con miras a la universalidad es útil contar con panoramas históricos de conjunto, como el que se presenta en LOSANO, Mario, “Los grandes sistemas jurídicos”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, págs. 359 y ss.

elementos básicos de la cultura occidental y ésta en su conjunto experimentan fenómenos de *estabilidad*, “*plusmodelación*” y “*minusmodelación*”, en lo fáctico y lo conceptual<sup>12</sup>.

En nuestros días (pese a cierta “civilización” o “continentalización” del common law) hay una pujante “*plusmodelación*” fáctica y conceptual de los modelos de las raíces romanas y la presencia anglosajona. En un enfoque inverso, se presenta una “*minusmodelación*” de las otras raíces y los despliegues no anglosajones.

En la evolución de los marcos jurídicos y culturales en general, es posible reconocer momentos de “*cultura*” en sentido específico, donde hay gran fuerza expansiva de los valores; de “*civilización*”, caracterizados por el “pulimiento” axiológico y de “*decadencia*”, en los que los valores se debilitan<sup>13</sup>. En la actualidad occidental es posible diferenciar manifestaciones más “*civilizadas*”, predominantes en el ámbito de la Unión Europea, y otras más “*cultas*” en sentido específico, como las que se expresaron en las elecciones que culminaron en la reelección del presidente George W. Bush, en el Sur y en el centro de los Estados Unidos de América. En estas regiones la agresiva política presidencial obtuvo el apoyo mayor.

Las respuestas jurídicas y culturales pueden *aislarse* o guardar *relaciones* de coexistencia de unidades independientes, dominación, integración y desintegración<sup>14</sup>. Aprovechando la larga experiencia del Derecho Internacional Privado clásico, de “conflicto de leyes”, las relaciones referidas pueden apreciarse según se produzcan las calificaciones, se construyan los problemas de manera más o menos encadenada, se admita el fraude, se acepte el reenvío y haya posibilidades de defensa de cada elemento. Cada tipo de vinculación es caracterizable por una distinta manera de resolver esos problemas (por ej., quien califica, impone el fraude y el reenvío y excluye la defensa de otro está en condiciones de dominación).

Tal vez pueda sostenerse que en la actualidad cada vez más las soluciones a esas cuestiones evidencian la *dominación* del elemento romano básico y de la presencia anglosajona sobre los otros elementos y en el resto de los espacios jurídicos y culturales. Todas las situaciones jurídicas y culturales tienden a ser calificadas de ese modo, es posible vaciar otros contenidos reemplazándolos con contenidos romanos y anglosajones, la occidentalidad se vale de referencias a otras juridicidades y culturas en cuanto le conviene y a menudo parece que los únicos espacios jurídicos y culturales en condiciones de defenderse son al fin los occidentales.

12 Es posible c. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976 (reeditado en “Investigación...” cit., Nº 37, págs. 85/140). También puede interesar la sustitución lisa y llana de los elementos.

13 Cabe recordar nuestro artículo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 5, págs. 9 y ss.

14 Es posible c. nuestro estudio “Aportes para una teoría...” cit., págs. 59 y ss.

## II. Parte Especial

### 1. Occidente

#### a) Las bases culturales complejas de Occidente en general

5. La “occidentalidad” es al fin *antropocéntrica*, sumamente *compleja, dinámica y futuriza*, en ella la *economía* ha ido tomando una importancia cada vez más decisiva, al grado que –como ya señalamos– hay una línea de tensión importante entre la complejidad y la tendencia a la “unidimensionalidad” economicista<sup>15</sup>. Con afinidades hegelianas, podría decirse que quizás el tenso complejo occidental fue una senda para llegar al economicismo actual.

El plexo de valores occidental es tradicionalmente muy rico: incluye referencias principales a menudo muy tensas a la *salud*, la *utilidad*, la *verdad*, la *belleza*, la *justicia*, la *santidad* e incluso al valor común de lo *humano*<sup>16</sup>, aunque parece que, de modo creciente, se va imponiendo el dominio de la *utilidad*.

6. Occidente nació en relación con el *Mediterráneo*, un mar grande pero accesible, poblado de islas y penínsulas, que equilibra la tierra y la posibilidad de navegar, un espacio que originó una cultura dinámica y un hombre “*marítimo*”, dotado de la audacia utilitaria de renunciar a “tener piso”, que hace su piso con su propio coraje y su propia destreza. De cierto modo, puede decirse que la misma Europa, el espacio más básico de Occidente es concebible como una “península” en Eurasia. El mar es dinámico y cambiante, como es la cultura occidental. Occidente nació en gran medida en Europa, aunque vale interrogarse en qué grado toda Europa es Occidental y de hecho creemos que Rusia y Turquía no lo son. Podría decirse que Europa y Occidente son manifestaciones culturales parcialmente superpuestas (quizás pueda decirse “secantes”).

La tensión entre la tierra y el mar, que se proyectó desde la navegación marítima a la aérea y la espacial, llega incluso a la “navegación” de la historia por construir (hoy en una nueva era), al debate de los conflictos de clases sociales y ahora, por ejemplo, a la navegación electrónica y, sobre todo, a la navegación del *patrimonio genético* de la propia especie. En el marco occidental se ha generado la viabilidad de que una especie decida la posibilidad de sobrevivir con sus actuales características o generar otras nuevas, tal vez producir otras especies. La dinámica y el cambio, paradójicamente “permanencia” de Occidente, vinculan medios y fines en sentidos de utilidad.

15 Cabe recordar MARCUSE, op. cit.

16 Aunque lo hagamos con referencia a construcciones, nos remitimos al *valor humanidad* como el deber ser cabal relacionado con todo nuestro ser. Su importancia para el Derecho Comparado es destacada.

El carácter marítimo de Occidente promueve el desarrollo del *comercio* y de la *economía*, de una actitud desafiante ante la realidad, a la cual se quiere cambiar con miras utilitarias para el mayor beneficio; de una cultura que llega a caracterizarse por el capitalismo y se hace industrial y financiera.

7. Aunque las bases de Occidente son muy antiguas y complejas, creemos que su especificidad comienza sobre todo en *Grecia*. Si se compara la cultura egipcia, cuyos monumentos al menos hoy más representativos son las pirámides, de cierta manera enclaustradas en la celosa preservación de cuerpos momificados y tesoros sacados de la circulación terrenal, e incluso la misteriosa Esfinge, con el monumento típico de Grecia, que es el airoso Partenón, construido sobre un promontorio accesible, “flotante” sobre columnas y con amplia posibilidad de penetración del aire, se advierte que es mucho más lo que Occidente debe al legado griego que al egipcio.

Grecia, que fue en gran medida una cultura marítima, nos brinda un arte antropocéntrico, con regocijo en la belleza humana, y un extraordinario desarrollo de la tragedia, género del conflicto cultural no resuelto de modo satisfactorio. Nos aporta la referencia prometeica al pecado triunfante; la tensión entre la armonía apolínea y la explosión dionisíaca; la sed de saber infinito de la Filosofía, magníficamente expresada en la pregunta socrática, y la experiencia democrática, que sostiene la posibilidad humana del autogobierno.

Quizás pueda afirmarse que lo apolíneo es más “civilizado”, en tanto lo “dionisíaco” tiene una explosividad más afín a la cultura y, desde entonces, civilización y cultura en sentido estricto animan de manera conflictiva a Occidente.

El legado griego es principalmente un complejo de verdad, belleza y utilidad<sup>17</sup>.

8. *Roma*, en diversos aspectos heredera de Grecia, nos brindó un descollante sentido práctico, evidenciado arquitectónicamente en el Coliseo, que no es una tumba ni un templo sino un circo, en caminos, puentes y acueductos utilizados hasta nuestro tiempo. Como consecuencia de vincular a los hombres más desde la “superficie”, porque su referencia es menos profunda que la griega, desenvolvió la propiedad privada y la libertad de contratación. Tal vez pueda sostenerse que quien no sabe Derecho de las Obligaciones no sabe al fin Derecho, y el Derecho de las Obligaciones es uno de los mayores espacios de fuerte permanencia de la juridicidad romana. Aunque cada manifestación jurídica es siempre en relación con el espacio y el tiempo, la perdurabilidad del Derecho Patrimonial y sobre todo del Derecho de las Obligaciones de Roma es muy relevante. La relativa superación del formalismo y la publicidad de las leyes son asimismo realizaciones romanas de proyección duradera.

Aunque en lo público culminó en un autoritarismo de afinidad oriental, Roma es una muestra descollante de la capacidad de construir y administrar un espacio muy extenso,

17 Urge no confundir a la antigua Grecia con la actual, como no se debe confundir a la antigua Roma con Italia.

“continente” de gran parte del legado occidental. Ella pudo brindar a una parte importante del mundo la “paz romana”.

En el momento que consideramos más brillante, el pensamiento jurídico romano brindó importante consideración a los casos; al final el poder imperial se valió de la generalidad.

Los romanos, fuertemente individualistas, fueron eximios redactores de sátiras, en cuyo carácter punzante se muestra la tensión intersubjetiva que caracteriza a su cultura; su sentido de la realidad los llevó además a superar el casi deslumbramiento griego por la belleza humana.

La herencia romana afirma principalmente en los valores utilidad y justicia.

9. El tercer gran aporte de la Antigüedad a la cultura occidental es el *judeocristiano*. El judaísmo legó la referencia grandiosa a un Dios único, creador, persona (no naturaleza), omnisciente, omnipotente y omnipresente, casi innombrable e irrepresentable, que pactó con su pueblo (con el pueblo “elegido”), mandó el amor al prójimo y fue resguardado por el sentido adánico del pecado claudicante. El Dios judío es el paradigma del hombre occidental.

El cristianismo incluyó en la divinidad una encarnación humana, enseñó que el Reino no es de este mundo, generalizó la referencia del amor a toda la humanidad y predicó las Bienaventuranzas, donde ocupan lugares destacados la justicia y la misericordia. El judaísmo es en mucho una religión de la Ley; aunque el cristianismo procuró sujetar la Ley a la primacía del hombre, al fin la influencia estoica lo volvió a una fuerte referencia legalista.

El bautismo cristiano permitió que todos los hombres pudieran incorporarse plenamente a la nueva religión en igualdad de condiciones. El cristianismo es, básicamente, una religión igualitaria.

Los diálogos de Jesús con Caifás y con Poncio Pilato son expresiones magníficas del conflicto entre tres culturas, con la diversa religiosidad profunda de los dos primeros y el sentido antropocéntrico del magistrado romano. Lo que Jesús manifestó a Caifás es un desafío inadmisible para la teocéntrica cultura judía. El cargo por el que al fin se lo mató, reflejado en la inscripción de la Cruz, es una expresión de la transgresión que en él reconoció, contra su voluntad, el gobernante de Roma. Jesús había desafiado una de las dos grandes exigencias del Imperio: que se pagaran tributos y se rindiera culto al emperador; se permitió su muerte porque se tomó en cuenta su carácter de “Rey” de los judíos.

Aunque el Reino no es de este mundo, la cristianización del Imperio, en gran parte decidida por el sentido práctico de algunos emperadores como Constantino y Teodosio, condujo a la incorporación de la nueva religión como instrumento político gubernamental. Uno de los caracteres importantes de nuestra cultura es, no obstante, la afirmación de la conciencia del sujeto con independencia del gobierno, que surge ya de la resistencia de los mártires cristianos a la pretensión de imposición religiosa imperial. Las relaciones, a menudo tensas, del cristianismo con la Filosofía y con el capitalismo son rasgos significativos de la

cultura de Occidente. El mundo “bizantino” y en general la proyección cristiana ortodoxa tomaron sendas de mayor vinculación del Estado y la Iglesia, y tuvieron, al fin, menos relaciones con la Filosofía y el capitalismo.

La religiosidad judeocristiana está siempre presente, en alguna medida, en la cultura occidental. El régimen de familia occidental ha sido en mucho heredero del legado judeocristiano. El judeocristianismo jerarquizó a la mujer y afirmó el vínculo matrimonial. Como la vida de familia encauza los muy significativos sentidos del eros y la reproducción, la importancia del judeocristianismo en la vida de Occidente es también muy destacada.

La herencia judeocristiana aporta fuertes referencias a los valores santidad y amor.

10. Entre el final de la Edad Antigua y los primeros tiempos de la Edad Media ingresó en el curso histórico occidental el aporte *germánico*, centrado en gran medida en individualidades fuertes con una importante referencia a la comunidad y caracterizado también por la jerarquía que asignó a las mujeres.

La conversión de los germanos al cristianismo constituyó uno de los sucesos más decisivos para que la cultura antigua no quedara enclaustrada y se proyectara hacia el porvenir, llegando hasta nuestro presente. En el desorden de los primeros siglos medievales, la estructura institucional de la Iglesia, en gran medida inspirada en la estructura romana, contribuyó a mantener cierta consistencia social.

Según sea mayor o menor la presencia germánica, por ejemplo, en el Norte o el Sur de Europa o de América, es mayor o menor el sentido de respeto del individuo hacia la comunidad. La apropiación de los “espacios públicos” por los individuos suele ser común en la Europa meridional y sus derivaciones.

El aporte germánico afirma el valor solidaridad.

11. Ya avanzada la Edad Media, el *Sacro Imperio Romano Germánico*, nacido a partir de la Navidad del año 800 con la coronación de Carlomagno –impulsada por la Iglesia– y perdurable en los hechos hasta comienzos de la Edad Moderna es, incluso desde su nombre complejo, una expresión de la riqueza de la composición de la cultura occidental. Los cursos crecientemente distintos que fueron tomando las dos vertientes del Imperio Romano diversificaron al Occidente del helenizado Imperio “Bizantino”. Tal vez no sea irrelevante que, en el nombre, el Sacro Imperio medieval (correlativo de un mundo feudal) duró hasta comienzos de la Edad Contemporánea, cuando Napoleón I, el primer emperador burgués, impidió su continuidad.

En el siglo XIII se evidenció la referida relación, a veces tensa, entre la religiosidad cristiana y el desarrollo del capitalismo, con el rechazo a la riqueza que manifiesta el franciscanismo, y el intento de síntesis con el nuevo mundo elaborado por el tomismo, que preserva la supremacía de la referencia religiosa, pero jerarquiza la ley humana.

En el siglo XIV, en el espacio británico, Occam abrió camino a las ciencias naturales, afirmando que a Dios se lo conoce por la fe pero al mundo se lo conoce por la experiencia, y sosteniendo una fuerte posición nominalista. Asimismo sentó las bases empiristas duraderas de la cultura anglosajona y una de las características del mundo actual, signado por el predominio de esa vertiente occidental.

Un tránsito filosófico comparativo, indicaría que Inglaterra quedó vinculada a Occam, Francia a la “razón pensada” que presentaría Descartes y Alemania en una de sus corrientes a la “razón razonada” que expresarían Leibniz y Hegel. En los grandes enfrentamientos mundiales del siglo XX, Leibniz, Hegel e incluso Descartes fueron perdiendo las guerras frente a Occam<sup>18</sup>.

En el mismo tiempo, en tanto el desenvolvimiento del mundo nuevo promovía, en el Continente, la recepción del Derecho *romano justinianeo*, en parte del ámbito Insular anglosajón se constituía de modo diferenciado el “common law”, quizás como producto de la mejor organización de los reinos normandos, tal vez como resultado de la resistencia de los profesionales del Derecho a la legalidad y la difusión del conocimiento jurídico. Aunque las bases culturales son las mismas, las maneras de pensar el Derecho de un juez continental y de un juez del “common law”, más remitidas a generalizaciones o particularidades, son distintas<sup>19</sup>.

En la Edad Media se generó el conflicto duradero entre el Derecho Común y los Derechos particulares; éstos tuvieron un triunfo momentáneo pero muy relevante en la codificación contemporánea, aunque hoy parece abrirse camino un nuevo Derecho Común.

En ese momento de la historia de Occidente el saber superior tuvo expresión en la *Universidad* que, a su vez, en la posible primera expresión en Bolonia, se originó en el deseo del saber práctico de los juristas.

La a menudo no fácil relación entre *Religión* y *Derecho* fue una de las líneas de tensión características de la judicialidad medieval, que se proyectó a los primeros tiempos de la Edad Moderna.

Tal vez el monumento arquitectónico más típico de la medievalidad sea Nuestra Señora de París. La medievalidad, *Edad de la Fe*, significa el predominio del valor santidad, pero a medida que transcurrió su recorrido histórico se fueron despertando otros valores, incluso la utilidad.

12. 1. Pese a que la Edad Media procuró sepultar el legado grecorromano, éste resurgió de modo explosivo y brillante en el *Renacimiento* y el *Humanismo*. En esta perspectiva

18 Es posible v. nuestro artículo “Las ideas filosóficas en conflicto en las tres guerras mundiales y la actualidad (Hegel, Saint-Simon y Bentham - El carácter jurídico del acto filosófico - La necesidad de la multiculturalidad occidental)”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 25, págs. 59/73.

19 Pueden v. por ej. CUETO RÚA, Julio, “El “common law””, Bs. As., La Ley, 1957; “Judicial Methods of Interpretation of the Law”, Louisiana State University, 1981.

se llegó a denominar al período anterior con un nombre que lo sitúa como simple tránsito (“medio”) entre dos momentos de esplendor. El sentido práctico de Nicolás Maquiavelo y el espíritu aventurero de hombres como Cristóbal Colón son muestras de una perspectiva muy fuerte de la occidentalidad. Coetáneamente sucedían los importantes acontecimientos de la *Reforma*, con sus principales vertientes luterana y calvinista, y la *Contrarreforma*.

Se había inventado por entonces la “máquina de hacer libros”, cuyos resultados han signado los tiempos posteriores y, valiéndose de ella, la Reforma tuvo un importante papel en la generalización de la educación, que es preparatoria del contratante y el litigante relativamente “ilustrados”. En el marco reformado los textos evangélicos comenzaron a prevalecer sobre el legado institucional de la Iglesia. Algunas interpretaciones de la historia muestran, no sin sustentabilidad, una especial relación entre el calvinismo y el desarrollo del capitalismo, el individualismo y la democracia, en tanto la Contrarreforma resultó al menos afín a sistemas “precapitalistas” y al paternalismo<sup>20</sup>.

12. 2. Se abrió así sendero la Edad Moderna propiamente dicha, que fue una *Edad de la Razón y de la Experiencia*. En el mundo antiguo el hombre sólo valió como súbdito del Estado y en la Edad Media se agregó el título predominante de ser fiel de la Iglesia; la Edad Moderna recorrió la ruta de la valorización del *hombre* como tal. En su culminación este período histórico produjo grandes declaraciones de Derechos, sobre todo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional Francesa (agosto de 1789).

En el período de fines de la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna se formaron los primeros *Estados modernos*, en mucho productos de la alianza entre la pujanza de la burguesía, que necesitaba espacios seguros más amplios que las ciudades, y los reyes que eran dueños de ellos. Las ideas de Hobbes sobre el monopolio del poder interno y de Bodin respecto de la soberanía en lo exterior fueron manifestaciones de ese proceso. Con el tiempo, el Derecho sería pensado, quizás hasta la crisis actual, de modo casi excluyente como obra estatal.

En esa época, la diversidad de Estados independientes y las relaciones entre éstos dieron lugar a la formación de la *comunidad internacional*, teorizada por Francisco de Vitoria y Hugo Grocio. Desde fines de la Edad Moderna, el Derecho Internacional Privado, sobre todo en la versión contemporánea decimonónica de Federico de Savigny, llevaría a aplicar en los casos con elementos extranjeros significativos el Derecho extranjero. Cuando la tensión con la individualidad jurídica de los Estados fuera muy grande (en muchos casos cuando se tratara de fenómenos de otros de los grandes sistemas) intervendría la reserva del orden público.

20 Es posible c. por ej. WEBER, Max, “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”, trad. Luis Legaz Lacambla, 2<sup>a</sup>. ed., Barcelona, Península, 1973.

12. 3. La pujanza de la burguesía la llevó en su momento a acosar a la monarquía con la que se había aliado, generándose las *revoluciones burguesas*, teorizadas de modo principal por el liberalismo político de Locke y Montesquieu y la democracia de Rousseau. La complejidad de la cultura de ese momento contribuyó a que se pensara en la división y la relativa independencia de los poderes, requerida por sectores en ascenso o que se sintieron amenazados, como la burguesía representada por Locke o la baja nobleza que se manifestaba en Montesquieu. El empirista liberal Locke afirmaba que el Estado existe para proteger al propietario. La democracia republicana y federal norteamericana produjo, casi a fines de la Edad Moderna, la obra que se considera la primera constitución escrita del mundo. En ese ciclo, en el equilibrio de los Estados titulares del reproche, el liberalismo llegaría al ámbito penal, afectando a los antecedentes y las consecuencias de las normas, con Feuerbach y Beccaria.

12. 4. Una de las características del pensamiento moderno es dada por los esfuerzos para distinguir e incluso apartar a la *Moral* y el *Derecho*. Abriendo de cierto modo más camino a la dinámica de la cultura occidental y en especial a la aceleración de la historia que se haría cada vez más notoria, una muy importante tendencia moral, de la que es parte destacada Kant, abandonó las bases metafísicas. La “moral flotante” sustitutiva, pronto perdió el rigor que pretendió la “universalización” y así el cambio fáctico se hizo más fácil.

Coetáneo con la revolución norteamericana, nació el liberalismo económico, más allá del mercantilismo estatista y de la fisiocracia, en la obra de Adam Smith. También la economía sería separada del Estado.

La *Revolución Industrial*, que se iniciaba por entonces, llegó a transformar incluso el sentido de la propiedad lockeano, “superador” de la propiedad feudal, en una propiedad “sansimoniana”, orientada a la producción. Desde entonces, las dificultades de la relación entre *Economía* y *Derecho* caracterizaron de modo creciente a la juridicidad occidental.

12. 5. En el plano arquitectónico, la elección de los monumentos más característicos de la Edad Moderna debería incluir, en el elenco de referencia, a la Basílica San Pedro del Vaticano y al palacio de Versalles.

La Edad Moderna concluyó en el apolíneo y civilizado período del Iluminismo. Enriqueció el plexo cultural y debilitó al fin la referencia a la santidad, abriendo senderos más amplios a la belleza, la verdad, la utilidad y, de cierto modo, al propio valor humanidad.

13. 1. La Edad Contemporánea, continuidad diversificada del gran ciclo de la modernidad, se inició con importantes fenómenos diferenciados de *codificación* en cuya defensa se llegó a pretender, en el despliegue exegético francés, que los jueces fueran sólo la “boca de la ley”. La “protocodificación” expresada en el Derecho Territorial Prusiano, el Código Napoleón,

primer verdadero código del mundo, el Código Civil austriaco, el Código Civil alemán, el Código Civil suizo y el Código Civil italiano son manifestaciones no sólo de momentos sino de versiones diversas de la juridicidad occidental. El sentido individualista del ámbito patrimonial de la obra francesa y el sentido social de la obra italiana son muestras relativamente extremas de la tensa juridicidad de Occidente. También lo son, por ejemplo, el sentido más concreto y el más abstracto de la codificación francesa y la alemana. La evolución y la crisis posterior de la codificación (“edad de la decodificación”<sup>21</sup>) han contribuido a ampliar, mucho más allá de la exégesis, el desempeño reconocido a los magistrados.

13. 2. En la Edad Contemporánea los *conflictos de clases* fueron muy intensos, originándose diversos esfuerzos por rectificar o dejar el modelo capitalista, sea que se pretendieran en el enjuiciamiento moral o la superación del propio desarrollo, como lo han hecho la Doctrina Social de la Iglesia y el fascismo o el marxismo.

El desarrollo de las *ciencias sociales y humanas*, precedidas a fines de la Edad Moderna por la Economía e incorporando en la Edad Contemporánea la Sociología, la Historia, la Antropología, la Psicología e incluso el Derecho científico, llevó al pensamiento jurídico a tener que relacionarse con nuevas vertientes del conocimiento y con los fuertes cuestionamientos que desde esas nuevas áreas del saber se hicieron al Derecho. Una respuesta a estos planteos y a la referencia jusnaturalista fue, como ya señalamos, la “teoría pura del Derecho”, nítida expresión de un momento de la evolución de la cultura occidental.

13. 3. Las dos grandes guerras “calientes” hicieron *estallar* tensiones profundas de la occidentalidad. Quizás pueda representarse ese conflicto con la explosión de la primera bomba atómica, en Hiroshima, en 1945. Producto de la tecnología occidental, esa explosión se produjo en un área periférica de asimilación y rechazo de la occidentalidad. Quizás pueda sostenerse que en Hiroshima estalló un mundo y en las décadas sucesivas todo sería diferente. Al concluir los conflictos internos calientes originados en Occidente se abrieron rumbos a una tercera guerra, llamada “fría”, de Occidente con Rusia y China, países que con raíces propias invocaban una ideología occidental, y a su final ya se caracterizaba el tiempo actual de la llamada “posmodernidad”<sup>22</sup>.

La Edad Contemporánea fue en gran medida un tiempo de tensa relación entre *Razón* e *Historia*. En el campo arquitectónico, la elección del monumento más representativo de ese

21 IRTI, Natalino, “L’età della decodificazione”, Giuffrè, 1979.

22 Es posible c. nuestros estudios “La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1998-III, págs. 603/616; “El juez, el proceso y el estado en la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., N° 33, págs. 19/ 23; “El papel del juez en la nueva era (Con especiales referencias al Proyecto de Código Civil argentino)”, en “Investigación...” cit., N° 33, págs. 33/44; “La postmodernidad, el Derecho y las bases de la cultura occidental de nuestro tiempo”, en “Revista de la Facultad de Derecho” cit., N° 13, 1997, págs. 79/90; “El juez en el cambio histórico”, en “La Ley”, t. 2001-D, págs. 1150 y ss.

período debería incluir entre los aspirantes a la Torre Eiffel y el Empire State Building. El siglo XIX estuvo signado por el Romanticismo, que es más dionisíaco que la Ilustración.

Un largo lapso contemporáneo correspondió a lo que podría llamarse la “paz británica”. En ella se hizo notorio que la “civilización” anglofrancesa es diversa del sentido más “culto”, en sentido específico, del área germánica.

En sus primeros tiempos, la Edad Contemporánea afirmó la expansión de valores de la Edad Moderna, pero al final abrió sendas al predominio actual de la utilidad.

14. Un cambio histórico enorme, constitutivo de una *nueva era*, signada por el gran desajuste entre la *tecnología* y la *economía*, por una parte, y la *Moral* y el *Derecho*, por otra, se abrió camino desde fines de la modernidad y caracteriza a nuestros días “posmodernos”. La posible formación de un Estado mundial en etapa “hobbesiana”; el llamado “fin del sujeto consciente” desarrollado sobre todo en la modernidad; la crisis de la cultura escrita, desafiada por la cultura de la imagen; el frecuente cambio del soporte papel por el soporte magnético y la explosión de las comunicaciones y la información, son sólo aspectos sorprendentes de un cambio que alcanza sus más impresionantes y revolucionarios despliegues en el poder sobre la reproducción y el patrimonio genético de la vida, sobre todo, de la propia humanidad. Quizás para las próximas generaciones seamos los últimos “hombres de vida corta”. Conceptos que fueron fundamentales desde tiempos muy antiguos como los de padre, madre e hijo están en crisis por la presencia de novedades sorprendentes. Por primera vez, una especie puede decidir su porvenir y la aparición de nuevas especies.

El nuevo tiempo se manifiesta, por ejemplo, en lo público, en el desborde y la crisis de los Estados modernos, en la expansión de los procesos constitucionales más allá de sus fronteras y en la proyección del reproche penal fuera de los límites de los Estados tradicionales<sup>23</sup>. En lo privado, los avances del contrato, de la “lex mercatoria”, de la propiedad inmaterial y del arbitraje son muestras del motor de un nuevo tiempo. En el campo general de las fuentes formales, se incrementan los espacios de los tratados, los contratos, las sentencias y los laudos e incluso de las resoluciones administrativas y se manifiesta la crisis de la ley. Nuevos tipos de fuentes, como las directivas, han venido expresando senderos de integración.

Si bien uno de los cauces del pensamiento jurídico actual es el de los derechos humanos, no cabe ignorar su cotidiana transgresión, a menudo impune, de modo especialmente lamentable por ataques occidentales impulsados por requerimientos económicos. El proceso de integración europeo, que evidencia la complejidad cultural del continente, con sus semejanzas y diferencias, es uno de los sucesos más importantes de nuestra época<sup>24</sup>. En

23 Cabe c. nuestros trabajos “El derecho internacional ante una posible “preconstitucionalidad” mundial”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, año 10, t. II, págs. 859/875; “Pronunciamientos judiciales en un tiempo de hondo cambio histórico”, en “Jurisprudencia Argentina - Lexis Nexis”, t. 2004-IV, págs. 485 y ss.

24 Pueden v. nuestros artículos “Bases culturales de la ampliación de la Unión Europea y de la relación de la Unión

diversos grados según las regiones, la integración es otra de las grandes manifestaciones de nuestros días. La Organización Mundial del Comercio, bastión de un liberalismo al menos teórico que trasciende las fronteras, es una de las expresiones más significativas que expande la occidentalidad actual.

Hoy parece necesario superar la globalización/marginación en procesos que conduzcan a la *universalidad* respetuosa de las particularidades<sup>25</sup>. Sin embargo, el porvenir está preñado de enormes interrogantes. Las relaciones de Occidente con el Islam y el papel que jugará el camino asumido por China son sólo aspectos de una temporalidad especialmente cargada de dudas.

La elección de la obra arquitectónica más significativa de lo transcurrido del nuevo tiempo y de su explosividad debería incluir a las Torres Gemelas de Nueva York, con su dramático fin. Debajo de la apariencia de fracturas y contradicciones, parece desenvolverse el monopolio radical de la economía y de la utilidad. Aunque aparente ser paradójico, la posmodernidad es “débilmente dionisíaca”.

Dadas las indefiniciones del nuevo tiempo, creemos que puede ser acertada la prudente indefinición del nombre “posmodernidad”.

15. Las particularidades espaciales y temporales de las culturas generan distintos plexos de *ramas jurídicas* que vale considerar para su mejor comprensión<sup>26</sup>. La complejidad de la cultura de Occidente ha llevado a la constitución, de manera necesariamente dinámica, de numerosas ramas jurídicas, signadas por algunos sentidos culturales comunes a todo el marco cultural occidental y otros específicos de ellas<sup>27</sup>. Por ejemplo: toda rama jurídica occidental es necesariamente en alguna medida liberal, pero el Derecho Civil patrimonial, el Derecho Constitucional y el Derecho Penal lo son más que el Derecho del Trabajo o el Derecho de la Seguridad Social. La formación del Derecho del Trabajo en el ámbito bismarckiano es una clara nota de la diferencia entre el modelo capitalista alemán y el anglosajón.

Toda rama jurídica occidental tiene alguna referencia más o menos fuerte a la utilidad, pero al menos hasta ahora ésta es más directa y fuerte en el Derecho Comercial y el Derecho Civil patrimonial (al punto que se tiende a la unificación con el Derecho Comercial) y menos en el Derecho de Familia o el Derecho Penal. El plexo de ramas jurídicas occidental actual

Europea con América Latina”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 27, págs. 101/112; “Bases culturales de la relación de la Unión Europea en el mundo actual, con especial referencia al Mercosur”, en Derecho de la Integración”, Nº 14, págs. 23/33.

25 Cabe c. nuestro estudio “Análisis cultural de la internacionalidad...” cit.

26 Pueden v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación...” cit., Nº 32, págs. 33/76; en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNÁNDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STÄHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

27 Cabe c. nuestro estudio “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1965.

se caracteriza por una fuerte presencia de las consideraciones económicas, mas la propia herencia occidental humanista requiere, a nuestro parecer, otras perspectivas, integradoras de las tradicionales, como el Derecho de la Salud, el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc.<sup>28</sup> Aunque las distintas ramas tradicionales van siendo dominadas de manera creciente por la utilidad, estimamos que urge desarrollar otros planteos complementarios para desenvolver la consideración de otros valores como la salud, la verdad, la belleza, etc., con miras a afirmar el propio valor humanidad<sup>29</sup>.

*b) Las bases culturales complejas de Iberoamérica y la Argentina en especial*

16. Pese a que la expresión “Latinoamérica” está más difundida, preferimos utilizar específicamente la palabra “Iberoamérica”. Sin desconocer las diferencias entre lo hispanoamericano y lo lusoamericano, creemos que los espacios derivados de la Península tienen características comunes que los diversifican decisivamente del Occidente central, incluyendo la también muy diferenciada América francesa<sup>30</sup>. Los Estados Unidos y el Canadá fueron conquistados y colonizados por Inglaterra y Francia, con su protagonismo moderno, en tanto la América ibérica ha sido conquistada y colonizada por potencias que quedaron más ancladas en la medievalidad. Nos referimos a lo iberoamericano tomando como centro de la consideración lo hispanoamericano, espacio al cual, de alguna manera, corresponde la Argentina<sup>31</sup>.

- 28 Es posible c. nuestros trabajos “Cuestiones axiológicas críticas en el desarrollo del Bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 21, págs. 16 y ss. (también en “Bioética y Bioderecho”, Nº 1, págs. 23 y ss.); “Introducción general al Bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 22, págs. 19 y ss. (y en “Bioética...” cit., Nº 2, págs. 11 y ss.); “La Bioética y el Bioderecho en la cultura de nuestro tiempo”, en “Investigación...” cit., Nº 29, págs. 29 y ss. (y en “Zeus”, 27 de octubre de 1997; t. 75, págs. D-71/73); “Líneas histórico-filosóficas para la comprensión de la Bioética y el Bioderecho”, en “Bioética...” cit., Nº 3, págs. 49 y ss.; “La elaboración de las normas del Bioderecho”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1998-IV, págs. 704/712; “Un modelo teórico para el Bioderecho (comprensión jurídica trialista de los principios básicos de la bioética)”, en SOROKIN, Patricia (coord.), “Bioética: entre utopías y desarraigos. Libro homenaje a la Profesora Dra. Gladys J. Mackinson”, Bs. As., Ad-Hoc - Villela Editor, 2002, págs. 341/350; “Derecho de la Ciencia y protección del investigador”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1992-III, págs. 851 y ss.; “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., Nº 20, págs. 35 y ss.; “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación...” cit., Nº 25, págs. 7 y ss.
- 29 Los sentidos de recta, semirrecta o espiral que predominan en la concepción del *tiempo* occidental son diversos de la circularidad del retorno que suele imperar en Oriente.
- 30 En cuanto a características de la América Ibérica, puede v. por ej. LOSANO, Mario G. (ed.), “Un giudice e due leggi. Pluralismo Normativo e Conflitti Agrario in Sud America”, Milán, Giuffrè, 2004. Es posible v. nuestros artículos “Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 12, págs. 29 y ss.; “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, Nº 4, págs. 113 y ss.
- 31 Cabe c. nuestro trabajo “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 27, págs. 113/126.

En nuestro marco iberoamericano, específicamente hispanoamericano, incluyendo en este campo al espacio argentino, desde el cual escribimos, las características básicas de la occidentalidad conviven con *rasgos especiales*. España, nuestra “Madre Patria”, es un ámbito occidental signado históricamente por un período relativamente corto de predominio formal germánico visigodo y por siglos de presencia diferenciada de los árabes musulmanes; por la opción radicalmente católica de su formación como Estado; por su constitución sucesiva no articulada y por el relativo parasitismo de su economía. Como metrópoli, España transmitió a sus colonias americanas sus grandezas y sus limitaciones<sup>32</sup>. Las particularidades españolas respecto de la Europa que le es cercana se redujeron luego cuando el país entró en el proceso integrador europeo. Quizás pueda sostenerse que, a partir de la Edad Moderna, los *Pirineos* tienen más importancia geográfico-jurídica en cuanto al contenido del pensamiento occidental que el Canal de la Mancha, cuya relevancia se refiere más a la manera de pensar.

En el sentido de las grandezas hispánicas transmitidas a América, cabe mencionar, por ejemplo, la preocupación profunda, aunque al fin infructuosa, por los indígenas y que la metrópoli nos dio prontamente gobiernos municipales y Universidades. La primera Universidad de hispanoamérica se fundó en Santo Domingo en 1538 y en 1613 ya existía en el actual territorio argentino la Universidad de Córdoba. Sin embargo Hispanoamérica heredó de España ciertos rasgos de *anarquía* y de *ocupación parasitaria* del territorio<sup>33</sup>. La América hispánica y de modo particular también la Argentina tienen problemas de articulación y desarrollo económico en gran medida vinculados a la herencia española.

Al hilo de la llamada Reconquista, que duró siete siglos, España fue hecha por pedazos. La debilidad a veces autoritaria pero prehobbesiana del Estado español se muestra en las sucesivas guerras civiles que afectaron el país y en las grandes tensiones regionales, que aún se manifiestan con particular fuerza. La guerra civil fue una constante en muchos países hispanoamericanos durante largo tiempo. La fuerte referencia a la individualidad, con limitado sentido de lo común, parece ser otra característica compartida por España y sus colonias. El movimiento “piquetero” es hoy una muestra, a veces aparente y a veces real, del estadio “prehobbesiano” de la organización argentina.

No sin acierto se considera con frecuencia a la *Mesta*, al triunfo de los ganaderos exportadores de lana sobre los que pretendían la elaboración local y al “*bullionismo*” causas del parasitismo hispánico transmitido a América. El mercantilismo de Colbert es doctrinaria y prácticamente muy diverso del bullionismo. En las revoluciones burguesas y en la gran

32 Ha llegado a decirse que los casi ocho siglos de permanencia árabe en España configuran un proceso de tal magnitud que puede calificarse como único en la historia y que se trata de un encuentro formidable, muchas veces trágico y feroz y otras dotado de tolerancia (ESTEVEZ BRASA, op. cit., pág. 114). La presencia y la expulsión de los judíos también son, obviamente, episodios de significación en la formación del legado hispánico.

33 Cabe c. nuestro artículo “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en “Investigación...” cit., N° 34, págs. 59/65.

transformación industrial no participaron protagonistas hispanos. Cervantes advirtió de manera genial la escisión entre el ideal y la realidad que tanto caracterizarían a España y a sus colonias<sup>34</sup>. En correlación con lo expuesto, la Argentina es una muestra de un país donde una población a menudo dotada de individualidades brillantes ha parasitado un inmenso y muy rico territorio<sup>35</sup>. Buenos Aires ha sido considerada la capital de un imperio que nunca existió<sup>36</sup>. La *corrupción*, expresión de un individualismo que “vende” lo que debería estar fuera del comercio, no es exclusiva de Hispanoamérica, pero en ella suele tener especial difusión y frecuente impunidad. La *indisciplina* general y especialmente económica es otra herencia que muchas veces caracteriza a la región.

17. Como ámbito de cierto modo “rezagado” de la historia, como un espacio que se proyecta hacia realidades que a veces considera superiores y tiene dificultad para alcanzar, España desarrolló y de cierto modo transmitió una específica tensión entre lo *original* y lo *importado*, con una frecuente *recepción* al fin mal asimilada que se multiplicó en sus ex colonias<sup>37</sup>. Argentina es un país de “polirrecepción” de modelos de diverso origen a menudo mal articulados.

La cultura iberoamericana tiene dos grandes tendencias, en frecuente conflicto. Una es la *hispánica tradicional*, más católica, paternalista y romántica, de cierto modo más “culto” en sentido específico, que fue reforzada en medios como el argentino por la presencia itálica meridional, entre cuyos exponentes están Felipe II, y en nuestro espacio rioplatense, quizás Saavedra y de modo seguro Rosas y Perón. Otra es la “*anglofrancesada*”, relativamente reformada, abstencionista e “ilustrada”, de cierta manera más civilizada, integrada asimismo por la referencia yanqui, entre cuyos representantes están Carlos III y en el ámbito argentino Moreno, Rivadavia, Mitre, Sarmiento, los Alvear y Aramburu. La vertiente “*anglofrancesada*” tiene al menos más afinidades de superficie con el capitalismo.

Como señalamos, los conflictos entre los dos sectores han sido permanentes, motivando en gran medida las guerras civiles antes referidas, y se manifiestan en la Argentina en producciones culturales anglofrancesadas como “*Facundo*”, la Constitución de 1853-60 y el Código Civil y elaboraciones hispánicas tradicionales como “*Martín Fierro*”, la al fin

34 Es posible v. nuestro estudio “Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 9, págs. 19 y ss.

35 Puede v. nuestro estudio “Investigación...” cit., Nº 34, págs. 59/65.

36 Revista Digital Sitio al Margen, Misteriosa Buenos Aires, <http://www.almargen.com.ar/sitio/seccion/turismo/baires5/> (17-7-2006).

37 Pueden v. nuestros artículos “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”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 9, págs. 33 y ss.; también “El Derecho Universal” cit. Cabe c. además, por ej. PAPACHRISTOS, A. C., “La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique”, París, L. G. D. J., 1975; WATSON, Alan, “Legal Transplants”, 2<sup>a</sup>. ed., Athens, University of Georgia Press.

frustrada reforma constitucional de 1949 y las leyes de emergencia del peronismo<sup>38</sup>. Incluso la reforma del Código Civil de 1968, que moderó el liberalismo, es de cierto modo una expresión de la vertiente hispánica tradicional. La tensión *peronismo-antiperonismo* fue, durante largo tiempo, una de las expresiones de la juridicidad argentina<sup>39</sup>. La dificultad de encauzar su historia ha llevado a Hispanoamérica y la Argentina a claras manifestaciones de decadencia.

18. Las diferencias entre *España* y *Portugal* y sus respectivas ex colonias son importantes, pero no decisivas para hacer adecuado dejar el concepto Iberoamérica. En general, las diversidades de los propios nombres “Portugal”, con referencia a un puerto, y “Castilla”, tierra de castillos, contribuyen a caracterizar inicialmente las diferencias de los dos espacios. En principio, Portugal era más atlántico, Aragón era más marítimo mediterráneo y Castilla era más “continental”. La diferente valoración de la obra modernizadora de Pombal y de Aranda, Campomanes y Floridablanca expresa también las diversidades lusoamericanas e hispanoamericanas<sup>40</sup>. Anclada en el poder británico y dotada de una dinastía con más sentido de la realidad, la colonia portuguesa conservó una unidad que los espacios hispánicos no pudieron mantener. No se pudo sostener, siquiera, la unidad de la desembocadura rioplatense, por la que la Corona española pagó alto precio por ejemplo en el Tratado de Permuta. La consistencia de la élite brasileña ha logrado mantener y desarrollar un protagonismo que sus vecinos hispánicos no han tenido. En nuestros días, Brasil se ha dado un nuevo Código Civil, afirmando su concepción quizás de un imperio republicano, con connotaciones realistas que se apartan del liberalismo imperante en el mundo en un largo período de su prolongada gestación<sup>41</sup>.

La Hispanoamérica actual, *parte diferenciada* de la occidentalidad, se encuentra ante grandes desafíos históricos especiales, entre los que se encuentran su relacionamiento con

38 Es posible v. por ej. nuestros estudios “Comprensión jusfilosófica del ‘Martín Fierro’”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; también “Aportes para la comprensión jusfilosófica del Código Civil de Vélez Sársfield (Bases para su “análisis cultural”)", en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Bicentenario de su nacimiento (1800-2000)”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 327/41; “Filosofía, Literatura y Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 101 y ss.

39 Puede v. nuestro estudio “La escisión de la conciencia jurídica y política argentina”, en “Revista de la Universidad de Buenos Aires”, publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.; también “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

El sector hispánico tradicional resulta más próximo al Código Civil italiano de 1942 (en cuanto a la influencia del Código italiano y de la legislación europea en general, puede v. por ej. LERNER, Pablo, “El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino”, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, 103, págs. 167 y ss.).

40 Cabe c. nuestro artículo “El marqués de Pombal...” cit.

41 Es posible c. nuestro trabajo “Directrices iusfilosóficas del nuevo Código Civil brasileño”, en “Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina”, 11 de diciembre de 2002, págs. 13/19, t. 2002-IV, págs. 1303 y ss.

el Occidente central y el resto del mundo y sus posibilidades de integración más plenas en procesos locales o limitadas al libre comercio, como lo propone el ALCA. La debilidad de la decisión política y las potencialidades económicas pueden dificultar, sin embargo, el relacionamiento local.

Continuadora de España, esta región se debate entre la necesidad de realizar la utilidad, que a menudo le es muy difícil, y el utilitarismo desbordado de la globalización/ marginación.

19. En cuanto a las ramas jurídicas, la cultura hispánica dio destacada importancia al desarrollo del Derecho Internacional Público. En el marco ibérico resulta frecuente la debilidad de la estructura constitucional y a menudo las relaciones laborales producen intervenciones de los Estados y los sindicatos limitadoras de una libertad de contratación que el modelo capitalista anglosajón, sobre todo desde los Estados Unidos de América, suele afirmar con habitual energía.

## ***2. Horizonte de comparación de Occidente con otras culturas***

### ***a) Rusia***

20. Los otros grandes sistemas, con los que interesa comparar a Occidente en general, incluyendo a Hispanoamérica, son el *Ruso*<sup>42</sup>, el *Musulmán*<sup>43</sup>, el del *Extremo Oriente*<sup>44</sup>, el de la *India tradicional* y el del *África Negra y Madagascar*<sup>45</sup>.

Pese a las particularidades relativas del Derecho Soviético, creemos que puede hablarse de un sistema en general *Ruso*, dotado de afinidades pero también de ciertas especificidades respecto de Occidente, de menor presencia de la herencia griega y romana clásica y de una referencia particularmente mística al cristianismo. La dominación de los *mongoles* (c. 1236-1480) en gran parte del territorio ruso, cuando en Occidente se vivían ya momentos renacentistas, parece haber signado con caracteres relativamente asiáticos a este ámbito,

42 Cabe c. nuestro artículo, “Notas para la comprensión jusfilosófica del Derecho Soviético”, en “Investigación...” cit., Nº 8, págs. 59 y ss.

43 Es posible v. “Reflexiones comparativas del Derecho Occidental y el Derecho musulmán”, en “Investigación...” cit., Nº 6, págs. 97 y ss.

44 Puede c. nuestro trabajo “Una parte altamente significativa del ‘Derecho Universal’ de nuestro tiempo: el Derecho de Familia japonés”, en “Investigación...” cit., Nº 20, págs. 99 y ss.

45 En cuanto al Derecho Comparado en general, pueden v. por ej. DAVID, René - JAUFFRET-SPINOSI, Camille, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10<sup>a</sup>. ed., París, Dalloz, 1992; ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein, “Introduction to Comparative Law”, trad. Tony Weir, 3<sup>a</sup>. ed., Oxford, Clarendon, 1998; LOSANO, “Los grandes sistemas...” cit.. En el panorama de las religiones cabe c. KONIG, Franz (dir.), “Cristo y las Religiones de la Tierra”, trad. Ramón Valdés del Toro, 2<sup>a</sup>. ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos. Es posible c. Société de Législation Comparée, <http://www.legiscompare.com/index1.html> (12-7-2006).

próximo a la familia occidental, pero a nuestro parecer al fin relativamente diverso de ella.

La religiosidad rusa resultó mucho más mística y sometida al poder gubernamental y al paternalismo que la occidental. Se trata, además, de un país que sólo muy excepcionalmente ha vivido fenómenos democráticos. Sin ignorar la etimología “césar” de la palabra “Zar” y las aspiraciones occidentalizadoras, como las de Pedro el Grande y Catalina II, la propia personalidad del emperador y las de hombres como Tolstoi, Dostoievsky o el mismo Stalin e incluso Putin, son muestras de las particularidades rusas. No es sin motivo que Rousseau pudo afirmar que Pedro, pese a su talento, no advertía suficientemente las dificultades de la tarea que emprendía<sup>46</sup>.

El territorio ruso es al fin, física y culturalmente, en gran medida también asiático. Pese a la disponibilidad de costas, Rusia ha tenido siempre el carácter y el ritmo histórico de una potencia terrestre.

A nuestro parecer, la ideología soviética, que contribuye a caracterizar una parte importante de la historia rusa, era un trasplante del marxismo occidental a la mística del país. Es en ese marco histórico donde pudo desarrollarse el autoritarismo soviético. No obstante la firme pretensión de llevar el desarrollo económico y las contradicciones del capitalismo a su superación dialéctica para alcanzar el socialismo y el comunismo, la URSS no pudo afrontar el desafío de Occidente y, penetrada por los valores de la sociedad de consumo occidental, se desmoronó.

La URSS continuó de alguna manera el desenvolvimiento del capitalismo que habían comenzado los zares, avanzando en el paso desde el feudalismo al despliegue económico por el Estado y, una parte importante de la población, “tocada” por la amplia vocación de consumo capitalista, requirió un clima de relativa libertad.

En cuanto se remitió al marxismo, el régimen soviético fue un intento de desarrollo de la utilidad con miras a una negación humanista final, tal vez aparentemente más viable en un marco de mística referencia a la santidad, siempre al menos subyacente.

### *b) El Islam*

21. 1. La referencia al *Islam* debe ser muy cuidadosa para no exagerar ni ocultar las diversidades, sobre todo en días de su “demonización” promovida por conflictos económicos. El Islam sólo tiene en común con Occidente una derivación de la religiosidad judeocristiana.

46 En párrafos que a nuestro parecer todavía merecen consideración, decía el gran ginebrino que nunca los rusos serán verdaderamente civilizados, porque lo han sido demasiado pronto. Pedro tenía un talento imitador, pero no el verdadero talento; vio que su pueblo era bárbaro, y no conoció que no estaba en estado de ser civilizado; quiso hacerle tal, cuando sólo debía hacerle aguerrido. Agregaba que quiso desde luego formar alemanes e ingleses, cuando debía haber empezado por formar rusos: ha impedido a sus súbditos que lleguen a ser jamás lo que podrían ser, persuadiéndoles de que eran lo que no son (El Contrato Social, <http://www.sapiens.ya.com/pespartaco/biblioteca/literatura/rousseau/textos/contratosocial/contrato02.htm> –17-7-2006–).

El Derecho Musulmán se basa en una estructura cultural de raíz religiosa fuertemente presente, fundada por Mahoma, en el Asia cercana, en el siglo VII. La religión y la cultura constituidas por el Profeta correspondieron en mucho a la búsqueda de la transformación de los pueblos árabes, cuya religiosidad era muy pobre, con referencia a los cuales Mahoma adaptó los elementos más simples de la creencia judeocristiana, incluso dotándolos de sentidos más materiales.

Pese a las connotaciones culturales e históricas diversas, el Dios musulmán, Alá, es en principio el mismo judeocristiano; también se reverencia a los personajes de la tradición del judeocristianismo. La religión es designada con la expresión Islam, nombre que menciona a la “sumisión” y la “entrega a Dios”. La creencia se refiere al libro sagrado que le sirve de base, complementado por las enseñanzas de la vida de Mahoma y las creencias del consenso de la comunidad islámica primitiva. A diferencia del Nuevo Testamento, el libro es una obra religiosa y jurídica. En este sentido, el Islam se aproxima más al judaísmo y se diferencia del cristianismo.

Si el cristianismo tuvo la apertura igualitaria del bautismo, la profesión de fe musulmana es mucho más abierta: consiste simplemente en afirmar desde lo profundo “Yo doy fe de que no hay ningún Dios, sino Alá; yo doy fe de que Mahoma es el enviado de Alá”. Se sostiene la igualdad de todos los hombres ante Dios y la fraternidad de todos los creyentes. Para comprender la afinidad entre el Islam y el judeocristianismo, vale recordar que –aunque no lo compartamos– Hilaire Belloc ha podido considerar a aquél dentro del panorama de las grandes herejías surgidas del cristianismo, con el título “La grande y duradera herejía de Mahoma”<sup>47</sup>.

21. 2. Las figuras de Jesús y Mahoma son muy disímiles y esto tiene grandes proyecciones jurídicas. Mahoma fue el fundador humano de una religión –que se reconocía pecador– y un hábil dirigente político; en el Islam la religión y la política forman una unidad inseparable. Se cuenta que, después de una de las últimas peregrinaciones, el Profeta dijo “Religión y Derecho son como las dos caras, convexa y cóncava, de una misma articulación”<sup>48</sup>. Aunque la cuestión es discutida, se afirma que entre las exigencias del Islam (profesión de fe, oración, limosna, ayuno y peregrinación) está también la guerra santa para la difusión de la fe. Pese a ciertos contactos en algunos momentos históricos, en el Islam no se encuentran las otras importantes raíces griegas y romanas (tampoco germanas) de Occidente.

El período occidental con el que el Islam posee más afinidad puede ser la Edad

47 BELLOC, Hilaire, “Las grandes herejías”, trad. Pedro de Olazábal, Bs. As., Sudamericana, 1966, págs. 61 y ss.; KONIG (dir.), “Cristo y las Religiones...” cit.

48 “El Islam no es sólo una fe. Es, consecuentemente, el derecho de toda su sociedad, acaso la única sociedad que vive bajo el imperio de una ley emanada de Dios” (ESTEVEZ BRASA, Teresa M., “Derecho Civil Musulmán”, Bs. As., Depalma, 1981, pág. 577). En el marco islámico suele decirse que la administración de justicia es una Ley de Dios y una práctica del Sagrado Profeta, que debe ser seguida (ESTEVEZ BRASA, op. cit., pág. 533).

Media. A diferencia de la dinámica occidental, la cultura fundada por Mahoma posee un fuerte sentido tradicional, pero ha podido adaptarse en cierta medida a algunos cambios en las circunstancias, sobre todo porque considera que la voluntad divina diferencia por su importancia las cuestiones inmutables de las mutables. La limitada comprensión de la dinámica histórica se muestra, por ejemplo, en que en principio se rechazan la prescripción y el préstamo a interés (que asimismo se condenaba en la Edad Media). Estas características, y el rechazo del negocio aleatorio, bloquean ciertos desarrollos capitalistas, como el mutuo y el seguro.

El Islam se basa más en las *obligaciones* que en los derechos; significa sentido social y no individualismo y se remite más a la igualdad que a la unicidad fuerte en Occidente. Pese a los avances que significó la limitación de los alcances de las posibilidades polígamicas, en general en el Derecho Musulmán no se conoce la igualdad de derechos de hombre y mujer; la plena capacidad jurídica la posee el musulmán varón y libre.

Al referirse al Islam, dice Mario G. Losano: “Nacido de una predicación dirigida al comerciante ciudadano y después al beduino guerrero...; subordinado a preceptos religiosos y, como éstos, inmutable; difundido en breve tiempo en un territorio que iba de Indonesia a España y de los Balcanes a Nigera del Norte, el Derecho islámico lleva en sí mismo una fractura incurable: su inadecuación a tiempos y a sociedades nuevas es incompatible con su intangibilidad. Sin embargo, pudo sobrevivir y extenderse gracias a la capacidad de convivir con otros Derechos y gracias al sistema de sus fuentes, que consiguió integrar en cierta medida las disposiciones coránicas aun sin innovarlas formalmente”<sup>49</sup>.

Los conflictos entre el Islam y Occidente e incluso Rusia, como parientes relativamente cercanos en lo físico e incluso lo doctrinario, han sido y son muy frecuentes. No obstante la relativa tolerancia que practicó a veces cuando estuvo en el poder, como ocurrió en España, las claves de la vida cultural del Islam pasan por una autoritaria realización de la santidad.

### c) *El Extremo Oriente*

22. 1. Al dejar el Islam, la recorrida comparativa pasa a otros marcos culturales cuyas bases y desarrollos son crecientemente diversos de los occidentales.

Aunque en el sistema del *Extremo Oriente* se trata sobre todo de dos áreas con diferencias significativas, la cultura *china* y la *japonesa* poseen rasgos en común diversos de los occidentales, como el fuerte enclave en la referencia a los *antepasados* y el rechazo de las soluciones conflictivas con relación a la justicia y la consideración de un *orden natural*. La desconfianza en el Derecho es importante: se dice que en China se afirmaba “proceso ganado, dinero perdido”.

A diferencia del enfoque teocéntrico que en algunas épocas tuvo la hoy relativamente

49 LOSANO, “Los grandes sistemas...” cit., pág. 232.

“flotante” cultura occidental y de la fuerte referencia a la divinidad que impera en el Islam, en el Extremo Oriente las raíces suelen alimentarse sobre todo del respeto a las generaciones anteriores y al cosmos. La *composición* de las tensiones sociales posee asimismo decisiva importancia y el *autorreproche* tiene gran desarrollo<sup>50</sup>.

En particular, en China las bases son más *morales y universales* y en Japón, pese a la originaria influencia china, se muestran en una religión *nacional y natural*. Al fin, el sintoísmo, religión nacional de Japón, posee caracteres sincréticos apoyados en creencias de los pueblos que poblaron antigüamente las islas. Mario G. Losano puntualiza que mientras la ideología imperial japonesa es esencialmente *nacionalista*, la ideología imperial China es *universalista*, como su moral, y pone a China misma –llamada precisamente Imperio Central– en el centro del mundo<sup>51</sup>.

La cultura china es más elástica, en tanto la japonesa es más rígida. Podría afirmarse que Japón es más culto en sentido estricto y China es más civilizada. El sentido práctico y la paciencia de la idiosincrasia china son generalmente reconocidos. Más que en la igualdad, en el Extremo Oriente y en especial en Japón se cree en cierto tipo de vinculación filial.

22. 2. Hoy las culturas del Extremo Oriente presentan diversamente el gran *interrogante* de saber cuál será el porvenir de los dos elementos coexistentes, de diferente despliegue capitalista en la economía y de cohesión social en las tradiciones. Sobre todo las tradiciones japonesas tienen a menudo sentido feudal.

Puede decirse que de lo que suceda en China, hoy partícipe de la Organización Mundial del Comercio, y simbólicamente en Shangai dependen muchas de las características del mundo del porvenir. El Centro Financiero Internacional de Shangai (más alto que las Torres Petronas de Malasia) puede llegar a ser un símbolo de una de las perspectivas de un nuevo mundo<sup>52</sup>. Sin embargo, los desequilibrios de la impresionante transformación, incluyendo las tensiones entre las zonas urbanas y rurales, son muy significativos.

#### *d) La India*

23. 1. En la búsqueda de orígenes comunes, quizás pueda señalarse entre partes de Occidente y la *India* tradicional la vieja raíz del *sánscrito*. En las bases indogermánicas se

50 Quizás en la propia Medicina haya un sentido de diferenciación entre la referencia alopática, que predomina en Occidente con Galeno, y la búsqueda del equilibrio pretendido en China (en cuanto a la Medicina china puede v. por ej. [http://www.salud.bioetica.org/medicina\\_china.htm](http://www.salud.bioetica.org/medicina_china.htm) –12-7-2006–).

51 LOSANO, “Los grandes sistemas...” cit., pág. 281.

52 Acerca de la torre más alta del mundo de Shangai, puede v. Shangai construirá la torre más alta del mundo en zona futurista, <http://www.propiedades.com.co/sector/noticias/shangai.htm> (27-11-2004). Algunos hablan, por otra parte, de la “resurrección de las Torres Gemelas” en Beijing (Inter. Press Service News Agency, CHINA: Las torres gemelas resucitarán en Beijing, Antoaneta Bezlova, [http://ipsenespanol.net/ataque/2709\\_6.shtml](http://ipsenespanol.net/ataque/2709_6.shtml) –17-7-2006–).

hallan algunas herencias remotas de la cultura occidental. La región subcontinental india, de cierto modo “paso” obligado entre dos grandes escenarios asiáticos, fue espacio de múltiples invasiones y de superposición de dominaciones; es un verdadero mosaico de culturas que incluso obligó en la descolonización a su división política, separando las zonas de predominio musulmán. Alejandro Magno llegó con sus conquistas hasta el Indo, logrando un recuerdo perdurable. El sistema que puede considerarse más específico de la zona es el del Derecho brahmánico hindú.

A través de su evolución trimilenaria la India ha estado muy penetrada por la religión y ésta es muy compleja y difícil de comprender. La “jerarquización” y el sincretismo de ideas incluso contradictorias como partes de la verdad en la que la complementación suele excluir a la evolución resulta una de las características del pensamiento de la India.

Uno de los patrones de unidad del complejo cultural específicamente indio, dotado de grandes diversidades internas, es el reconocimiento de la autoridad, aunque a veces puramente formal, de los Vedas, los más antiguos textos sagrados.

La politeísta religiosidad de la India incluye cierto panteísmo: todos los seres están en el dios Krisna, pero él no está en ellos. Domina la idea del periódico origen y aniquilamiento del mundo. Se combinan las creencias en el paraíso y el infierno y en la transmigración del alma y esta creencia, junto a las severas sanciones a las transgresiones, permite mantener una sociedad de castas que tal vez de otro modo, pese a la asunción de responsabilidades sociales por los estratos superiores, estallaría en la rebelión<sup>53</sup>. La importante proyección religiosa de la cultura hindú lleva a la marginalidad de la importancia del Derecho. También en la India tradicional predomina la noción de deber.

23. 2. En correlación con una de las crisis de la cultura tradicional surgió en el siglo V a. J. C. la igualitaria y caritativa religión budista, que tiene alcance universal pero logró limitada proyección en la India, en mucho por chocar con la estructura de castas.

La India tradicional e incluso el budismo poseen limitado sentido de dinámica histórica. En la senda de salvación budista del nirvana, cesa todo dolor, se ignoran las pasiones, los deseos y las faltas y se alcanza el reposo eterno.

#### *e) El África Negra y Madagascar*

24. El continente africano es una gran masa territorial dominada por la presencia ecuatorial, pero es escenario de áreas muy diferenciadas. Una es la mediterránea y del Nilo,

53 En las creencias de la religiosidad hindú las consecuencias de las acciones se experimentan ya en la vida terrena y después de la muerte en el paraíso y en el infierno, pero siempre puede quedar un saldo que motiva el renacimiento subsiguiente. El alma pasa por una serie de categorías (plantas, animales, hombres, espíritus, dioses, etc.), pero asimismo puede regresionar.

otra es la sudafricana y la más característica es la relativamente “central” del *África Negra* y de *Madagascar*, también dotada de caracteres relativamente disímiles, a la que aquí nos referiremos especialmente.

Las diversidades del África Negra y de Madagascar en cuanto a raíces históricas son muy significativas. La cultura tradicional del África Negra es en general “blanda”, como los ámbitos de las selvas e incluso de los terrenos áridos en que se desenvuelve, y uno de los datos significativos de la indefinición cultural es el frecuente desconocimiento de la escritura.

En el África Negra no hay a menudo delimitaciones precisas entre lo natural y lo sobrenatural y respecto de los individuos entre sí. Predominan las creencias en la presencia de espíritus, por ejemplo de los antepasados, en los mitos y en la magia. A diferencia de las culturas antropocéntricas o teocéntricas, se trata de una cultura difusamente cosmocéntrica.

En el nivel tradicional del África Negra los bienes pertenecían a las familias y a los clanes. Las mujeres no eran consideradas personas, de modo que no podían ser propietarias. Era la familia la fuente de su mantenimiento. La mujer era a menudo propiedad de su esposo; hoy la recepción de la posibilidad de la propiedad privada le ha significado a veces una desprotección, por no contar con los medios para su propia subsistencia.

Vale recordar, como ejemplo del sentido “sobrenatural” de la cultura africana negra tradicional, que si una mujer enviudaba y optaba por permanecer en la familia de su esposo muerto los hijos que tenía de otro hombre con quien cohabitaba solían ser atribuidos al esposo fallecido. El matrimonio no concluye necesariamente con la muerte del marido. No había en la zona importantes clases antagónicas y el trabajo era considerado algo natural; no se concebían con claridad ni el progreso ni la prescripción.

Las relaciones de esta zona fueron al principio muy limitadas. Las potencias europeas pensaron en primer término a la región como una fuente de aprovisionamiento de futuros esclavos y fue recién en el siglo XIX, sobre todo en sus últimas décadas, cuando se produjeron muy grandes tensiones por su reparto colonial. La introducción de elementos de la cultura occidental, desprovistos del contexto general que los sostuviera, provocó frecuentes condiciones de anomia e incluso contribuyó a que, dotados de instrumentos de muerte, pero no de los controles que resultan del resto de la cultura, los habitantes de la región practicaran matanzas impresionantes. La pobreza y la necesidad de refugio alcanzaron magnitudes asombrosas. Sin embargo, el descubrimiento de nuevos recursos naturales está modificando la situación que imperó en gran parte del siglo XX.





Este libro se terminó de imprimir en agosto de 2006  
en Acquatint Evolución Gráfica  
Alem 2254 - S2000FML Rosario - Santa Fe - Argentina  
e-mail: info@acquatint.com