

# **BASES PARA LOS REGIMENES DE JURISDICCION Y LEY APPLICABLE EN LA INTEGRACION DEL MERCOSUR (\*)**

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## **I. Ideas básicas**

1. La jurisdicción y la ley aplicable son perspectivas fundamentales en las relaciones jusprivatistas internacionales. Cada tipo de solución de la problemática de los casos jusprivatistas internacionales, más territorialista, extraterritorialista o “no territorializada” (1), significa un diferente sistema jurisdiccional y de ley aplicable. En definitiva, cada tipo de solución proyecta su sentido a todas las perspectivas de la materia. Así, por ejemplo, las soluciones territorialistas extremas del “Derecho Privado común”, que aplican la ley local indiscriminadamente a casos nacionales e internacionales, exigen un sistema de jurisdicción no dependiente de la autonomía de las partes y exclusivo del propio país cuya ley ha de aplicarse y llevan a restringir el auxilio judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias, las resoluciones administrativas y los laudos que no provienen del mismo país. En cambio, la extra-territorialidad limitada que constituye el núcleo del Derecho Internacional Privado, de modo que se aplica a cada caso el Derecho con el que resulta más vinculado, requiere un sistema jurisdiccional generoso pero no diluido, más auxilio judicial internacional y mayores posibilidades de reconocimiento y ejecución de los pronunciamientos extranjeros. Es por ese sentido sistemático que la no admisión del divorcio vincular en la ley 2.393 fue acompañada de nuestra jurisdicción exclusiva para los matrimonios domiciliados en el país, rígidamente defensora de la intervención argentina para resguardar esa indisolubilidad, y de proyecciones de orden público que restringían también las posibilidades procesales internacionales.

Por el contrario, un trámite de integración, como el que ahora encaramos en el Mercosur, requiere un sistema concordante, con pautas jurisdiccionales, de ley aplicable y de apoyo procesal adecuadas a la aproximación entre los países que significa la integración.

(\*) Comunicación presentada por el autor a las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(\*\*) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

**2. La integración** se sitúa en un nivel intermedio entre la mayor “distancia” cultural de la internacionalidad y la menor “distancia” de la constitución de un nuevo territorio común y como tal ha de ser resuelta. Las soluciones integradoras significan el surgimiento de una relativa territorialidad. Si la internacionalidad en sentido estricto significa **diferenciación**, la nueva territorialidad absoluta correspondería en cierto sentido a la “**Indiferencia**” y la integración muestra una disminución de la diferenciación, sin llegar a la indiferencia. Quizás sea útil decir que en la integración hay cierta “**asimilación**”. Los países partes de un proceso de integración no forman una unidad, pero son **relativamente intercambiables**.

La integración requiere una mayor **concreción** que la internacionalidad que, en cambio, está más difundida y es más “abstracta”. Los requerimientos de justicia que en lo internacional llevan a una mayor rigidez en la elección jurisdiccional y legal, aquí ceden en aras de lograr más **eficacia**. La intercambiabilidad y la eficacia necesitan más  **simplicidad**.

La integración significa, en profundidad, dinamizar la **justicia** con un aporte de **utilidad**, con el que se “acortan” las relaciones entre medios y fines, aunque la nueva dinámica no debe descuidar los requerimientos de **seguridad**.

Como todo fenómeno jurídico, la integración ha de plantearse con alcances **tridimensionales**, llegando a constituir de cierto modo, como lo indica la teoría trialista del mundo jurídico, un nuevo orden de repartos, un nuevo ordenamiento normativo y, al fin, un régimen más justo y humanista que el de los países integrados en particular (2). Análogamente a lo que ocurre en todo fenómeno jurídico, entre los graves riesgos de la integración están sus desviaciones sociologistas, normativistas o utópicas.

La integración ha de abarcar todos los **niveles** del mundo jurídico, constitucionales, legislativos, administrativos y judiciales, y ha de referirse a los diversos despliegues de la **temporalidad**, de pasado, presente y futuro. Existe cabalmente cuando se alcanzan, por ejemplo, una historia y una prospectiva comunes. En el sentido del pasado común se ha de brindar atención al reconocimiento de los derechos adquiridos.

**3. En el marco de nuestra materia, el despliegue de la problemática integradora ha de referirse a las cuestiones de la parte general y la parte especial del Derecho Internacional Privado.**

En cuanto a los problemas de la **parte general**, la integración debe reconocerse como un fenómeno relacionado con el Derecho Internacional Privado, pero diverso de él. Se trata, en nuestro caso, del **Derecho Comunitario Privado** (3), que puede valerse del Derecho Internacio-

(2) Respecto de la perspectiva tridimensional, sobre todo en la versión de la teoría trialista del mundo Jurídico, pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs.As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs.As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

(3) Acerca del Derecho Comunitario en general pueden v. por ej. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, “Manual de Derecho de la Comunidad Europea”, 2a. ed., Madrid, Trívium, 1990; “Répertoire de Droit Communautaire”, publicado bajo la dirección de Christian GAVALDA, Robert KOVAR, Joël BÉCAMP y Annick BERNARD, París, Dalloz, 1992 (y actualización hasta 1993); TALLON, Denis, “Communautés Européennes (Droit)”, en “Répertoire de Droit International”, publicado bajo la dirección de Ph. FRANCESCAKIS, París, Dalloz, t. I, 1968, págs. 390 y ss.

nal Privado e incluso del Derecho Privado Internacional, pero al fin no es puramente "internacional".

Con referencia a los **métodos constitutivos** de la materia, la integración desplaza en parte los fundamentos del método indirecto y sus secuelas, el método analítico analógico (o analítico privatista) y el método sintético judicial. En la integración gana legitimidad el método directo pero, con un sabio criterio (no siempre expresado con terminología precisa), la Comunidad Económica Europea adopta la finalidad de aproximar las legislaciones nacionales **en la medida necesaria** al funcionamiento del Mercado común (4).

Respecto de las **fuentes**, la integración requiere la uniformación del Derecho de fuente interna, básicamente del Derecho Internacional Privado pero también del Derecho Interno, e incluso la elaboración de tratados y la producción de derecho derivado que unifiquen los dos niveles del Derecho, el internacional y el interno. Es más, en la integración avanza la legitimidad de las sentencias dictadas como soluciones materiales para los casos internacionales. La integración depende en mucho de la intervención judicial, de modo que adquiere especial relieve el problema **jurisdiccional**, a resolver con criterios que aseguren el acceso a tribunales eficaces para todas las partes. También necesita un fuerte desarrollo contractual.

Quizás pueda sostenerse que de cierto modo en la integración es más legítimo que el problema de la **questión previa** sea resuelto en términos de jerarquización, ya que -como hemos señalado- la asimilación entre los países debilita los fundamentos del método analítico analógico que llevan a la equivalencia de los problemas concatenados.

En la medida que se vale legítimamente más de la autonomía de las partes, la integración disminuye la configuración y el rechazo **del fraude a la ley**. La mayor movilidad comunitaria exige poner especial cuidado en la solución del problema del "**cambio de estatutos**", que adquiere particular relieve, y -en cambio- el fenómeno integrador genera un clima hostil a la complejidad de la problemática del **reenvío**. La integración conduce a disminuir las barreras del **orden público**.

Con referencia a la **parte especial** y en cuanto a los puntos de conexión en particular, los procesos de integración suelen significar la necesidad de una relativa "**superficialización**" de los contactos, de cierto modo porque se piensa que los Derechos son de alguna manera intercambiables. Esto quiere decir, por ejemplo, que entre los puntos de conexión personales el domicilio puede ser reemplazado por la "**residencia habitual**"; entre los conductistas gana espacio la autonomía conflictual y entre los puntos de conexión reales la atención al lugar de situación tiende a ser reemplazada por el lugar de registración.

**4.** Las características señaladas de asimilación, concreción y eficacia en la integración exigen mayor **uniformidad** en las soluciones y mayor **autonomía** de las partes en cuanto a jurisdicción y a ley aplicable -incluso con proyecciones arbitrales y de autonomía material-; más auxilio procesal y mayores posibilidades de reconocimiento y ejecución extraterritoriales de los pronunciamientos judiciales, administrativos y arbitrales. Dado el tema de esta Comisión, hay

(4) V. TALLON, op. cit., pág. 420.

que desarrollar las exigencias integradoras de uniformidad, autonomía y eficacia acerca de la jurisdicción y la ley aplicable.

## II. La jurisdicción y la ley aplicable en el Mercosur

5. Las reglas de jurisdicción y ley aplicable en el Mercosur son diversas, al punto que hasta el presente estamos lejos de contar al respecto con una comunidad en el marco jusprivatista. Si bien resultan especialmente relevantes las normas de los Tratados de Montevideo de 1939-1940 -que vinculan a tres de los países del Acuerdo- e incluso cabe tomar en consideración las convenciones de las CIDIP -muchas ratificadas por Argentina, Paraguay y Uruguay- es muy significativo el apartamiento en que respecto de ambas obras colectivas se encuentra todavía Brasil (5).

Si bien Argentina, Paraguay y Uruguay tienen sus propios criterios particulares, las posiciones de los tres países han coincidido significativamente en los **Tratados de Montevideo de 1939-40**, de modo que cuando los casos corresponden al marco tripartito deben resolverse según ese Derecho convencional. En cambio, en las relaciones de estos países con Brasil han de imperar las reglas de **fuentes internas**.

El estudio con miras a la asimilación integradora de los cuatro países podría encararse tomando en cuenta las bases de dichos Tratados y del Derecho de fuente interna brasileño. Trabajar con los Tratados de Montevideo no significa desconocer que por "debajo" de ellos pueden existir otras posibilidades de coincidencia, principalmente en base a criterios positivizados en algunos países de la región, que pueden hacer más viable el acuerdo y, para mostrar esta otra vía, señalaremos algunos puntos en común del Derecho de fuente interna brasileño con el argentino. No hay que desconocer que algunas soluciones de los Tratados de Montevideo son poco afines con las características del Derecho Comunitario Privado.

Aunque hay coincidencia básica de los Tratados y el Derecho brasileño en cuanto a cierto alcance de la jurisdicción del domicilio del demandado y en la aplicación de la ley domiciliaria, existen algunas discrepancias relevantes. Presentaremos varios casos, especialmente vinculados al carácter civil de estas Jornadas.

Según el artículo 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1939-40 las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio, aunque podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado; conforme al artículo 64 las acciones reales deben ser deducidas ante los jueces del

(5) Acerca de las reglas básicas del Derecho Internacional Privado brasileño v. por ej. "Código Civil", São Paulo, Riedel, 1991; VALLADAO, Haroldo (Professor), "Direito Internacional Privado", Rio de Janeiro, Freitas Bastos (eds. vs.); CASTRO, Amílcar de, "Direito internacional privado", 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, esp. págs. 105 y ss.; TENORIO, Oscar, "Direito internacional privado", 11a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, esp. t. I, págs. 83 y ss.; STRENGER, Irineu, "Direito International Privado", 2a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, esp. págs. 54 y ss.  
Respecto de la obra de la CIDIP y la participación de los países del Mercosur, v. por ej. KALLER DE ORCHANSKY, Berta, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado" con la colaboración de Adriana Dreyzin de Kior y Amalia Uriondo de Martinoli, Bs.As., Plus Ultra, 1991, págs. 32 y ss.; BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", Bs.As., Depalma, 1988, esp. t.III; GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988.

lugar en el cual existan las cosas sobre las que recaigan. De acuerdo con el artículo 12 de la Ley brasileña “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. ... 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.”

De acuerdo con el Tratado (art.1) “La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio.” A su vez, el art.7 de la Ley de Introducción al Código Civil Brasileño dice “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

Pese a la coincidencia básica domiciliaria, cabe recordar que el artículo 13 del Tratado somete la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo a la ley del lugar de celebración, dejando a salvo la posibilidad de no reconocimiento de los matrimonios en que hubiesen mediado los impedimentos que se especifican de falta de edad, parentesco, crimen o ligamen. En cambio, el artículo 7 de la Ley brasileña expresa: “1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. ... 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes. ... 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicilio conjugal.”

Pese a cierta coincidencia domiciliaria en cuanto a los efectos personales del matrimonio, el Tratado establece que las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal (artículo 16), en tanto la Ley brasileña dice en la regla fundamental respectiva, contenida en el párrafo 4 del artículo 7 “O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à do primeiro domicilio conjugal.”

En materia de bienes hay una coincidencia básica en cuanto a la aplicación de la ley del lugar de su situación, surgida respectivamente de los artículos 32 del Tratado y 8 de la Ley. Sin embargo, ésta agrega: “1º Aplicar-se á lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares. ... 2º O penhor regula-se pela lei do domicilio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenizada.” En este caso, por ejemplo, cabe tener en cuenta la proximidad de la norma brasileña con la del artículo 11 de nuestro Código Civil.

De acuerdo con el artículo 44 del Tratado la sucesión se rige por la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte del causante. En cambio, conforme al artículo 10 de la Ley brasileña “A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. ... 1º A vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que não lhes seja mais favorável a lei do domicílio. ... 2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.” También aquí hay una mayor afinidad con nuestro Derecho de fuente interna.

En base al artículo 37 del Tratado los contratos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento, solución que guarda afinidad con el rechazo genérico de la autonomía contenido en el artículo 5 del Protocolo Adicional. En este caso, la solución de los Tratados es claramente diferente de las características que ha de tener un Derecho Comunitario. En cambio, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley brasileña, que no excluye la autonomía de las partes (6), “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se a lei do país em que se consitufrem.” y -es legítimo recordarlo- en nuestro Derecho de fuente interna el artículo 1.205 del Código Civil contiene, sin perjuicio de la consagración consuetudinaria de la autonomía, una disposición análoga a la brasileña (que ha de sistematizarse, sí, con los artículos siguientes).

Una referencia muy especial con miras a la elaboración de las posibles fuentes del Derecho Comunitario Privado del Mercosur corresponde al **Derecho de las Comunidades Europeas** (7).

De modo particular cabe tener en cuenta el Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales que, con sus recursos básicos a la autonomía de las partes y a la ley del país con el que el contrato posea vínculos más estrechos, evidencia las características del Derecho Comunitario señaladas precedentemente (8).

El camino del Derecho Comunitario Privado no es fácil, basta recordar que al comentar la entrada en vigor del Convenio de Roma, el 1º de abril de 1991, Paul Lagarde recordaba que fueron necesarios diez años para elaborar el instrumento y también se necesitaron muchos años para su entrada en vigor (9). Tampoco hay que suponer que el imprescindible desarrollo del Derecho Comunitario Privado signifique prescindir de otras vías de acuerdos entre los Estados, como serían en nuestro caso las CIDIP o la Conferencia de La Haya (10).

**6.** Estimamos asimismo conveniente que los estudios que vienen realizándose con miras al desarrollo del Derecho Comunitario Privado se complementen con **Jornadas Comunitarias de Derecho Civil** y que se constituyan, con urgencia, todos los **órganos judiciales** y de colaboración jurisdiccional que requiere el proceso integrador, incluso a niveles provinciales.

(6) V. VALLADAO, op. cit., t. I, 4a. ed., 1974, págs. 353/354; t.II, 2a. ed., 1977, págs. 184/185.

(7) Pueden v. por ej. FERNANDEZ ROZAS, José Carlos - SANCHEZ LORENZO, Sixto, "Curso de Derecho Internacional Privado", Madrid, Clívitas, t. I, 1991, esp. págs. 227 y ss. y las informaciones que respecto al tema suele brindar la "Revue critique de droit international privé".

(8) Pueden c. v. gr. GONZALEZ CAMPOS, Julio D. - FERNANDEZ ROZAS, José Carlos - CALVO CARAVACA, Alfonso L. VIRGOS SORIANO, Miguel - AMORES CONRADI, Miguel A. - DOMINGO LOZANO, Pilar, "Derecho Internacional Privado - Parte especial", Madrid, Centro Ramón Carande, 1993, págs. 195 y ss.; LAGARDE, Paul, "Le nouveau droit International privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", en "Revue..." cit., t.80, págs. 287 y ss.

(9) LAGARDE, op. cit., págs. 288/289. V. además FERNANDEZ ROZAS - SANCHEZ LORENZO, op. cit., págs. 245/246.

(10)V. por ej. FERNANDEZ ROZAS - SANCHEZ LORENZO, op. cit., págs. 243/244.

# **COMPRENSION TRIALISTA DEL DERECHO DE FAMILIA (\*)**

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

**1.** La idea de familia, cambiante según las circunstancias, tiene características básicas de **analogía, de afinidad y de intimidad**. Esa analogía, esa afinidad y esta intimidad pueden ser graduales, al punto tal que desde el grupo más reducido de dos personas es posible alcanzar, por ejemplo, a la “familia humana”. Aunque tiene muchas otras perspectivas, económicas, religiosas, etc., la familia es también siempre un fenómeno jurídico y en este sentido corresponde centrar nuestro estudio.

**2.** Desde el punto de vista **jurístico sociológico** (1), la familia puede constituirse con bases más **naturales** (de sexo, reproducción, sucesión de generaciones, etc.), de **influencias humanas difusas** o del **azar**, es decir con “**distribuciones**” que dan más curso al valor espontaneidad, o con el obrar **consciente** de seres humanos determinables, es decir con “**repartos**” que realizan en mayor medida el valor conducción. Es evidente que durante milenios se ha considerado a la familia sobre bases de datos fundamentales de la naturaleza y también de influencias humanas difusas e incluso de juego del azar, pero hoy, desde la figura tradicional de la adopción hasta otras de cierto modo revolucionarias como la familia homosexual o las innovaciones de la ingeniería genética se abren grandes marcos de conducción.

La familia es tradicionalmente un gran enclave de **realización del valor poder**, ejercido dentro de ella y a través de ella. Todos conocemos en el mundo familiar fenómenos de repartos autoritarios, en los que se realizan el valor poder en sentido estricto o el valor homónimo “**autoridad**” -que es poder encaminado a la justicia-, sea que los satisfagan el padre, la madre, los hijos, etc., pero también es dado reconocer que a través de la organización familiar, al hilo del control de los rasgos más profundos del ser humano como son los de su vida sexual y su vida afectiva, se ejerce otro gran poder a menudo difuso.

(\*) Ideas básicas de la exposición del autor en el Curso de Formación Superior en Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

(\*\*) Investigador del CONICET. Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico en que se basa la exposición pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; “Estudios Jus-filosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976.

Lo recién expuesto no ha de llevarnos a ignorar que la familia es también un gran marco de posibilidades de acuerdos, o sea de repartos autónomos realizadores del valor **cooperación**, al punto que si se quiere imaginar un régimen apoyado exclusivamente en dicha clase de repartos ese orden tendría mayores posibilidades dentro de una organización familiar. La afinidad facilita el acuerdo.

Uno de los grandes interrogantes que abre el Derecho de Familia es el de la medida en que ha de desarrollarse de manera **planificada**, o sea de modo descendente que, al estar en marcha, realiza el valor previsibilidad, o por **ejemplaridad**, al hilo de la razonabilidad de los propios protagonistas, que satisface el valor solidaridad. En Argentina la organización vertical de la familia perdió una de las grandes batallas cuando la ley tuvo que admitir el divorcio vincular. Sin embargo, siempre cabe observar en qué medida la razonabilidad obedece a valoraciones que nacen de la propia vida familiar o se origina en factores externos, a veces por ejemplo en las decisiones de las grandes empresas. Nuestro tiempo, que se considera en gran medida organizado por vía democrática de ejemplaridad, es en mucho decidido por la planificación de las grandes empresas impuesta a través de los medios de comunicación de masas.

La familia es un orden que está interrelacionado en gran medida con el **orden general**, al que en muchos casos representa. Así, por ejemplo, las características familiares suelen proyectarse al orden general, al punto que suele hablarse de la familia como célula de la sociedad. En general, la familia es un factor de conservación del régimen, al punto que quienes la consideran con importancia muy decisiva suelen oponerse a los cambios más profundos.

Es importante tener en cuenta que la familia ha resultado **limitada** en sus posibilidades por el desarrollo de la “sociedad civil”, pero también son importantes los límites que se imponen a la conducción en el área familiar. Así, por ejemplo, son evidentes los límites físicos, como v.gr. lo son para las parejas heterosexuales los diversos sexos. En el aspecto psíquico vale tener en cuenta que una familia cabal no puede construirse sino sobre el amor de los protagonistas y a menudo el odio provoca obstáculos insalvables. Es en este marco donde se mueven, por ejemplo, los límites a los regímenes de visitas de los padres separados o divorciados a sus hijos, sobre todo en razón de que el odio entre ellos se ejercita en agresiones a través de los hijos. La existencia del grupo familiar, por ejemplo en su solidaridad, es un límite sociopolítico frente a las pretensiones internas y externas que quieran ignorarlo. También existen, v.gr., límites socioeconómicos, ya que por ejemplo una familia con escasos o excesivos recursos suele terminar siendo mal avenida.

3. Desde el punto de vista **jurístico normológico** es importante reconocer la importancia relativa que deben tener en el Derecho de Familia las **normas generales**, referidas a sectores sociales futuros y realizadoras del valor predecibilidad y las **normas individuales**, acerca de sectores sociales pasados, a las que es inherente el valor inmediatez. Esto se conecta estrechamente con los papeles de las **leyes** y de las **sentencias**, que suelen ser fuentes formales de normas generales e individuales. Si bien la estructura social suele requerir que las soluciones familiares estén consagradas en normas generales por vía legal, las importantes particularidades de los casos de la vida de cada familia exigen con frecuencia un amplio juego para las normas individuales y para las sentencias. La pretensión exegética de limitar al juez mediante el razonamiento silogístico es en general insostenible, pero lo es con especial intensidad en el Derecho de Familia.

Dada la profundidad de los temas, la **interpretación** de las normas de Derecho de Familia suele requerir especial atención para no descuidar los fines de sus autores. La complejidad y particularidad de los problemas familiares exige a veces que las normatividades queden sometidas a posterior **determinación**. Es asimismo posible que en esta rama jurídica se produzcan importantes **carencias dikelógicas** y, pese a que la familia se ha desenvuelto por cauces relativamente conocidos que limitaban los casos de **carencias históricas**, hoy se están produciendo grandes carencias de esta clase, sobre todo en cuanto a las nuevas posibilidades científico-técnicas abiertas por la ingeniería genética, carencias a las que poco podrá aportar la autointegración. La **aplicación** de las normas del Derecho de Familia, que suele hacerse sobre lo más profundo de las personas (podría decirse en su “carne viva”) requiere especial consideración. ¿Cómo puede aplicarse el constreñimiento personal para asegurar un régimen de visitas? ¿Podrá ejercerse la fuerza pública por ejemplo sobre los padres o los hijos sin dañar profundamente a esos y otros miembros del grupo familiar?

Aunque las normas tradicionales del Derecho de Familia han tenido fuerte sentido **institucional**, con roles consagrados por milenios, en nuestro tiempo, de la **negocialidad**, hay importante penetración consensual, al punto que se busca incluso establecer negocialmente los roles de esposo y esposa y de padre e hijo, a través de contratos nupciales, uniones homosexuales, cesión de vientres y de esperma, etc.

4. Desde el punto de vista **jurístico dikelógico** (y en general de los valores) suele reconocerse tradicionalmente que la familia es marco de especial desarrollo de los **valores naturales**, en tanto los **valores fabricados** tienen menos significación. Sin embargo, nuestro tiempo de expansión de los valores fabricados, a menudo falsos porque se contraponen a los valores naturales, también presenta esa característica en el ámbito familiar. Los valores fabricados de la sociedad de consumo tienen en este sentido gran proyección.

Es común advertir que la familia se constituye sobre todo en la realización del valor **amor**, aunque también hay una antigua apreciación de sus significados como enclave de la **salud**, en el cuidado recíproco; de la **santidad**, llegando a hablarse de ella como una institución religiosa básica; de la **utilidad**, satisfecha a través de las actividades económicas de producción, distribución y consumo, etc. En relación con estas realizaciones se plantea la satisfacción del valor **justicia**, al punto que si ellas fracasan la justicia se hace casi imposible.

En nuestro tiempo, los soportes tradicionales de amor, salud, santidad, utilidad, etc. se han debilitado y a menudo han quedado reducidos a superficiales despliegues de la utilidad en el sentido del **placer**, de modo que todos los roles familiares son replanteados en términos hedonísticos. Antes en el Derecho de Familia se trataba de una difícil justicia acerca del amor, la salud, la santidad y la utilidad en sentido fuerte, pero en nuestros días hay en gran medida una difícil conversión con miras a una justicia marginal respecto de la utilidad débil de los placeres. Como los placeres son muy **diversos e inestables** la familia adquiere correspondientes caracteres de diversidad e inestabilidad. Creemos que los placeres son muy significativos para la vida plena y que tenemos no sólo el derecho sino el deber de ser felices también a través de ellos, pero además entendemos que la familia requiere un encauzamiento particularmente profundo del placer, sobre todo en términos del amor.

Los valores de amor, salud, santidad, utilidad y justicia que hemos referido deben **integrarse** entre sí y **contribuir**, hacia arriba, con el valor **humanidad** (el deber ser cabal de

nuestro ser) y hacia abajo con los valores jurídicos inferiores, algunos de los cuales señalamos con anterioridad. En cambio, hay que evitar que estos valores se falsifiquen y unos secuestren el material estimativo que corresponde a los otros, sea por arrogación del material de unos valores por otros del mismo nivel, por inversión de los valores superiores o por subversión de los valores inferiores. Si la falsificación axiológica siempre es grave, lo es con particular significación cuando afecta a uno de los pilares de la vida, como es -por lo menos hasta ahora- la familia.

En la familia se evidencia con gran notoriedad la **pantomomía** de la justicia (pan=todo; nomos=ley que gobierna), con sus complejas referencias al **pasado, el presente y el porvenir**. En ella confluyen los distintos momentos del tiempo a través de las diversas generaciones. Hay comprensiones de la familia más referidas al pasado, como la que ha caracterizado a los Derechos del Extremo Oriente y otras más remitidas al porvenir y al presente, como la del Derecho Occidental; en unas el centro de gravedad está en las generaciones pasadas y en los ancianos, en otras en las generaciones nuevas y del futuro o -cada día más- en las generaciones actuales. Al hilo de la pantomomía de la justicia familiar se hacen muy evidentes otras influencias, por ejemplo, del complejo personal, reflejado en una empresa vital común a la que todos contribuyen; del complejo real, de modo que no son admisibles, v.gr., los formalismos, y de las consecuencias, al punto que a menudo se busca favorecer o perjudicar a unos a través de otros. Según ya señalamos, son frecuentes, por ejemplo, las agresiones entre los integrantes de parejas mal avenidas a través de los hijos, los padres, etc.

La familia se ha caracterizado por el predominio tradicional de ciertas vías para el descubrimiento de la justicia (**clases de justicia**) que ahora han cedido y van cediendo ante el avance de otras. Tradicionalmente la familia ha sido resuelta en términos de justicia extraconsensual, con acepción (consideración) de personas, asimétrica, dialogal y espontánea, pero ahora avanza la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica (sobre todo por la simetrización a través de la moneda), monologal (en términos de la única razón utilitaria) y commutativa. En sus orígenes la familia se desarrolló según la justicia parcial y sectorial, aunque luego crecieron los sentidos de justicia gubernamental e incluso integral. En su orientación tradicional la familia se ha constituido en cauces de justicia de participación, absoluta y general (de bien común familiar) mas hoy hay avances de la justicia de aislamiento, relativa y particular.

La legitimación tradicional de los **repartidores** familiares se apoya principalmente en la **superioridad moral** y, sobre todo en cuanto al saber, de las viejas generaciones (es decir en la aristocracia), pero es muy difícil que pueda alcanzar a las decisiones que jueguen la vida misma de los interesados. Además, con la aceleración del cambio histórico esa superioridad se ha deteriorado al punto de casi no quedar más títulos de legitimidad que la **autonomía** surgida del acuerdo de los propios protagonistas. Vale recordar que de no mediar la legitimación aristocrática o autónoma sólo resta el mero carácter de repartidores antiautónomos o de facto que a veces tienen los repartidores familiares.

Aunque siempre cada **recipiendo humano** cuenta con sus propios merecimientos, el amor familiar permite que fácilmente unos reciban a través de los otros. En el marco de la familia se adjudican **potencias e impotencias** que tienen jerarquía altamente repartidora, pero también pueden adjudicarse otras muy injustas. Así, en el campo de la vida familiar se da vida, se brinda compañía, se atribuye propiedad, se produce a menudo creatividad, etc., pero también se puede quitar la vida (v.gr. según decisiones de aborto) y penetrar en la persona con irrusiones en su intimidad, con la explotación económica, con la inmersión en la rutina, etc. Aunque normalmen-

te la familia es un ámbito de "audiencia" de los otros, favorable a las formas justas del proceso y la negociación, las tensiones que pueden producirse en su seno suelen hacer especialmente difíciles dichas vías de proceso y negociación, resultando de este modo altamente fundada la existencia de tribunales y procesos especiales.

Según es requisito general de la justicia, también respecto de la familia el régimen ha de ser **humanista**, o sea ha de tomar al hombre como fin y no como medio. Aunque entre adultos siempre debe desarrollarse el humanismo **abstencionista**, las diferencias generacionales suelen dar tanto espacio legítimo al humanismo **intervencionista** que éste es llamado también paternalismo. Como en todo caso de humanismo intervencionista, es fácil que éste se desbarranke en el totalitarismo, que toma al hombre como medio del conjunto. Por su parte, el abuso del humanismo abstencionista puede desviar hacia el individualismo en que unos hombres son tomados como medios de los otros. Pese al despliegue tradicional del paternalismo y a los desvíos de entonces hacia el totalitarismo, cada día más la justicia familiar es concebida en términos de abstencionismo y se está próximo al individualismo.

La idea de "familia" es en sí especialmente afín a los requisitos de respeto a la **unicidad**, la **igualdad** y la **comunidad** que ha de satisfacer un régimen humanista, pero en nuestra época la comunidad se halla con frecuencia en crisis. Para ser humanista el régimen ha de ser **tolerante**, permitiendo la propaganda de todas las ideas para que los hombres puedan optar por verdades de fe o de razón y ha de excluir el clima de autoridad, en que se cree en la verdad pero se pretende imponerla y el clima de indiferencia, en que se abandona la posibilidad de la verdad. Es especialmente significativo asegurar que en la familia haya un clima de tolerancia, evitando las frecuentes desviaciones al clima de autoridad, pero hoy es posible reconocer el avance de la indiferencia.

La familia es un importante instrumento para la **protección** del individuo contra los demás individuos, el régimen en su conjunto, el propio individuo y todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.), mas también urge evitar que la familia sea marco de la agresión de unos individuos contra otros. En nuestro tiempo de crisis familiar esa protección es muy claudicante.

5. Pese a su especial vinculación con la idea del **Derecho Privado** (caracterizado en última instancia por las exigencias de justicia particular), el Derecho de Familia es también una **rama jurídica** de cierto modo próxima al Derecho Público (signado en definitiva por los requerimientos de la justicia general). Aunque es sobre todo una **parte del Derecho Civil**, en realidad el régimen de la familia abarca un complejo de ramas jurídicas, al punto que su consideración requiere un planteo de **Teoría General del Derecho**, entendida como estudio del "sistema jurídico" en su conjunto (2).

(2) Acerca de la familia y el Derecho de Familia pueden c. por ej. BELLUSCIO, Augusto César, "Derecho de Familia", Bs. As., Depalma, 1974 y ss.; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil - Familia", 6a. ed., Bs. As., Perrot, 1977; CICU, Antonio, "El Derecho de Familia", trad. Antonio Sentís Meléndez, Bs. As., Ediar, 1947; MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "Derecho de Familia", con la colaboración de Marta Loredo y Jorge Ricardo Videla, 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983; ZANNONI, Eduardo A., "Derecho Civil - Derecho de Familia", reimp., Bs. As., Astrea, 1981; también por ej. CAVAN, Ruth Shonle, Omeba, Bs. As., 3a. ed., 1963.

**6.** En el horizonte del **Derecho Comparado** se advierte que la problemática familiar es muy diversa según los sistemas jurídicos de que se trate. En el sistema “*occidental*” **euronorTEAMERICANO** se discuten principalmente temas como los de las uniones homosexuales y la ingeniería genética; en **América Latina** hay todavía fuerte preocupación por alcanzar al fin la equiparación de los sexos; en el **Extremo Oriente** importa la tensión entre la familia tradicional (por ej. la “casa” japonesa) y la introducción de los modelos nucleares de tipo occidental y en **Africa Negra** se encara el conflicto entre la familia tradicional, amplia en sus alcances, fuertemente cohesionada y con gran dependencia de la mujer, y la influencia occidental limitadora, relativamente disolvente y equiparadora(3).

**7.** En el marco político general (del que el Derecho o política jurídica es una de las ramas), la solución de los problemas de la familia supone que el Derecho se integre de manera amplia con otras ramas del mundo político, como la **política económica**, la **política sanitaria**, la **política religiosa**, la **política educacional**, etc.

(3) Puede v. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (dir.), "Regards sur le droit de la famille le monde", Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1991.

# DOS NUEVAS CONVENCIONES DE LA CIDIP (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

Como estaba previsto, del 14 al 19 de marzo de 1994 sesionó en la ciudad de México la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. En el curso de la reunión se aprobaron la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Sin perjuicio de las consideraciones que dichas convenciones merecerán en el porvenir, creemos oportuno dar una somera reseña de sus contenidos y hacer algunas observaciones al respecto.

## I

La Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos tomó como base el proyecto preparado por la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional celebrada en Tucson, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993. A su vez, guarda importantes afinidades con la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de las Comunidades Europeas de 1980 (Convención de Roma) (1) e incluso con la Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (ley 23.916 - ADLA, LI-B, págs. 1703 y ss.).

La Convención abarca un preámbulo y seis capítulos: I - Ambito de aplicación, arts. 1 a 6; II - Determinación del Derecho aplicable (arts. 7 a 11); III - Existencia y validez del contrato (arts. 12 y 13); IV - Ambito del Derecho aplicable (arts. 14 a 18); V - Disposiciones generales (arts. 19 a 24) y VI - Cláusulas finales (arts. 25 a 30).

El preámbulo de la Convención reconoce los ideales de desarrollo progresivo y codificación del Derecho Internacional Privado, de armonización de las soluciones del comercio

(\*) Notas para una clase en el curso de Derecho Internacional Privado Profundizado de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

El autor agradece la valiosísima colaboración del profesor doctor Gualberto Lucas Sosa quien, al remitirle la documentación respectiva, hizo posible la preparación de este trabajo. Sirva el mismo de homenaje a su alta calidad académica y humana.

(\*\*) Investigador del CONICET. Director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado.

(1) V. "Revue critique de droit International privé", t.80, n°2, avr-jul 1991, págs. 416 y ss.

internacional y de integración regional y continental, buscando con miras a este proceso la remoción de las diferencias del marco jurídico de la contratación internacional.

El artículo 1 establece que se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. El artículo 2 indica que el Derecho designado por la Convención se aplicará también cuando tal Derecho sea el de un Estado no Parte. De acuerdo con el informe del relator de la Comisión, profesor Louis Perret (de Canadá), la Comisión acordó que el concepto de contratos internacionales a que se refieren los arts. 1 y 3 incorpora las declaraciones unilaterales de voluntad. El artículo 4 de la Convención dispone que a los efectos de la interpretación y aplicación de la Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

El artículo 5 excluye del marco de la Convención las cuestiones de estado civil y capacidad, las obligaciones que tuvieran como objeto principal cuestiones sucesorias y de familia, las obligaciones provenientes de títulos de crédito y de la comercialización de títulos en los mercados de valores, los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro y las cuestiones de derecho societario. Según el artículo 6 la Convención no se aplicará a los contratos que tengan una regulación autónoma en el Derecho convencional internacional vigente entre los Estados.

El artículo 7 consagra la autonomía de las partes para elegir el Derecho aplicable. El acuerdo debe ser expreso o desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable. Según el artículo 8, las partes podrán cambiar el Derecho aplicable, pero la modificación no afectará la validez formal del contrato ni los derechos de terceros.

De acuerdo con el artículo 9, no mediando ejercicio eficaz de la autonomía de las partes el contrato se regirá por el Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el Derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos y también tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales, entendiéndose en la Comisión, según el informe del relator, que este concepto incorpora todos los elementos de la "lex mercatoria". Incluso, si una parte del contrato fuera separable del resto y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a dicha parte.

Según el artículo 10, además de lo ya dispuesto se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

De acuerdo con el artículo 11 se aplicarán, no obstante, las disposiciones del Derecho del foro cuando tengan carácter imperativo e incluso, a discreción del foro, cuando lo considere pertinente, se aplicarán las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

Según el artículo 12, la existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del Derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme con el capítulo segundo (arts. 7 a 11). Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el Derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.

De acuerdo con el artículo 13 un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige dicho contrato según la Convención o con los fijados en el Derecho del Estado en que se celebre o con el Derecho del lugar de su ejecución. A su vez, si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será formalmente válido si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige según la Convención en cuanto al fondo o con el Derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el Derecho del lugar de su ejecución. Las indicaciones favorables a la validez formal del contrato que remiten al Derecho del lugar de ejecución surgieron del trabajo en Comisión.

El artículo 14 indica que el Derecho aplicable regulará principalmente la interpretación del contrato, los derechos y las obligaciones de las partes, la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento, los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluyendo la prescripción y la caducidad de las acciones y las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. Conforme al artículo 16, el Derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.

Según el artículo 17, se entenderá por Derecho el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes y, de acuerdo al artículo 18, el Derecho designado por la Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

Conforme al artículo 20, la Convención no afectará la aplicación de otros convenios Internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

Como es habitual, se cumple en contemplar, en diversos artículos, las situaciones de los Estados con diferentes sistemas jurídicos territoriales. También de acuerdo con el criterio habitual, el artículo 28 establece que la Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación o el trigésimo día a partir del depósito de los sucesivos instrumentos de ratificación o adhesión.

Entendemos que pese a algunas observaciones de detalle, como la posibilidad desaprovechada de simplificar el artículo 13 mediante una redacción única que abarcara los dos párrafos y la discutible referencia “mínima” al Derecho interno, que conduce a la exclusión de todo reenvío, la Convención refleja adecuadamente el sentido de las soluciones contractuales en un marco de relativa integración y de practicidad, en que el Derecho Internacional Privado clásico

va siendo reemplazado por el Derecho Privado Internacional e incluso el Derecho Privado de la Integración (2). Es en este sentido que se comprenden, por ejemplo, el pasar por sobre los puntos de conexión más abstractos refiriéndose con sentido más concreto al Derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos o, incluso, el rechazo del reenvío.

Pese a que la cuestión es discutida, a nuestro parecer es acertado el segundo párrafo del art. 12 en cuanto dispone que para establecer que una parte no ha consentido debidamente se determinará el Derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte y no atendiendo al contacto según el cual se rigen la existencia y la validez del contrato o de sus disposiciones y la validez sustancial del consentimiento respecto a la elección del Derecho aplicable.

Con la presente Convención se presenta una vez más la importante cuestión acerca de la conveniencia de dejar abiertas diversas vías, por ejemplo de las Conferencias Interamericanas y de la Conferencia de La Haya, en las que suelen elaborarse acuerdos de contenidos muy semejantes, o unificar los cauces respectivos (3). A nuestro parecer, resultaría conveniente el mantenimiento de los dos cursos, ya que las realidades americanas y sobre todo latinoamericanas pueden tener particularidades significativas.

## II

La Convención sobre Tráfico Internacional de Menores tomó como base el Relatorio del Grupo de Expertos sobre Tráfico Internacional de Menores reunido en Oaxtepec (Morelos), México, del 13 al 17 de octubre de 1993(4). Además se tuvieron en cuenta los lineamientos generales relacionados con un Proyecto de Convención Interamericana para la represión del tráfico internacional de menores (aprobado por el Comité Jurídico Interamericano el 25 de agosto de 1993) y el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (La Haya, 1993) (5).

La Convención se constituye con un preámbulo y cuatro capítulos: I - Nociones generales (arts. 1 a 6); II - Aspectos penales (arts. 7 a 11); III - Aspectos civiles (arts. 12 a 22) y IV - Cláusulas finales (arts. 23 a 35).

El preámbulo fija las líneas principales de la Convención destacando la importancia de asegurar una protección integral y efectiva del menor, que el tráfico internacional de menores constituye una preocupación universal y que es importante la cooperación internacional para

- (2) Puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en "Jurisprudencia Argentina", 9/III/1994.
- (3) Es posible v. GARRO, Alejandro M., "Armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", año 25, págs. 301 y ss.
- (4) Puede v. por ej. la publicación de la Unidad de Asuntos Jurídicos del Instituto Interamericano del Niño, "Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños - Preparatoria de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado", Montevideo, 1994.
- (5) Acerca de la Convención celebrada en La Haya el 29 de mayo de 1993 puede v. "Conférence de La Haye de droit international privé. Nouvelles conventions (1951-1993). Etat des signatures et des ratifications au 1er mars 1994", en "Revue..." cit., t.83, n°1, Janvier-mars 1994, pág.226 - "Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale".

lograr una eficaz protección del interés superior del menor.

Según el artículo 1, el objeto de la Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo. Se destacan las obligaciones de instaurar un sistema de cooperación jurídica que prevenga y sancione el tráfico internacional de menores y de asegurar la pronta restitución de los menores víctimas del tráfico internacional a los Estados de su residencia habitual, teniendo en cuenta su interés superior.

El artículo 2 indica que “menor” es todo ser humano de edad inferior a dieciocho años; “tráfico internacional de menores” significa substracción, traslado o retención de un menor con propósitos o medios ilícitos o las tentativas respectivas; “propósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre y a su vez “medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr consentimiento de las personas o instituciones a cuyo cargo se halla el menor.

El artículo 4 se refiere a la cooperación de los Estados Partes con los Estados no Parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito.

Conforme al artículo 5 se establece la designación de Autoridades Centrales, que podrán ser más de una en caso de Estados federales y, de acuerdo al artículo 6, se procurará que los procedimientos de aplicación de la Convención permanezcan confidenciales en todo momento.

Según el artículo 7, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas eficaces para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores. De acuerdo con el artículo 10 la Convención puede llegar a servir como base jurídica para la extradición en caso de tráfico internacional de menores.

Conforme al artículo 12 la solicitud de localización y restitución del menor derivada de la Convención será promovida por aquellos titulares que establezca el Derecho del Estado de la residencia habitual del menor.

De acuerdo con el artículo 18, las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. En la acción de anulación se tendrá en cuenta el interés superior del menor, detallándose en el informe del relator de la Comisión, el delegado de Costa Rica Hermes Navarro, que se prescindió de la consideración de la buena fe de los adoptantes para que este elemento subjetivo no distorsionara lo relativo al interés superior del menor. La anulación se someterá a la ley y a las autoridades del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate. Según el artículo 19 la guarda o custodia serán susceptibles de revocación cuando tuvieran su origen o fin en el tráfico internacional de menores, en las mismas condiciones del artículo anterior.

De acuerdo con el párrafo final del artículo 21 (que en los dos primeros párrafos contempla problemas de costas) la autoridad competente o cualquier persona lesionada podrá entablar acción civil por daños y perjuicios contra los particulares o las organizaciones responsables del

tráfico internacional del menor.

El artículo 23 indica que los Estados Partes podrán declarar que se reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otro Estado Parte en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores.

También en esta Convención se considera la situación de los Estados con diversos sistemas jurídicos. Los Estados Partes podrán declarar que en ellos no se podrá oponer en juicio civil excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por este delito, pronunciada en otro Estado Parte y la Convención no se interpretará como restricción de prácticas o tratados más favorables entre los Estados Partes o de acuerdos fronterizos más expeditos para la localización y restitución de menores.

Reglas jurisdiccionales y procesales complementan las soluciones básicas referidas. También en este caso se establece, en el artículo 33, que la Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación o el trigésimo día a partir del depósito de los sucesivos instrumentos de ratificación o adhesión.

El problema incrementado en nuestros días y para muchos novedoso del tráfico internacional de menores -distinto de la adopción internacional, aunque a veces relacionado con ésta- muestra cómo el sistema capitalista, guiado por el predominio del valor utilidad, puede llegar a excesos de comercio de personas relativamente análogos a la esclavitud de la que se deshizo, sobre todo, por razones de agilidad de las vinculaciones económicas. También exhibe la profunda interrelación de las ramas del mundo jurídico (que debe estudiar la "Teoría General del Derecho" como sistema jurídico) incluyendo, en vinculación muy estrecha, cuestiones penales y civiles.

En la Comisión se discutió acerca de la conveniencia de incluir un artículo que permitiese a los Estados Parte dejar sin efecto el capítulo relativo a los aspectos penales, pero en la votación se impuso la posición de descartarlo. El informe del relator dice "Diferentes delegaciones que votaron a favor de eliminar la referencia expresa, justificaron su posición en el sentido de que se había buscado a través de las deliberaciones el consenso de las delegaciones en relación a los aspectos penales y que por lo tanto, era preferible dejar a la institución de las reservas a los tratados internacionales la solución de este tema, pero de ninguna manera establecer expresamente en la Convención la alternativa de alejarse de un capítulo de la misma." (pág.12). La presencia de un tema como éste, con un aspecto penal, en el Derecho Internacional Privado evidencia que en torno al núcleo de la materia se ubican múltiples cuestiones que hacen a su más justo desarrollo. Precisamente el relativo fracaso de las soluciones civiles ha llevado a buscar respuestas en el campo penal.

También importa tener en cuenta que las ramas del mundo jurídico se relacionan pero a su vez se diferencian, debiendo ser consideradas al fin en una "complejidad pura", de modo que en nuestro caso compartimos la opinión de que el tráfico de niños no ha de ser mezclado con la problemática del Derecho de Familia (por ej. en cuanto a la adopción, ya mencionada, o al abuso

del derecho de visita).

Esta Convención se relaciona, además, con la Convención Interamericana de Restitución de Menores de la CIDIP IV y con la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores. En cuanto a la colaboración fronteriza se tuvo en cuenta la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (6).

### III

Las dos Convenciones referidas corresponden, respectivamente, a los dos niveles en que se desenvuelve la vida internacional de nuestro tiempo. La que trata del Derecho Aplicable a los Contratos evidencia el mundo "desarrollado", vinculado a los países "centrales". La que se enfrenta el Tráfico Internacional de Menores muestra otro mundo, el de las realidades **marginales**, que a menudo se debaten en la miseria. No es por azar que uno de estos mundos se expresa a través de un Derecho Privado cada vez más simplificado y el otro al hilo de un régimen con importantes despliegues de Derecho Penal. Se presenta así, una de las grandes tensiones de la época que nos toca vivir.

(6) Asimismo, en vinculación con el tema puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Convención Interamericana de los Derechos del Niño. Su aplicación en el Derecho interno argentino", en "Investigación..." cit., N°22, págs.13 y ss.

# **EL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS EN LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPROVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS (\*)**

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

**1.** La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, aprobada por Argentina según ley 22.765, contiene en su capítulo II importantes “Disposiciones generales” relativas al **funcionamiento** de sus normas y de las normas de los contratos por ellas reglados (1). Dichas disposiciones son relevantes para comprender, sobre todo con miras a su interpretación e integración, cuál es el “**lugar jurídico**” en que se instala la convención (2).

## **I) El funcionamiento de la convención**

**2.** Dentro del mencionado capítulo II, el artículo 7 aborda el funcionamiento de la **convención** en dos párrafos que disponen respectivamente: 1) que en la interpretación de la **convención** se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional, 2) que las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

**3.** El párrafo primero del referido artículo 7 aborda la problemática de la **interpretación** de la convención. Haciendo un despliegue de interpretación “**paraauténtica**”, en el sentido que

(\*) Comunicación presentada por el autor al XII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - VII Congreso Argentino de Derecho Internacional.

(\*\*) Investigador del CONICET. Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Acerca del funcionamiento de las normas v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs.As., Depalma, 1987, págs. 251 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Relato sobre el funcionamiento de la norma”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N°11, págs. 23 y ss. En relación con la teoría trialista del mundo jurídico, que sirve de base a esta comunicación, pueden v. además 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; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

(2) El **funcionamiento** y las **fuentes** de las normas son altamente expresivos del “**lugar jurídico**” de una respuesta.

proviene de los autores pero no se refiere al contenido estricto de normas particulares de la convención, los autores explican el espíritu general de la misma (3). A diferencia de la interpretación estrictamente "auténtica", en esta interpretación, sólo "paraauténtica", los autores no indican cuál es el sentido concreto de una norma, brindan únicamente el contexto en que las normas han de ser interpretadas.

Se presenta así un fuerte desarrollo del elemento sistemático de la interpretación, ya que una norma aclara el sentido de otras y, además, cierto enfoque del elemento histórico, dado por la motivación expuesta de internacionalidad, uniformidad y buena fe que surge del párrafo comentado, en concordancia con el preámbulo de la Convención. Esos elementos sistemático e histórico son, sin embargo, sólo dos de los datos que han de tenerse en cuenta en la cabal interpretación. Basta recordar que la doctrina tradicional reconoce, además, los elementos gramatical y lógico (4). Decía ya Savigny que si bien en algún caso algún elemento puede no resultar esclarecedor, es indispensable no olvidar ninguno de ellos (5). Aclaraba el ilustre profesor fundador de la Universidad de Berlín que hay que colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley de su inteligencia, para reconstruir el pensamiento contenido en la ley (6). Werner Goldschmidt enseñaba que la interpretación tiene por meta lograr la fidelidad de la norma, o sea que exprese con acierto el contenido de la voluntad de su autor o sus autores (7).

Según hemos señalado, con el párrafo comentado no se llega a una interpretación en sentido estricto, que como tal debe ajustarse a la auténtica voluntad de los autores. Sólo se presentan criterios valorativos para elegir entre las posibilidades interpretativas, que así pueden corresponder o no con lo que realmente se quiso (8).

De resultas de las pautas que remiten al carácter **internacional** de la convención y a la necesidad de promover la **uniformidad** en su aplicación se requiere la opción por soluciones interpretativas simples y guiadas por la conjectura de que puedan resultar uniformes. La interpretación aquí se entrelaza con una tarea del funcionamiento de las normas que no suele recibir la atención que merece: la tarea conjectural. Para que la conjectura sea fundada, hay que tener en cuenta las tendencias interpretativas y las posibilidades de recepción que revela el "Derecho Comparado" (9).

La unificación del régimen internacional de la compraventa de mercaderías a la que se orienta la convención desarrolla una planificación gubernamental de la materia que, como tal,

(3) Otro caso de "paraauténticidad" es el de la llamada autenticidad meramente decisoria, en que la interpretación proviene de quien ocupa el lugar que tenía quien hizo en su momento la norma interpretada.

(4) SAVIGNY, F.C. de, "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. I, 1878, XXXIII y ss., págs. 149 y ss.

(5) Id., pág. 150.

(6) Id., pág. 149.

(7) GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 253 y ss. y 197/198.

(8) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Meditaciones trialistas sobre la interpretación", en "El Derecho", t.72, págs. 811 y ss.

(9) En relación con el tema puede v. nuestro estudio "La probabilidad en el Derecho", en "Boletín ...", cit., N°6, págs. 69 y ss. La tarea conjectural tiene un alcance mucho más amplio que el de la mera rectificación de un texto dudoso (puede v. la conjectura en este sentido en SAVIGNY, op. cit., t.I, pág. 171).

cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad, y el párrafo que nos ocupa procura que esa previsibilidad se incremente en el funcionamiento de las normas. Es notorio que un proceso de unificación a nivel sólo de tratado podría fracasar en la jurisprudencia. A través de la planificación así garantizada aumentan el orden internacional y correlativamente la coherencia de sus normas.

La unificación del régimen de la compraventa de mercaderías tiende a satisfacer los requerimientos de integración entre justicia y utilidad que plantea en general el Derecho Comercial, y el fraccionamiento de las particularidades nacionales, acortando la relación entre medio y fin como lo exige la utilidad, produce seguridad jurídica. Entre los requerimientos de un régimen justo, la unificación acentúa la igualdad en detrimento de la unicidad.

El mismo párrafo primero del artículo 7 requiere interpretar asegurando la **buenas fe** en el comercio internacional (10). La buena fe -o recta intención- puede encararse en sentido más subjetivo, de referencia psicológica, o más objetivo, acerca del comportamiento que ha de asumirse. Por ejemplo, a los fines de la prescripción o del mantenimiento de una adquisición por un tercero suele ser más significativa la buena fe subjetiva, en tanto para el cumplimiento de los contratos suele requerirse más la buena fe objetiva. A su vez, la buena fe puede consistir sólo en el pasivo no promover el daño de otro, sobre todo su engaño, o en el sentido activo de evitarlos. La convención no aclara qué ha de entenderse por buena fe, pero creemos en principio que se trata de la buena fe objetiva y de la combinación de la buena fe pasiva con cierta dosis de buena fe activa. Se plantea aquí un interesante problema de calificaciones.

En cuanto a la dimensión sociológica, la buena fe se relaciona con que la otra parte no quede atrapada en las diferencias que pueden producirse entre su finalidad subjetiva y la finalidad objetiva de los acontecimientos, con que no ignore el curso de las posibilidades y con que no se le oculten las verdaderas características de los repartos en cuanto a repartidores, destinatarios, objeto, forma y razones sociales. Una zona de especial riesgo para la pérdida de la buena fe es la de las razones alegadas por los repartidores, que pueden ser muy engañosas. La buena fe supone alguna cooperación y cierta solidaridad entre las partes y a través de ellas se incrementa el orden internacional.

En la dimensión normológica la buena fe se muestra, sobre todo, en el correcto funcionamiento de las normas. En la interpretación se trata, de manera principal, de que la interpretación literal no prevalezca sobre la interpretación histórica y que la intención no prevalezca en relación con el fin. En la determinación la buena fe significa que la normatividad determinante no se alce contra la determinada. En la elaboración la observancia de la buena fe supone de modo principal que no se ignoren o produzcan indebidamente las carencias díkelógicas. En la aplicación se trata a nivel destacado de que no se produzcan encuadramientos desviados y que no se oculten o destruyan los medios para la efectivización de las consecuencias jurídicas.

(10) Acerca de la buena fe v. por ej. TRABUCCHI, Alberto, "Istituzioni de Diritto Civile", 33a. ed., Padova, Cedam, 1992, págs. 488 y ss.

En la dimensión dikelógica la buena fe consiste, por ejemplo, en que no se aprovechen las diversas clases de justicia ni la “pantomomía” (11) de este valor para el perjuicio a la otra parte. La buena fe requiere que una superioridad científica o técnica no genere una aristocracia perversa y supone que las partes acepten, en definitiva, una comunidad última de intereses.

La buena fe se evidencia, por ejemplo, en que el sujeto pretenda de la otra parte lo que aceptaría que se pretendiera de él en situaciones análogas y también, de cierto modo, en que no adopte ante situaciones análogas comportamientos diversos.

La exigencia de buena fe “en el comercio internacional” es especialmente calificada por la diversidad de situaciones en los distintos países y por las barreras de información y de comprensión que significa esa internacionalidad. Un mínimo de conocimiento del Derecho Comparado muestra que los estilos jurídicos de los distintos países son muy diferentes y que en estas diversidades la mala fe puede encontrar vasta acogida (12). Quizás valga señalar que la buena fe es indicada para la interpretación y no para la interpretación de los contratos, aunque por la fuerza incontenible de la lógica la influencia pueda proyectarse a esta última.

Un despliegue de la interpretación que merece ser tenido en cuenta es que la convención se refiere, en el segundo párrafo del artículo 7, a la relativa carencia de normas cuando se trate de cuestiones “que no estén expresamente resueltas”, de modo que hay que admitir que existen cuestiones que están resueltas de manera tácita. La interpretación extensiva adquiere así más fuerte fundamentación.

**4. El párrafo segundo del artículo 7 trata de la integración de la convención.** Se plantea aquí el supuesto de carencias históricas, en que los casos no estén resueltos en ella y se disponen dos vías de relativa “autointegración”. Una es el recurso a los principios generales en los que se basa la convención y, a falta de tales principios, se hace remisión a la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado (13).

El recurso a los principios generales en los que se basa la convención es un caso nítido de autointegración. Sin embargo, se han expresado temores de que este recurso a los principios generales fuese una puerta abierta para la entrada excesiva de la “lex fori”.

Los principios generales de la convención surgen en parte de su preámbulo y de las disposiciones de la parte I de la convención (“Ámbito de aplicación y disposiciones generales”). Esos principios generales podrían ejemplificarse diciendo que se trata de la formación del nuevo orden económico internacional; la igualdad, el beneficio mutuo y la amistad entre los Estados; la supresión de los obstáculos jurídicos con los que tropieza el comercio internacional; el desarrollo del comercio internacional; la atención a los diferentes sistemas sociales, económicos

(11) Pan=todo; nomos=ley que gobierna.

(12) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Filosofía y método del Derecho Comparado”, en “La Ley”, t. 1989-C, págs. 1080 y ss.

(13) Pueden v. por ej. BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, Bs.As., Depalma, 1988, págs. 181 y ss.; GARRO, Alejandro Miguel - ZUPPI, Alberto Luis, “Compraventa Internacional de mercaderías”, Bs.As., La Rocca, 1990, págs. 55 y ss.; CALDERON VICO de DELLA SAVIA, Lilia María del Carmen, “Régimen Internacional de la Compraventa”, Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1992, esp. págs. 73 y ss.

y jurídicos; la autonomía de las partes; la uniformidad internacional y la buena fe. También se han mencionado la protección de una parte que ha depositado su confianza en la conducta de la otra parte; la obligación de una de las partes de comunicar a la otra todo tipo de información que esta última necesita y la obligación de reducir las pérdidas que derivan del incumplimiento del contrato.

La expresión de esos principios generales en términos de valores puede formularse diciendo que se trata de la coadyuvancia, por integración estrecha, entre la utilidad y la justicia y, mediante contribución entre estos valores y el orden. Este orden se logra en mucho a través de previsibilidad que procura la unificación, pero también en mucho al hilo de la cooperación entre las partes, surgida sobre todo de su autonomía, y de la solidaridad, consagrada en el recurso a los usos y en la exigencia de buena fe.

Pese a la atención a los intereses privados y a los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos, la unificación significa, como dijimos, un despliegue de la comprensión de la justicia en términos de igualdad, y la exigencia de buena fe significa, como hemos señalado, un avance del despliegue de justicia en términos de comunidad. Sin perjuicio de consagrarse un amplio juego del humanismo abstencionista, que se manifiesta en la autonomía de las partes, la convención contiene cierto grado de humanismo abstencionista, que llega incluso a la exigencia de buena fe (14).

Pese a la discusión producida al redactarla, la convención indica que a falta de tales principios generales se ha de recurrir a la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados contratantes. En este caso, la autointegración asume un carácter muy especial, porque se vale de una normatividad que requiere determinación mediante otro Derecho, la del Derecho Internacional Privado del propio país que resuelve el caso. No se trata de analogía en sentido estricto, porque no hay semejanza siquiera metodológica en los contenidos, pero tampoco es una mera habilitación a los repartidores del Estado referido, porque se supone que normalmente las normas integradoras ya existen. Desde el punto de vista del "sub-ordenamiento" que significa la convención, el envío al Derecho Internacional Privado del país es una heterointegración, pero con miras a todo el ordenamiento de ese país asume mayores rasgos de autointegración.

La pautas de integración contenidas en este párrafo segundo del artículo 7 muestran que, como ordenamiento normativo relativo, la convención está lejos de ser un mero orden y posee relevante sentido sistemático.

La comprensión de conjunto de las mencionadas pautas generales interpretativas e integradoras muestra que las pretensiones de internacionalidad, uniformidad, buena fe e incluso sistematicidad están claramente interrelacionadas, sobre todo en cuanto al afianzamiento del

(14) La nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley aprobatoria de la convención dice "Las cuestiones comprendidas en las materias regidas por la convención que no hayan sido expresamente resueltas en ella se dirimirán según los "principios generales en los que se basa la presente convención"" y agrega "En la tarea de individualización de esos principios, cabe destacar que el principio fundamental de la uniformidad en las decisiones debe guiar la adopción de calificaciones o definiciones de los conceptos de la convención y de disposiciones para regular cuestiones no resueltas. El análisis comparativo y funcional ha de constituir un método-conducente."

orden internacional de la compraventa. Estas aspiraciones confluientes no excluyen el riesgo de que, por interpretaciones diversas, la uniformidad resulte frustrada.

## II) El funcionamiento de los contratos

5. El artículo 8 de la convención aborda el funcionamiento de los **contratos**, encarando la difícil problemática que en cuanto a su interpretación plantea la “**infraautenticidad**” (de cierto modo “semiautenticidad”, si hay dos partes) en que las interpretaciones de los contratantes difieren. Dice el artículo 8 en su primer párrafo que a los efectos de la presente convención las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. En esta perspectiva, la interpretación resulta aliviada por el deber de buena fe, de cierto modo de lealtad, que debe reinar entre las partes. Aquí la cooperación contractual muestra su más nítida expresión.

El segundo párrafo del artículo 8 encara la difícil problemática que se plantea cuando no se dan los supuestos del primero. Dice que si el primer párrafo no fuere aplicable las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que le habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. Ante el no compartirse el conocimiento de la intención por las dos partes, se plantea un marco de cuestiones que, en su dificultad, es de algún modo análogo al de la celebración del contrato entre ausentes y, al fin, refleja obstáculos inherentes a la comunicación humana.

En los casos así planteados puede estarse, de maneras principales, a la intención real de la parte de que se trate; a la intención que debió tener dicha parte; a la intención que le atribuyó realmente la otra parte o la intención que debió atribuirle esta otra parte. Tratando de acercarse más a la “**bilateralidad**” y a la cooperación y apoyándose nuevamente en la consideración de la buena fe la convención se decide por esta última posibilidad (15). De nuevo no se trata aquí de una opción estrictamente interpretativa, sino de la elección de una de las posibilidades interpretativas según un criterio de valor.

El párrafo tercero del artículo 8 establece que para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes. La convención refleja, de este modo, la importancia del elemento histórico de la interpretación y el reconocimiento de la “**pantomomía**” de la finalidad objetiva de los acontecimientos, con sus proyecciones de pasado, presente y porvenir. Así, han de tenerse en cuenta las negociaciones y las prácticas anteriores, los usos y el comportamiento del futuro.

En cuanto a la interpretación de la voluntad de las partes, cabe referirse también al párrafo

(15) El criterio de referirse al sentido que les habría dado la otra parte guarda afinidad, por ejemplo, con la concepción de la justicia de Rawls (v. por ej. RAWLS, John, “A Theory Of Justice”, 10a. Impresión, Cambridge, Harvard University Press, 1980). Dicho criterio responde en mucho a las viejas reglas haz a los demás lo que querrías que te hicieran a ti, no hagas a los demás lo que no querrías que te hicieran a ti.

segundo del artículo 9, según el cual salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Nuevamente aquí surge el reconocimiento del elemento histórico de la interpretación (16).

- (16) En relación con la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías vale tener en cuenta la Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías (aprobada según ley 23.916) en la cual, con referencia a los temas abordados en esta comunicación, figuran de manera destacada los arts. 16 y 12, párrafo a).

# JUSFILOSOFIA DE LA DISOLUCION DEL ESTADO EN LA “SOCIEDAD CIVIL” (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. La vida histórica se ha venido desenvolviendo en períodos más sintéticos o analíticos, más referidos al **conjunto** o a sus **partes** y en nuestros días, ya diversos de la Edad Contemporánea, las sociedades capitalistas occidentales y sus enormes zonas de influencia resultan nítidamente signadas por caracteres analíticos y “partiales”. Se dice a menudo que estos son rasgos que identifican claramente a la época actual, llamada de la “postmodernidad” (1).

En ese marco actual se produce una clara **disolución** del Estado en la “sociedad civil”, convertida en el eje del que quizás pueda denominarse “**espíritu de la época**”, hacia el cual convergen los momentos del espíritu que suelen considerarse “anteriores” y “posteriores” (2). La noción hegeliana de que la unión en el Estado es el verdadero contenido y fin de la vida individual (3) ha entrado en crisis y su crisis marca uno de los caracteres que diferencian a la Edad

(\*) Ideas básicas para la exposición del autor en una reunión de la cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(\*\*) Investigador del CONICET. Profesor titular del Área de Filosofía y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UNR (cátedras I de Introducción al Derecho, III de Filosofía del Derecho y única de Derecho Internacional Privado). Homenaje del autor a los profesores doctores Mario E. Chaumet y Alejandro Aldo Menicocci, con gratitud por las conversaciones mantenidas acerca de la llamada “postmodernidad”.

(1) Es posible v. por ej. LYOTARD, Jean-François, “La condición postmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, Madrid, Cátedra, 1987; VATTIMO, Gianni, “El fin de la modernidad”, trad. Alberto L. Bixio, 3a. ed., Barcelona, España, Gedisa, 1990; DIAZ, Esther y otros, “¿Posmodernidad?”, Bs. As., Biblos, 1988; además v.gr. “El Mercurio” (Santiago de Chile), cuerpo “E”, 16 de enero de 1994. En relación con el tema de la “postmodernidad” puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel - CHAUMET, Mario Eugenio, “Perspectivas jurídicas “dialécticas” de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 21, págs. 67 y ss. No obstante c. v.gr. LUHMAN, Niklas, “Sociedad y sistema: la ambición de la teoría”, trad. Santiago López Petit y Dorothée Schmitz, Barcelona, Paidós, 1990. Vale tener en cuenta que se ha hablado, por ejemplo, del “malestar” en la modernidad y del desarrollo de un ideal neomoderno iluminista (ROUANET, Sergio, “Malestar na modernidade”, São Paulo, Companhia de Letras, 1993; también cabe referir -v.gr.- la vocación de “hipermodernidad” planteada por Alain TOURNAINE).

(2) Se dice, por ejemplo, que “El Estado empezará a aparecer como un factor de opacidad y de “ruido” para una ideología de la “transparencia” comunicacional, la cual va a la par con la comercialización de los saberes.” (LYOTARD, op. cit., pág. 18; en relación con el tema puede v. VATTIMO, Gianni, “La sociedad transparente”, trad. Teresa Ofiate, Barcelona, Paidós, 1990; también CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993).

(3) HEGEL, Guillermo Federico, “Filosofía del Derecho”, trad. Francisco Messineo - Angélica Mendoza de Montero, 3a. ed., Bs. As., Claridad, 1944, pág. 211 (párrafo 258).

En relación con el tema puede c. v.gr. el prefacio de Eduardo VASQUEZ a su traducción de la obra recién citada (HEGEL, Georg W. F., “Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho”, 2a. ed., Caracas, Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, 1991, esp. págs. 32 y ss.). En el marco de la filosofía hegeliana se entiende que la confusión del Estado con la sociedad civil genera graves errores (puede v. CORDUA, Carla, “Explicación sucinta de la Filosofía del Derecho de Hegel”, Bogotá, Temis, 1992, págs. 197/198).

**Contemporánea de la Actualidad.** En dicho proceso de “inflexión” hacia la sociedad civil ésta absorbe además, por ejemplo, los sentidos de la familia, la moral y el Derecho, del arte, la religión y la filosofía (4).

El nuevo “campo vital” (ya que quizás se pretenda rechazar incluso la idea de conjunto de “estilo” vital) se manifiesta, por ejemplo, en expresiones como el predominio de los medios de comunicación de masas (5), las “privatizaciones” y, como le agradaría señalar a Hegel, la misma corrupción (6), donde la sociedad civil llega a degradar el resto de la vida. La disolución del gobierno (y del Estado) en la sociedad civil y los sentidos valiosos de dicho fenómeno ya fueron previstos de manera genial por el conde de Saint-Simon (7), aunque hoy se advierten también rasgos negativos que el aristócrata pasado a las filas de la burguesía no pudo anticipar.

La formación del Estado nacional superó de alguna manera a la organización feudal y coronó el despliegue de la sociedad civil, en un proceso desarrollado a partir de fines de la Edad Media y al fin característico de la “modernidad”, pero hoy el Estado tiende a disolverse en la sociedad civil convirtiéndose en una pieza más de su desenvolvimiento. Con la crisis (no necesariamente el fin) de la modernidad también entra en crisis el Estado “moderno”.

A diferencia de los modelos que le precedieron, el Estado moderno se caracterizó por una creciente eficiencia, que era posible por los recursos económicos, científicos y técnicos producidos por el capitalismo, y por estar al servicio de fines que fueron abriendo camino al mismo fenómeno capitalista, pero no correspondían siempre al espíritu último del sistema. A menudo directo realizador de fines sanitarios, educativos, artísticos, jurídicos, etc., el Estado moderno pretendió en numerosos casos dirigir e incluso planificar la economía. Tal vez al servicio de ciertos intereses del capitalismo, pero con medios ajenos a su espíritu llegó a ser militarista y guerrero. El Estado moderno era de alguna manera “trascendente” a la sociedad civil.

En cambio, el Estado actual es concebido en términos de eficiencia más utilitaria y si bien interviene en la vida económica lo hace con fines y de ser posible con medios propios de la misma. Puede proteger al consumidor, mas no le es fácil fundamentar el recurso al poder. A veces procura corregir los desvíos de la economía, pero no llega a querer dirigirla, menos a procurar planificarla. El Estado de este tiempo resulta “inmanente” a la sociedad civil.

Esta disolución del Estado en la sociedad civil no significa que el poder haya desaparecido, como lo creyó de cierto modo Saint-Simon, sino que las decisiones autoritarias se adoptan en el mercado y tienden a imponerse a través del mercado. El célebre pensador francés, precursor de la Sociología, pensó que la disolución del gobierno de los hombres y del Estado feudal y militar en la administración de las cosas y el régimen “industrial” y pacífico, que se concretaría a través de las uniones libres entre hombres libres, llevaría al anarquismo (8). Sólo acertó en

(4) Desprovistas de fuerza cultural, se extinguen las preocupaciones filosóficas profundas, las religiones tienden a disolverse y el arte resulta incapaz de desarrollar, por ejemplo, las tensiones de la tragedia, del drama e incluso de la comedia. También se hace más difícil el largo relato de la novela y el hombre de nuestro tiempo concibe la vida como un cuento. Si bien no es sólo armonía, la música pierde a menudo el sentido de la misma y llega a convertirse en ruido que daña el sentido. La disolución del Estado moderno es reconocida también por defensores de la modernidad (cabe tener en cuenta, por ejemplo, las ideas respectivas de Juan José SEBRELLI).

(5) En cuanto al silencio de los intelectuales, v. por ej. “Clarín”, Cultura y nación, 11/XI/1993.

(6) Puede v. HEGEL, op. cit., pág. 172 (párrafo 185).

(7) Es posible c. por ej. SAINT-SIMON, “Catecismo político de los industriales”, trad. Luis David de los Arcos, 2a. ed. en BIF, Bs. As., Aguilar, 1964.

(8) Id., esp. págs. 134/135.

parte, porque en profundidad hay un poderoso sistema “unidimensional” en el predominio de la utilidad (9). Lo que ocurre es que este sistema se impone por vías económicas y en gran medida por los medios de comunicación de masas, que negocian la información.

Dentro del sistema, sólo hasta cierto punto oculto, es cada día más fácil la a menudo benéfica liberación sexual, pero es muy difícil no ser productor o consumidor. Es más fácil practicar el amor libre o ser incluso homosexual, pero es muy difícil ser “viejo”. Se pretende la institucionalización de las uniones homosexuales, pero los viejos terminan con frecuencia en guarderías donde quedan depositados indiscriminadamente, esperando la muerte. Los descartados por la sociedad civil son arrumbados.

2. En este marco, la teoría trialista del mundo jurídico (10) puede evidenciar los significados muy relevantes, positivos y negativos, que tiene la disolución del Estado en la sociedad civil.

En cuanto a la dimensión sociológica, esta disolución se manifiesta, sobre todo en superficie, en una disminución de la vocación repartidora (conductora) y al uso del poder y menos propósitos gubernamentales planificadores, con menos intención de constituir un orden homogéneo y sólido, aunque en profundidad los desarrollos de las distribuciones (y la espontaneidad) y de la autonomía y la libre exemplaridad no sean tan grandes y el orden sea muy homogéneo según las tendencias económicas y muy cerrado. La decadencia de las grandes ideologías hace menos posible la perturbación de la vida estatal y civil por fenómenos revolucionarios. La idea de progreso está en retirada y la sociedad civil parece querer sólo una evolución no perturbadora, que incluso algunos niegan.

En la dimensión normológica las características de la disolución del Estado en la sociedad civil significan desarrollos de la interrelación entre ley y contrato, con incremento de los sentidos negociales y fragmentación de los sentidos institucionales e imperio de los subordinamientos normativos, que ponen en crisis a la coherencia del conjunto. Tal vez no sea un fenómeno circunstancial que en Argentina se está resolviendo la reforma de la Constitución mediante un “pacto”.

En la dimensión dikelógica la disolución del Estado en la sociedad civil significa avances incluso arrogantes y subversivos de la utilidad, convertida en el gran valor, que avasalla a la justicia e incluso supera a la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Los valores fabricados tienden a predominar, incluso en términos de falsedad axiológica, sobre los valores naturales.

La justicia de este tiempo de disolución del Estado en la sociedad civil es pensada por las vías de la consensualidad, de una escasa acepción (consideración) de personas, de la simetría, la dialogalidad superficial y la monologalidad profunda, y la commutatividad y por las sendas de la “partialidad”, la sectorialidad, el aislamiento (con cierta participación de superficie), la relatividad de alcances limitados y la particularidad. El Derecho Público, caracterizado en última instancia por los requerimientos de la justicia general, que se refiere de manera directa al bien

(9) Puede recordarse, en relación con el tema, por ej. MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Selc Barral, 1969.

(10) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

común, obra considerablemente en superficie, pero quizás no exista en la profundidad donde todo tiende a ser Derecho Privado, identificado en definitiva por las exigencias de la justicia particular.

Aunque la relatividad limitada resulta necesaria (porque no hay fuertes referencias absolutas) la falta de visiones de conjunto lleva a menudo a fraccionar las influencias de justicia de los otros repartos. Los fraccionamientos producen seguridad y el hombre de nuestra sociedad civil encuentra seguridad en lo que por lo menos cree su "pequeño mundo".

El principio supremo de justicia exige que cada individuo reciba la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona, pero la persona de nuestro tiempo es un individuo producto de la sociedad civil y en mucho disuelto en ella. Lejos está la idea de que el hombre se realiza en la "universalidad" del Estado, tan sólo se vale de él.

La aristocracia que surge de la legitimidad por la superioridad moral, científica y técnica, que anidaba en el Estado, se ha esfumado y en superficie todo se resuelve en términos democráticos de constante replanteo pactista, aunque en lo profundo hay un fuerte desarrollo tecnocrático. Los héroes son figuras extrañas y el paradigma del repartidor legítimo es el que horizontalmente asegura su felicidad y la de los demás. Los jueces, en mucho aristócratas de la justicia, son sustituidos por los árbitros. Los individuos, que en sí no son "fuertes" sino "débiles", tienen sin embargo la fuerza necesaria para sacar del Estado la función jurisdiccional.

El hombre de nuestro tiempo es legitimado como recipiendario en términos del valor utilidad: en lo profundo resulta que merece en la medida que es útil. Muchos son los objetos que se consideran repartidores (legitimados para ser repartidos), pero a menudo esos objetos son resueltos en términos de libertad de goce y de propiedad. Quizás en correspondencia con las grandes posibilidades técnicas se valorizan el ocio e incluso la rutina sobre el trabajo y la creación. Tal vez el hombre "postmoderno" inserto íntegramente en la sociedad civil podrá y querrá ser feliz, pero nunca gigantesco.

En cuanto a las formas de los repartos, el proceso, en gran medida conquista del Estado moderno, es sustituido por la negociación, la adhesión e incluso la mera imposición. Los hombres somos absueltos y condenados ante los medios de comunicación de masas, aunque quizás las absoluciones y las condenas sean más pasajeras.

En el nivel superficial de nuestro tiempo predomina el humanismo abstencionista, pero esto es en mucho sólo para limitar al Estado. A veces, en cambio, los poderes de la sociedad civil ejercen sin contrapartida un fuerte humanismo intervencionista, a menudo con desvíos de alcances individualistas o totalitarios que ponen a los hombres en condiciones de medios de otros hombres o de la sociedad, no de fines.

Al disolverse el Estado en la sociedad civil la protección del individuo contra el régimen se hace más eficaz, pero la protección del individuo contra los demás, sí mismo y "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.), que podía brindar en parte el Estado, disminuye. En definitiva, sólo se recurre a los medios de realización del régimen de justicia que puede realizar la sociedad civil.

En cuanto a las **ramas** del mundo jurídico, todas las del Derecho Público son afectadas por la disolución del Estado en la sociedad civil. El Derecho Internacional Público se hace Derecho Comunitario para dar más juego a la sociedad civil; el Derecho Constitucional resulta más cambiante y pactista a los fines de brindarle más espacio; el Derecho Administrativo se transforma con las privatizaciones y concesiones; el Derecho Penal tiende a sustituir la pena por

las compensaciones y el Derecho Procesal ve avanzar las figuras del arbitraje y el reconocimiento de los intereses difusos frente a un Estado que cada día se preocupa menos por individualizar la legitimidad de los justiciables.

Las fronteras entre el Derecho Público y el Derecho Privado -que como dijimos en el fondo da cierta clave de la sociedad- se desdibujan y el Estado se presenta a menudo en la vida económica como una pieza de ella, para proteger económicamente a ciertos intereses económicos. Esto se evidencia en el Derecho Civil y el Derecho Comercial (que a veces tienden a unificarse), en la relativa decadencia de la presencia estatal en el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Previsión Social y en la aparición en el Derecho Internacional Privado clásico de figuras de comprensión económica y utilitaria de la solución de conflictos, como suelen ser los puntos de conexión de mayor proximidad con los casos concretos, las leyes de aplicación inmediata y las soluciones materiales (11).

En el horizonte político general, la disolución del Estado en la sociedad civil se manifiesta en un enorme incremento de la política económica sobre el resto de las ramas políticas (política jurídica -o Derecho-, política sanitaria, política artística, política religiosa, política educacional, política de seguridad, etc.).

En países como Argentina, donde la sociedad civil es muy débil y el Estado no llegó nunca a consolidarse plenamente, la disolución del Estado en la sociedad civil significa riesgos de fuerte caída en la "preestatalidad", merecedores de gran atención. Nuestra sociedad civil carece de la fuerza necesaria para reemplazar al Estado moderno, pero las tendencias del mundo actual impedirían que éste cumpliera el ciclo de consolidación que tuvo en otros ámbitos. Es más: nuestra sociedad civil deberá nacer sin el apoyo estatal que tuvo en otras latitudes. ¿Cuáles serán los resultados? En la respuesta se juega gran parte del porvenir argentino.

(11) Cabe recordar TRAZEGNIES, Fernando de, "El Derecho Civil ante la post-modernidad", en "Jurisprudencia Argentina", 1990-II, págs. 653 y ss.

# LA ACTUALIDAD, LA HISTORIA DEL DERECHO Y EL DERECHO COMPARADO(\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. Aunque en la superficie nuestra época parece orientada hacia la “atomización” y la segmentación que favorecerían el desarrollo de la **diversidad de presente** característica del objeto del Derecho Comparado, en profundidad el tiempo actual tiende a la constitución de un mundo **uniforme** en que el Derecho Comparado se va convirtiendo en Historia del Derecho (1). Si bien en el nivel del discurso y de ciertas realidades que no afectan a las claves del mundo actual se acepta y se desenvuelve la diversidad, en lo profundo se va constituyendo un mundo por lo menos parcialmente uniforme, surgido sobre todo del despliegue del capitalismo, de su sociedad de consumo y de los medios de comunicación de masas (2). No desconocemos el resurgir a veces violento de los regionalismos ni los grandes choques culturales, como las guerras del Golfo y de la ex Yugoslavia, tampoco creemos que haya una unificación mundial previsible, pero estimamos que la tendencia a la uniformación es suficientemente fuerte como para motivar la conversión que referimos.

Sin desconocer los aportes que hace la cultura “Occidental” central, grande en sus alturas y en sus perversidades, en la tendencia actual a la uniformidad los sentidos particulares de las culturas tradicionalmente distintas de ese marco central van siendo mutilados y debilitados por el “toque” occidental, al punto que ya es difícil imaginar que esas culturas tengan **evoluciones propias**. No es que no existan, como ya señalamos, diferencias importantes, sino que a menudo las culturas no occidentales van perdiendo, en diversos grados, las claves más hondas de su desenvolvimiento. Parece que, incapaces de continuar con su propia marcha y de seguir la marcha de las culturas centrales, las culturas periféricas resultarán simplemente condenadas a

(\*) Notas para lectura ampliatoria en relación a un tema del Curso de Derecho Internacional Privado Profundizado de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(\*\*) Investigador del CONICET. Director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho comparado en Historia del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N°21, págs. 107/108; en cuanto al Derecho Comparado es posible c. “Filosofía y método del Derecho Comparado”, en “La Ley”, 1989-C, págs. 1080 y ss.; “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

(2) Acerca de la llamada “postmodernidad” puede v. por ej. LYOTARD, Jean-François, “La condición postmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, Madrid, Cátedra, 1987. En cuanto a la uniformidad del mundo contemporáneo puede recordarse por ej. MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968.

"andar con el paso cambiado" (3).

Más que una **Historia "Universal"**, integradora de la pluralidad, parece abrirse camino una **Historia Mundial** al fin uniforme y por tanto unitaria. Aunque en cierto sentido parezca paradójico, de algún modo la Historia y sobre todo el Derecho son en relación con el porvenir y en la medida que éste tienda a unificarse una y otro han de unificarse también.

La Historia Universal concebida en la Edad Contemporánea resultaba en gran medida de la vocación por los "grandes relatos" que nuestro tiempo rechaza, sea que se constituyera en relación con las grandes ideologías o en base a la yuxtaposición de datos de historias relativamente particulares (4). No obstante, sin verdadera Historia Universal de pluralidades integradas, en nuestro caso sin una Historia Universal del Derecho con pluralidades integradas, se reduce significativamente el "espacio" interjurídico del Derecho Comparado.

**2. Siempre es importante tener en cuenta cómo se produce la historia, qué valores se reflejan en su evolución y, en definitiva, si se trata de una historia verdaderamente humana**, en la que se desarrolla el deber ser cabal del hombre en todas sus manifestaciones. A la luz de estas exigencias, la Historia Mundial que parece abrirse campo en nuestros días no resulta satisfactoria.

Una historia humana, tanto en el devenir real como en la narración, no es una historia prisionera de las ideas o disuelta en los datos carentes de significación, pero tampoco es una historia aparentemente diversa y profundamente monótona. Es una historia en que se realizan y manifiestan las posibilidades valiosas infinitas de la especie. Para que esa historia sea verdaderamente humana deben existir las condiciones de real **diversidad de presente** que requiere la existencia del Derecho Comparado.

El triunfo de la Historia Mundial uniforme que se produce en la profundidad de los hechos actuales significa la crisis de los valores de las culturas particulares, sobre todo en cuanto a su propia conducción, su propio orden, su propia coherencia y en definitiva sus propias fórmulas de justicia y humanidad, en aras de la conducción, el orden, la coherencia y las fórmulas de justicia y humanidad de alcance mundial, surgidos de la difusión de la cultura occidental central. La utilidad, en gran medida soporte de la cultura central y a veces en ella misma arrogante y subversiva, penetra con más arrogancia y más fuerza subversiva en los complejos axiológicos de las otras culturas.

Al fraccionar las particularidades de las otras culturas se fraccionan las influencias de justicia de sus pasados, sus presentes y sus futuros, pero quien gana en la seguridad surgida de esos cortes es la cultura central, en tanto las otras culturas que reciben su irrupción viven una gran

(3) En relación con el importantísimo y a menudo descuidado fenómeno de la recepción del Derecho extranjero es posible v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Originalidad y recepción en el Derecho", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N°9, págs. 33 y ss.; acerca del también muy significativo problema del Derecho transitorio, es factible v. por ej. "Reflexiones filosóficas sobre el Derecho Transitorio" en "Boletín..." cit., N°8, págs. 11 y ss.

(4) Cabe tener en cuenta, v. gr., ORTEGA Y GASSET, José, "La "Filosofía de la Historia" de Hegel y la Historiología", prólogo a HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, "Lecciones sobre la filosofía de la historia universal", trad. José Gaos, 2a. ed. en Alianza Universidad, Madrid, 1982, esp. págs. 17 y ss.

inseguridad. En las culturas periféricas así penetradas entran en crisis muchos de los criterios tradicionales de legitimidad y, haciéndose repartibles las potencias bélicas del mundo occidental, se generan frecuentes y a veces crudelísimos fenómenos de violencia. En gran medida el triunfo de la Historia Mundial del Derecho sobre el Derecho Comparado corresponde al triunfo de la invocación de la igualdad, a veces infundada, sobre la referencia a la unicidad (5).

La crisis de los valores de las culturas periféricas, los fraccionamientos de sus significados de justicia, la ruptura con los criterios tradicionales de legitimidad y el imperio de la invocación de igualdad sólo son legítimos si conducen en definitiva a una fórmula histórica más valiosa a la luz del complejo de todos los valores, que culmina en el valor humanidad. Sin embargo, el hombre de nuestro tiempo es en mucho un ser desprovisto de las raíces diversas que daban lugar en profundidad al Derecho Comparado y resulta en gran medida “flotante”, sin honda riqueza humana.

En una muestra del entrelazamiento de las perspectivas **sincrónicas** del Derecho Comparado y de las perspectivas **diacrónicas** de la Historia del Derecho es dado reconocer que la desaparición del espacio intercultural en el que se mueve el Derecho Comparado se produce por la pérdida del sentido histórico y prospectivo de las diversas culturas particulares. Si las diversidades no son superadas sino ignoradas, la desaparición del espacio profundo del Derecho Comparado significa un empobrecimiento de la Historia del Derecho que, unilateralizada, tiende a absorberlo.

Resulta de cierto modo paradójico que cuando el Derecho Comparado puede reunir los mayores recursos para su saber formal el objeto de referencia se empobreza tan considerablemente. Aunque quizás no comprendamos más, podemos reunir más información pero respecto de culturas jurídicas que tienden de manera relevante a la uniformación.

**3.** Desde nuestra perspectiva, que quizás algunos quieran considerar insanablemente “moderna”, la llamada “postmodernidad” actual debe ser vía para la superación de la modernidad, no para llegar a un “punto muerto” que signifique el fin del Derecho Comparado y, en suma, también el fin de la historia. No veneramos la diversidad por la diversidad misma, como lo hace a menudo el discurso actual, pero tampoco es legítimo ignorar el desafío de la posibilidad de enriquecimiento recíproco que presentan las distintas culturas.

En la penumbra del relativismo axiológico subjetivista de este tiempo, que pudo ser válido para superar un objetivismo falso, todo se tiene en cuenta a nivel de discurso, pero nada puede aprovecharse conscientemente para nutrir nuestras diversas culturas y la fuerza de los hechos hace verdaderos estragos en la realidad.

#### **4. Sin Historia Universal integradora de las particularidades y sin el espacio del Derecho**

(5) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico en que se basan los párrafos que preceden a la nota, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs.As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs.As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

Comparado, el Derecho Internacional Privado clásico, como Derecho de la Tolerancia con el elemento extranjero, tiene que desaparecer (6). Sin embargo, si esto ha de ocurrir debe suceder en la medida que lo necesite la mejor realización del fenómeno humano.

No intentamos ignorar el acercamiento real entre las culturas, que requiere el desarrollo del Derecho Privado Internacional e incluso del Derecho Privado de la Integración, pero creemos esclarecedor señalar que a veces no se trata de un legítimo fenómeno de acercamiento sino de dominación ilegítima que esconde el imperio del Derecho Privado Interno de determinados países (7).

En última instancia el Derecho Comparado da la medida en que ha de recurrirse al Derecho Internacional Privado. De su debido despliegue depende el desarrollo legítimo de nuestra ramajurídica. Si sólo existe la Historia Mundial, el Derecho Internacional Privado puede resultar asfixiado por los hechos (8).

(6) Puede v. la defensa del Derecho Internacional Privado clásico por ejemplo en GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988; "El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos", Bs.As., Belgrano, 1979.

Creemos conveniente denominar al Derecho Internacional Privado clásico "Derecho Internacional Privado nuclear", ya que en él está el núcleo diferenciador del ámbito genérico de la vida jusprivatista internacional. Puede v. en relación con el tema CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aspectos filosólicos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en "Jurisprudencia Argentina", 9/III/1994.

(7) Un horizonte de la diversidad de culturas y de las tensiones emergentes de la penetración de la cultura occidental central en otras culturas puede v. por ej. en RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (dir.), "Regards sur le droit de la famille dans le monde - Annual survey of family law", París, Centre National de la Recherche Scientifique, 1991; LOSANO, Mario, "Los grandes sistemas jurídicos", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982; DAVID, René, "Les grands systèmes de droit contemporains", 3a. ed., París, Dalloz, 1969.

(8) En cuanto a la vinculación entre Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado puede v. además, por ej., nuestro artículo "El Derecho Comparado y su relación con el Derecho Internacional Privado", en "Boletín..." cit., Nº 10, págs. 15 y ss.

# **PERSPECTIVAS TRIALISTAS DE LA ANTROPOLOGIA FILOSOFICA**

## **(El hombre, ser misterioso que procura conocerse a sí mismo)(\*)**

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

**1.** La ciencia y la filosofía tratan de responder al interrogante **¿qué es el hombre?** sin que al fin ninguna pueda hacerlo de manera siquiera satisfactoria, porque la autognosis parece ser el tema del más significativo pero a su vez el más complejo de los interrogantes que podemos formularnos. Vale tener en cuenta que la respuesta requiere por lo menos en parte una “reflexión” sobre el propio sujeto que interroga, en una especie de círculo que como tal no tiene salida. El hombre es un ser deseoso de conocerse pero que sólo puede lograrlo en parte y está en parte condenado a la incógnita acerca de sí mismo. No es sólo un problema, sino al propio tiempo un ser que se **conoce a sí mismo** (o cree conocerse) y un **misterio** (o lo que creemos un misterio). Es más, el hombre es un ser especialmente deseoso de **conocer el mundo**, pero que sólo puede conocerlo en parte y reconoce que además el mundo es también **misterio**.

La omnisciencia que se predica de Dios haría obviamente que Él no se preguntara ni sobre sí mismo ni sobre el mundo y parece que los seres inferiores por lo menos no se preguntan con igual intensidad. Puede decirse que el hombre es de alguna manera el ser que se **pregunta** sobre sí mismo y **pregunta** sobre el mundo, pero también un ser “condenado” a esa pregunta sin que pueda encontrarle fin.

**2.** Quizás el hombre sea la más luminosa entrada que tenemos para adentrarnos en el universo, ya que siempre conocemos **desde nosotros mismos**. Sin embargo, al propio tiempo el hombre es un enorme **interrogante en el tiempo**, ya que es parte de una **evolución inconclusa**; en el **espacio**, pues presenta una enorme diversidad de manifestaciones en múltiples lugares del Planeta y en su propia **identidad**, dado que cada uno contiene una profundidad muy difícil de descubrir. Es más: en nuestros días los conocimientos científicos y las posibilidades técnicas llevan estos interrogantes a dimensiones cada día más **enormes**, signadas por aportes de la astronomía y los viajes espaciales, la ingeniería genética, etc.

(\*) Comunicación presentada por el autor a la Jornada Interdisciplinaria sobre Derecho y Antropología que con la organización de la Cátedra Interdisciplinaria “Profesor Dr. Werner Goldschmidt” dependiente del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario y con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas se llevó a cabo en la Casa del Foro de Rosario el 8 de abril de 1994.

(\*\*) Investigador del CONICET.

A medida que ha avanzado el curso de la **historia**, los intereses cosmológicos y teológicos fueron cediendo en intensidad ante el interés antropológico (1), aunque a nuestro parecer hoy estamos en un sendero bastante distinto, desplazado en parte por una **conciencia cósmica** que a la luz de la ciencia debe ir aumentando y desviado en otra parte porque el **interés parcial económico** tiende a destruir las perspectivas de la riqueza antropológica. Es posible que el hombre se pregunte menos por sí mismo porque lo paraliza la magnitud del interrogante cósmico, diríamos casi del misterio cósmico. Además, en una sociedad de sistema económico cada día más cerrado la pregunta antropológica se **debilita** e incluso parecería que el misterio antropológico es marginado. En este sentido, cada día parecemos más satisfechos con lo que “sabemos” respecto del hombre, cuando en realidad tenemos menos lúcida la pregunta que tanto nos caracteriza y el desafío de la ciencia y la técnica nos obligaría a ampliarla.

Más todavía, frente a la tal vez exagerada pretensión de conocimiento del hombre como **sujeto consciente** enfrentada a su vez al misterio, que caracterizó a la modernidad y a la contemporaneidad, en la actualidad gana espacio otra pretensión de conocimiento que al margen del misterio se refiere a un **sujeto “disuelto”** en el sistema económico y en la sociedad en general.

En nuestros días, junto al daño ecológico se está produciendo, quizás con menos atención general, un enorme **daño antropológico** que ataca las particularidades individuales, la diversidad espacial y tal vez las posibilidades de evolución de la especie. La época que nos toca vivir está produciendo un gigantesco asalto contra la riqueza cultural e incluso biológica del fenómeno humano. Desde la agresividad de la sociedad de consumo y la masificación a las posibilidades maravillosas, pero riesgosas, de la ingeniería genética se desarrolla un amplio marco para el daño antropológico (2).

- (1) En cuanto a la bibliografía antropológica, pueden v. por ej. CHOZA, Jacinto, "Manual de Antropología Filosófica". Madrid, Rialp, 1988; SCHELER, Max, "El puesto del hombre en el cosmos", trad. José Gaos, 9a. ed., Bs.As., Losada, 1971; BUBER, Martin, "¿Qué es el hombre?", trad. Eugenio Imaz, 6a.ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1967; CORETH, Emerich, "¿Qué es el hombre?", trad. Claudio Gancho, 4a. ed., Barcelona, Herder, 1982; TEILHARD DE CHARDIN, "El fenómeno humano", trad. M. Crusafont Pairó, Barcelona, Orbis, 1984; CASSIRER, Ernst, "Antropología filosófica", trad. Eugenio Imaz, 1a.reimpresión argentina, Bs.As., Fondo de Cultura Económica, 1988; VASCONI, Rubén, "Perspectivas - Una introducción a la Antropología Filosófica", Rosario, UNR, 1992; HARRIS, Marvin, "El desarrollo de la teoría antropológica", trad. Ramón Valdés del Toro, México, Siglo XXI, 1979; también, por ejemplo, FINANCE, Joseph de, S.J., "Ensayo sobre el obrar humano", trad. Alibino Loma, Madrid, Gredos, 1966; LLOBERA, José R. (comp.), "La antropología como ciencia", trad. Antonio Desmonts, Helena Valente y Manuel Uría, Barcelona, Anagrama, 1975; LISCHETTI, Mirta (comp.), "Antropología", 11a. ed. de la 5a. reimp., Bs.As., Eudeba, 1987; WATSON, Richard A., "A Critique of Anti- Anthropocentric Biocentrism", en "Environmental Ethics", 5, págs. 245 y ss.; conjuntamente con WATSON, Patty Jo, "Man and nature. An anthropological essay in human ecology", New York, Harcourt, Brace & World, 1969; DONAT, Peter - ULLRICH, Herbert, "Así se elevó el hombre sobre el reino animal", trad. S. Helbert, Bs.As., Cartago, 1975. Asimismo cabe recordar DARWIN, Charles, "El origen de las especies", trad. Aníbal Froufe, Madrid, Edaf, 1985; "El origen del hombre", trad. Julián Aguirre, Madrid, Edaf, 1980; MORGAN, Lewis H., "La sociedad primitiva", trad. ed. Pavlov, 5a. ed. en ed. Endymion, Madrid, 1987; LEVY-BRUHL, Lucien, "El alma primitiva", trad. Eugenio Trías, 2a. ed., Barcelona, Península, 1985. También v. por ej. AGUIRRE ENRIQUEZ, E. y otros, "Antropología", en "Gran Enciclopedia Rialp", t.II, Madrid, 1981, págs.417 y ss.
- (2) Podrá verse nuestro artículo "Notas para la defensa contra el “daño ecológico”", en "Investigación y Docencia", N°22, en prensa, presentado también como comunicación a esta Jornada. Para la relación con el daño ecológico es posible c. por ej. PIGRETTI, Eduardo A., "Derecho ambiental", Bs.As., Depalma, 1993; VIII Seminario Roma-Brasilia, "Diritto Latinoamericano e sistema ecologico mondiale", Sassari, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1992; MUKAI, Toshio, "Direito ambiental sistematizado", Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, esp. págs. 57 y ss. También vale tener en cuenta la experiencia en cuanto a la preservación del patrimonio cultural.

**3.** Todo fenómeno jurídico y toda teoría acerca del Derecho, en especial las de carácter jusfilosófico, **resuelven** de alguna manera, consciente o inconscientemente, la pregunta antropológica. A su vez, toda teoría jurídica, sobre todo si es de carácter jusfilosófico, debe evidenciar su jerarquía en la medida que **contribuya** a responder a la pregunta antropológica. Urge abrirse al planteo antropológico del Derecho, v.gr. con enfoques **interdisciplinarios** e incluyendo la solución de importantísimos **problemas concretos** de la vida jurídica, como el ya referido del daño antropológico, sin caer en las desviaciones del “**antropologismo jurídico**” o del “**juridicismo antropológico**”.

A la luz del interrogante antropológico se advierte, por ejemplo, la pobreza de las orientaciones jusfilosóficas que sostienen que el Derecho es sólo norma o sólo justicia (unidimensionalismos normológico como el de Hans Kelsen o dikelógico como el de Nettelbladt), en cuyos marcos planteos como el de la presente Jornada en mucho carecen de interés y la elaboración de normas sobre el daño antropológico no puede recibir la atención integral que merece. Es tal vez sobre todo impresionante la pobreza de la limitación a lo conocido por la intención del legislador que muestra la escuela de la exégesis.

En este caso brindaremos un panorama de la respuesta antropológica que subyace a la **teoría trialista del mundo jurídico** que, dentro de la concepción tridimensional del Derecho, sostiene que éste es un orden de repartos y distribuciones de potencia e impotencia, o sea de lo que favorece o perjudica al ser (dimensión sociológica), captados los repartos por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados los repartos, las distribuciones y las normas por la justicia (dimensión axiológica, en especial dikelógica) y de cómo puede resolverse el problema del hombre desde su punto de vista. A través de la teoría trialista encuentran amplia expresión nuestro propio conocimiento (e inevitablemente la mera creencia en nuestro propio conocimiento) y nuestro propio misterio (e inevitablemente la mera creencia en nuestro propio misterio). Al hilo de la teoría trialista pueden resolverse los problemas jurídicos de proyección antropológica con amplia lucidez(3).

El hombre es un ser con **infinitas características** comunes y diferenciadoras respecto de otros seres, pero a través del trialismo se esclarecen muchas perspectivas de su caracterización jurídica y de las decisiones con que se constituye a través del Derecho. Según hemos de ver, el trialismo presenta al hombre y su autoconstrucción sobre todo en su realidad compleja de la vida social, de su despliegue lógico y de su relación con el mundo del valor.

La teoría trialista del mundo jurídico muestra la relación entre Derecho y Antropología en una **complejidad pura**, capaz de superar la simplicidad pura aislacionista de los planteos actuales sin caer en las complejidades impuras que producen el antropologismo jurídico y el juridicismo antropológico e idónea para hacer valiosos aportes a la asunción jurídica del problema antropológico que requiere la situación actual.

**4.** Según lo ya expuesto, la teoría trialista del mundo jurídico reconoce que éste se constituye con adjudicaciones de potencia y de impotencia (lo que favorece o perjudica al ser y

(3) Puede v. acerca del trialismo por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

en los entes animados a la vida). Estas adjudicaciones pueden ser **repartos**, que provienen de la conducta de hombres determinables y realizan el valor conducción, o **distribuciones**, surgidas de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y realizadoras del valor espontaneidad. Así en la teoría trialista el hombre resulta un protagonista integrado en el mundo (principalmente en las **distribuciones de la naturaleza**), en la sociedad (sobre todo en los repartos y las distribuciones por influencias humanas difusas) y en el marco de lo desconocido (como lo muestran las **distribuciones del azar**). A la luz del trialismo el fenómeno humano puede constituirse a través de la conducción de los repartos, que cabe dentro de lo conocido, y de la espontaneidad de las distribuciones que guarda más afinidad con el misterio.

La teoría trialista reconoce la existencia de **repartos autoritarios**, que realizan el valor poder, y **repartos autónomos**, que satisfacen el valor cooperación. Entre los grandes interrogantes antropológicos jurídicos están el saber las medidas en que el hombre se constituye y debe constituirse por vías autoritarias o autónomas y nos parece claro que la medida en que se conozca con más certeza hace más posible el juego de la autoridad, en tanto que al acercarnos al misterio -cuando no se sabe y en especial no se puede saber- la autoridad se torna en una ilusión y quizás sea más viable intentar la autonomía.

Los **repartos** y las **distribuciones** pueden presentarse en situaciones de **orden** o de **desorden**. El orden de los repartos puede surgir verticalmente, del **plan de gobierno en marcha** que realiza el valor previsibilidad y horizontalmente de la **ejemplaridad**, que satisface el valor solidaridad. El hombre es un ser que proyecta e impone planes e incluso planifica su vida, y al propio tiempo un ser que se va desarrollando a través de la racionalidad surgida de las raíces mismas de la vida social. En la medida que nos conocemos es más viable proyectar e imponer planes, pero en tanto somos un misterio sólo nos cabe el juego de la ejemplaridad. En cuanto nos conocemos puede ser más firme el sostentimiento del orden de repartos, pero en cuanto somos un misterio el orden y el desorden adquieren significación más pareja.

El orden de los repartos puede desarrollarse de manera más **conservadora** o **innovadora** y en este caso por una vía más **evolutiva** o **revolucionaria**. El hombre se desenvuelve entre las tendencias a mantener las viejas formas o producir otras nuevas. En la medida que nos conocemos podemos llegar más fácilmente a las decisiones revolucionarias o incluso conservadoras, en tanto que el misterio tiende a ligarnos a la mera evolución.

Los repartos y sus órdenes pueden encontrar **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas. Uno de los grandes límites es precisamente el misterio, en el cual pueden cambiarse todos los sentidos de lo que pretendemos. De cierto modo la vida del hombre ha sido una formidable lucha permanente para vencer al misterio, que suele ceder para mostrarse más inconmensurable.

Los desarrollos que ha tenido la teoría trialista luego de su formulación básica muestran que la realidad social del Derecho se desenvuelve al hilo de **posibilidades** que se convierten en **realidades** y de la **finalidad objetiva** de los acontecimientos, en las que se procura realizar la **finalidad subjetiva** de los repartidores. Los despliegues de la posibilidad, la realidad y la finalidad objetiva tienen alcances interrelacionados de carácter infinito, de modo que resultan categorías “**pantónomas**” (pan=todo; nomos=ley que gobierna) y para abordar esas pantomimias es imprescindible recurrir a fraccionamientos que brindan certeza. Esta comprensión jurídica del trialismo refleja, a su vez, otros caracteres propios del ser humano. El hombre es en general un ser consciente de las posibilidades, de la realidad y de la finalidad objetiva de los

acontecimientos, que las aborda mediante fraccionamientos productores de certeza en un mundo en gran medida desconocido. De uno y otro lado de la línea de corte quedan respectivamente lo conocido y el misterio. El hombre es un ser que incorpora a la relación causa-fin de la naturaleza la vinculación medio-fin de la finalidad que, sobre todo en el caso de la finalidad subjetiva, es un fuerte intento de hacer prevalecer lo conocido sobre el misterio. Las proyecciones de dichas categorías al pasado, el presente y el porvenir muestran que el hombre es un ser cargado de historia y lanzado al futuro.

Sobre todo a través de los desarrollos que ha recibido luego de su formulación básica, la teoría trialista muestra al hombre en su fuerte inserción en la temporalidad, o sea en la oportunidad para realizar los valores. En general el hombre es, en mucho, un ser vastamente dotado de la conciencia de la oportunidad y la temporalidad.

5. La teoría trialista del mundo jurídico reconoce que los repartos son descriptos e integrados por normas. Una norma es la captación lógica neutral de un reparto proyectado. En las captaciones normativas y en sus bases lingüísticas se expresa especialmente la capacidad simbólica que para algunos es la característica que diferencia lo humano. La correspondencia entre las normas y la realidad social se manifiesta a través de las cualidades de fidelidad, exactitud y adecuación de las normas, pero siempre hay diferencias entre unas y otra porque las normas tienden a presentar un mundo conocido y la realidad social tiene muchos más aspectos de misterio.

Según sus antecedentes (o sea, las captaciones de los sectores sociales a reglamentar) las normas pueden ser generales, cuando se refieren a sectores sociales supuestos, futuros e irreales o individuales, cuando se refieren a sectores sociales descriptos, pasados y reales, satisfaciendo respectivamente los valores predecibilidad e inmediatez. Las normas generales son instrumentos para avanzar con lo pretendidamente conocido sobre el misterio del porvenir; las normas individuales son medios para apoyarse más en lo realmente conocido, pero aceptando el misterio del futuro.

También reconoce la teoría trialista la figura del imperativo, que en definitiva es captación lógica de una orden desde el punto de vista de los protagonistas. Aquí el sector social a reglamentar queda sobreentendido, es presente y real y de cierto modo se lo sobreentiende porque se lo considera suficientemente conocido.

Cada tipo de fuente formal plantea una manera de conocer el mundo y de dejar espacio al misterio, pero para que éste vaya cediendo suele ser imprescindible contar con un complejo de fuentes adecuado. Como su nombre lo indica, las fuentes "de conocimiento" se refieren a lo conocido, pero a su vez son completas si se proyectan en la mayor medida posible a la penetración del misterio.

Entre las tareas del funcionamiento de la norma, la interpretación se obtiene investigando el sentido literal (que le atribuye la comunidad donde ha de ser aplicada) y el sentido histórico (o sea la voluntad del autor) y comparándolos, a fin de que en caso de discrepancia prevalezca el segundo sobre el primero. En la averiguación del sentido histórico hay que remontarse desde la intención en que pensó concretamente el autor al fin último de lo que dispuso. Este fin corresponde al "espíritu" de la norma y la referencia a él es la manera de evitar que en última instancia el misterio de lo que nadie quiso se imponga a lo querido por el autor.

A menudo las normatividades quedan incompletas, requiriéndose su determinación. Ese

carácter incompleto suele evidenciar el espacio entre lo “conocido”, que se interpreta, y lo misterioso a cubrir de cierto modo en la determinación.

En caso de carencia de norma o sea de laguna en el ordenamiento normativo el funcionamiento requiere la **elaboración** de una nueva norma que significa integración del ordenamiento normativo. La elaboración puede producirse en base a elementos tomados del propio ordenamiento normativo, o sea en autointegración, o al recurso a valores ajenos al mismo ordenamiento, es decir, en heterointegración. La autointegración significa una mayor referencia a lo conocido, en tanto la heterointegración corresponde a una apertura a algo relativamente más misterioso.

El ordenamiento normativo puede ser un **mero orden**, cuando en caso de carencia de norma el encargado del funcionamiento (por ej. el juez) debe consultar con el autor del mismo ordenamiento (que suele ser v. gr. el legislador), o un **sistema**, cuando en caso de carencia el encargado del funcionamiento debe resolver, sea aplicando siempre algún criterio de “cierre del ordenamiento” (como el de aprobar lo que haya sucedido) o según él lo crea valioso (respectivamente sistema formal o material). Las fuentes formales de los meros órdenes son normalmente las recopilaciones y las fuentes formales habituales de los sistemas son las codificaciones. Los meros órdenes reconocen un misterio que sólo puede descubrirse ante el planteo de los casos, en tanto en general los sistemas procuran que a través de ellos haya un mayor conocimiento. No es por azar que la edad de la codificación, o sea de las fuentes formales fuertemente sistemáticas, fue la época de la mayor confianza en el conocimiento humano. Los sistemas formales pretenden que sus beneficiarios (en el ejemplo, quienes hayan producido los acontecimientos) conozcan a qué atenerse, aunque sea a costa del misterio para los autores y encargados de hacer funcionar esos ordenamientos y los sistemas materiales buscan reconocer un cierto grado de misterio que se resolverá a través de la integración por los encargados del funcionamiento.

**6. Los valores** que el hombre puede realizar son **naturales** o **fabricados**. Los valores fabricados tienen por lo menos una apariencia mayor de sometimiento a lo conocido, a menudo tienden a simplificar el mundo, en tanto los valores naturales se abren más al misterio. A veces los valores fabricados son falsos porque se oponen a los valores naturales y una de las vías de esa falsedad es que lo aparentemente conocido tropiece con el misterio de los valores naturales.

Los desarrollos de la teoría trialista han permitido advertir que el hombre puede realizar un **complejo axiológico** que abarca diversos valores particulares, como la utilidad, la belleza, la justicia, etc. y culmina en el deber ser cabal de su ser, que es el valor humanidad. Algunos valores particulares, como la utilidad, tienden a referirse más a lo conocido, en tanto otros como la justicia y la belleza se abren más al misterio, pero entendemos que la mayor tensión entre conocimiento y misterio se produce en el valor humanidad.

La inmensa riqueza del complejo axiológico que podemos realizar se muestra también en la inmensidad de los “**desvalores**” a nuestro alcance, no sólo del bien sino del mal que podemos producir a nuestros semejantes, a nosotros mismos y al universo en general, al punto que hemos llegado a ser la única especie que podría producir voluntariamente su propio fin y el de la vida en el Planeta.

Los desenvolvimientos producidos en la teoría trialista permiten reconocer además que hay muy diversas vías para el descubrimiento de la justicia, o sea diversas **clases de justicia**. Entre estas clases hay algunas más claramente referidas a pretensiones de ceñirse a lo conocido,

dejando al margen el misterio, como la justicia **sin acepción** (consideración) de personas y la justicia **simétrica** y otras más nítidamente orientadas a penetrar en el misterio, como la justicia **con acepción** de personas y **asimétrica**.

El valor justicia es una categoría “**pantónoma**”, porque se refiere a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras y, como no podemos satisfacer esa pantomía pues no somos ni omniscientes ni omnipotentes, es imprescindible producir fraccionamientos que originan seguridad jurídica. De un lado de esa línea de fraccionamiento se encuentra sobre todo lo que se considera conocido y de la otra principalmente el misterio. Hay a veces, sin embargo, un sector de lo fraccionado que corresponde a lo conocido pero imposible.

La justicia exige que cada **individuo** reciba la esfera de libertad necesaria para convertirse en **persona**, pero frente a todos los desbordes que suelen producirse en las pretensiones de conocimiento de lo que es individuo y persona, vale reconocer que ambos tienen grandes despliegues de misterio. Los dogmas que a menudo pretenden suplantar el misterio del hombre son una de las mayores amenazas para la justicia y para la propia condición humana.

Los títulos de legitimación de los **repartidores** pueden ser la superioridad moral, científica o técnica, que caracteriza a la **aristocracia** y el acuerdo de los recipientes que caracteriza a la **autonomía** y a la democracia. La aristocracia depende más de lo que se conoce, en tanto la autonomía y la democracia se adecuan más a cubrir la legitimidad en las zonas de misterio.

Los **objetos** repartidores (dignos de ser repartidos) que reconoce la teoría trialista son la **vida**, la **libertad**, la **propiedad**, la **creación**, etc. y todos ellos evidencian márgenes de conocimiento y de misterio. Los avances ilegítimos de la muerte, la opresión, la miseria, la rutina, etc. suelen ser sobre todo asaltos contra el misterio.

Las **formas** (o sea los caminos previos elegidos para llegar a los repartos) más legítimas de la autoridad y la autonomía son respectivamente el **proceso** y la **negociación**, opuestas a la mera imposición y la mera adhesión. El proceso es un intento de avanzar con el conocimiento en el terreno del misterio, aunque hay que estar en guardia contra el conocimiento procesal falsificado y la negociación es también un importante esfuerzo para avanzar en el conocimiento, que puede ser falsificado. La mera imposición y la mera adhesión procuran recortar el conocimiento marginando el misterio.

Un régimen justo debe ser **humanista**, tomando al hombre como fin y no como medio y en lo posible ha de practicar el **humanismo abstencionista**, que deja al hombre elegir y realizar su propia fórmula de personalización. No debe ser totalitario, es decir, no ha de tomar al hombre como medio y tampoco ha de desbordarse en el intervencionismo innecesario. En el humanismo con sus dos vertientes se realiza el debido equilibrio entre conocimiento y misterio, en tanto el totalitarismo es un gran atropello del conocimiento falsificado sobre el conocimiento verdadero y el misterio.

Un régimen humanista ha de respetar la **unicidad**, la **igualdad** y la **comunidad** de todos los hombres, que son senderos necesarios para el desarrollo del conocimiento y el misterio. Cada hombre, todos los hombres y la comunidad humana en su conjunto son a la vez objetos de conocimiento y de misterio. Además un régimen humanista ha de desenvolver un clima de **tolerancia**, en que se cree en la verdad pero se respeta al ser humano permitiéndole escuchar la propaganda de todas las ideas, y ha de superar los climas de indiferencia a la verdad y de autoridad para imponerla. La defeción en cualquiera de estos requerimientos de unicidad, igualdad y

comunidad por una parte y de tolerancia por otra puede romper el delicado equilibrio de conocimiento y misterio en que se desarrolla el fenómeno humano. En la defeción en cualquiera de estos frentes se pone en riesgo la **diversidad** no sólo biológica sino antropológica que es **patrimonio común** de la especie y el cosmos todo.

Para ser humanista un régimen ha de **proteger** al individuo contra los demás, el régimen, sí mismo y todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). En cada situación se requiere, al respecto, un equilibrio que respete debidamente los márgenes de conocimiento y misterio.

7. Aunque sea en diversos grados, todas las **ramas del mundo jurídico**, como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo, el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado, etc. deben tomar conciencia de la problemática antropológica contenida en el Derecho. También, con miras a atender debidamente a esta problemática, hay que cultivar en especial la Historia y la Prospectiva del Derecho, el Derecho Comparado y la Teoría General del Derecho (como sistema jurídico). A la luz de las perspectivas ya bosquejadas, la teoría trialista del mundo jurídico brinda instrumentos valiosísimos para que todo esto ocurra(4).

(4) En cuanto a la bibliografía reciente relacionada con el tema puede v. asimismo, por ejemplo, NEGRI Héctor, “La crisis moral contemporánea como crisis de dos concepciones antropológicas”, en “Boletín” de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Nº 63, págs. 6 y ss.

# EL PROCESO CIVIL ANTE LA CRISIS DE LA SUBJETIVIDAD MODERNA(\*)

Mario E. CHAUMET (\*)  
Alejandro A. MENICOCCI(\*\*)

## Introducción

La estructura cultural de nuestros días se presenta en situación de crisis. Así también la juridicidad de la edad moderna y la edad contemporánea -en sentido estricto- va sufriendo profundas transformaciones que se manifiestan en todas sus áreas(1).

A este "clima cultural" en el que nos movemos se le ha puesto el nombre de posmodernidad(2). Lo reconocemos, en principio como expresión de un fenómeno de nuestro tiempo(3). Describirlo resulta complejo. Respecto a sus rasgos definitorios no hay acuerdo. Son múltiples las caracterizaciones que se han hecho de la posmodernidad y frecuentemente disímiles las conclusiones. La falta de perspectiva que siempre ofrece lo contemporáneo dificulta el análisis. Así el Profesor Vasconi comentaba en disertación reciente, que ante el pensamiento posmoderno nos encontramos hoy en una situación semejante a la que vivíamos respecto del "existencialismo" hacia 1950. Se hablaba de él, se lo encontraba en diferentes rasgos de la

- (\*) Ideas básicas de la ponencia que al respecto presentaron los autores en la Jornada Interdisciplinaria sobre "Derecho y Antropología" organizada por la Cátedra Interdisciplinaria "Profesor Dr. Werner Goldschmidt" dependiente del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R. y el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 8 de abril de 1994.
- (\*\*) Profesor Asociado de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- (\*\*\*) Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
- (1) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, F.I.J., 1985, pg. 65 y ss.
- (2) Acerca de la posmodernidad puede v. por ej. VATTIMO, Gianni, "El fin de la Modernidad", trad., A.L. Bixio, 3a. edic., Barcelona, Gedisa, 1990; JACKSON, Michael O., "Modernism, Post Modernism and Coontemporany system Thinking", en "Critical Systems Thinking", ed. por R.L. Flood y M.C. Jackson, 1992 John Wiley & Sons Ltd., ps. 279 y ss. (con nota de M.A. Ciuro Caldani en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", nº. 16, ps. 89 y ss.); JAMESON, Fredric, "El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado", trad. Pardo Torio, 1a. reimpr. en Argentina, Bs.As., Paidós, 1992; CHEAL, David, "Unity and difference in Postmodern Families", en "Journal of Family Issues", vol. 14, Nro. 1, marzo 1993, ps. 5 y ss.; REIJEN, Willen van, "Labyrinth ad Ruin: The Return of the Baroque in Postmodernity", en "Theory Culture & Society", vol.9, ps.1 y ss.; LYOTARD, Jean-François, "La condición postmoderna", trad. M.A. Rato, Bs.As., Rei, 1991. DIAZ, Esther, y otros, ¿Posmodernidad?, Bs. As., Biblos, 1988; MALIANDI, Ricardo, "Dejar la Posmodernidad", (La ética frente al irracionalismo actual), Bs. As., Almagesta, 1993; ROA, Armando, "Modernidad y Posmodernidad: Radiografía del Tiempo Presente", en "El Mercurio-Artes y Letras", Santiago de Chile, 16-01-94, p. E-10 y ss.
- (3) BARRERA, J. Nicasio, "Postmodernidad, postmodernismo y Teoría del Derecho", en VIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Tucumán, Agosto 1993.

cultura (literatura, moda, filosofía, actitudes cotidianas) pero sus caracteres y representantes estaban muy poco dibujados. Los años fueron aclarando la problemática y configurando esta corriente filosófica(4).

Se discute principalmente si la modernidad ha llegado a su fin, si está pasando una crisis o es que solo está inconclusa. Así por ejemplo hay quienes que -como Habermas- no pretenden abandonar los proyectos que sustentan la modernidad, que, como proyecto inconcluso, se debe orientar. Por su parte, para Vattimo, el "post" de posmoderno, indica una despedida de la modernidad, y otros como Foster agregan una tercera actitud proponiendo un retorno a posiciones previas a la modernidad(5). Incluso algunos dicen que por ser dicha posmodernidad algo nuevo, también debiera incluirsela en la modernidad, dado que la esencia de la modernidad es no estar vuelta hacia la tradición, sino a toda novedad.

No asumimos, en estas meditaciones, un análisis valorativo sobre este tiempo denominado de la posmodernidad. Pero sí creemos que es necesario asumir la existencia de un cambio cultural.

Sin perjuicio de ello creemos que, en un sentido, la posmodernidad supone la ruptura con aspectos predominantes que distinguieron a la modernidad, especialmente significativos para la juridicidad(6).

### **La subjetividad moderna**

De los múltiples rasgos con que se ha caracterizado a la posmodernidad, hoy queremos concentrarnos en uno, quizás en el más relevante, en el que por lo menos denominamos la crisis de la subjetividad moderna.

La modernidad se caracterizó fundamentalmente por un avance en el protagonismo del hombre. La edad moderna incorporó un nuevo sujeto a la historia: **el ser humano individualmente considerado**.

Se trata principalmente de la exaltación de un ser plenamente consciente, autónomo y racional.

Fernando de Trazegnies, parafraseando a Hegel, remarca que la modernidad es un tiempo en que el sujeto entra en relación consigo mismo, un tiempo en que el hombre se aprehende como sujeto. Esta autopercepción del sujeto como sujeto lleva a la exaltación de la libertad, y especialmente en el "continente", al poder de la razón individual(7).

La autonomía de cada individuo forma parte de lo más esencial del mundo moderno.

La modernidad supone a un "sujeto fuerte", "cada hombre es un yo dotado de un valor

(4) VASCONI, Rubén, de la disertación pronunciada en la Reunión Abierta de la Cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la U.N.R., preparatoria de la Jornada Interdisciplinaria sobre Derecho y Antropología, Rosario, marzo de 1994.

(5) V.PERONA, Nélida, "La postmodernidad. La potencialidad del término para discutir algunos problemas.", México D.F., 1980. Inédito.

(6) CIURO CALDANI, Miguel Angel, CHAUMET, M.E., "Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la posmodernidad", en "Investigación y Docencia", Nro.21, Rosario, F.I.J., 1992/3, ps. 67 y ss.; v. tben. CHAUMET, Mario. "La posmodernidad y las técnicas alternativas de resolución de conflictos", en prensa.

(7) En: "El derecho civil ante la post-modernidad", La Ley, 1990-II, p. 655.

absoluto y cuya autonomía se funda en el pensar por el cual se vincula al fundamento absoluto(8).

Nada le está vedado a la razón y a su capacidad cognoscitiva. El poder conocer y transformar la realidad forma parte del ideario de la modernidad. Se supone una clara subordinación de la realidad a las condiciones impuestas por el sujeto. Se profundiza la dualidad entre sujeto y objeto de conocimiento. Por esa vía el hombre podía llegar a dominar la naturaleza, comprender el origen de la sociedad civil, elaborar el derecho.

La fe moderna en el hombre para cambiarlo todo posibilitó la radicalización de los metarelatos. Ellos mostraron la fe ciega de hombre en sus creencias mentales y en la potencia de estas para transformar la realidad.

También se partió de la creencia de la superioridad absoluta del hombre por sobre los otros seres. Sobre estas bases se origina una eticidad donde el respeto por la vida humana se lo supone como absoluto.

La radicalización de la autonomía dificultó los actos de agregación(9). Así Héctor Negri señala que la antropología de la modernidad se caracteriza por el hecho de un hombre visto como ser para sí mismo, implica que el hombre moderno se presenta como un ser solitario, encerrado en sí mismo. El encuentro con el otro le fue esencialmente problemático. Se ha gestado un ser cerrado autosuficiente. De allí que sostiene que la modernidad solo presenta, cuando la hay, alteridad conflictiva. "El conflicto fue rápidamente incorporado a las categorías del ser del hombre"(10).

Señala Negri que el carácter exhaustivo de la modernidad deviene de la imposibilidad de comprender y afirmar el misterio del diálogo.

En síntesis, nos encontramos principalmente con que la modernidad, que ha consagrado el papel protagónico del hombre, nos muestra un sujeto plenamente autónomo, consciente, "fuerte" con plenos poderes para comprender y transformar la realidad, dando cuenta de la misma mediante grandes construcciones teóricas, relacionándose mediante una alteridad conflictiva.

### **Crisis de la subjetividad moderna**

Como lo hemos expresado, de los diversos elementos más o menos definitorios de la posmodernidad, el que aquí destacamos es el que encontramos ante lo que, por lo menos, se presenta como un "replanteo de la subjetividad" legada por la modernidad.

Esa idea de exaltación de lo individual, de confianza en el poder de la razón y en la conciencia del hombre, en su autodeterminación, esa fe en el voluntarismo inicial de lo subjetivo frente a toda finalidad externa, suponiendo que los fines son con exclusividad el resultado de expresiones libremente adoptadas, está en crisis. En este sentido no asombra, que así como en un momento se llegó a proclamar la muerte de Dios, en estos días se ha podido anunciar la muerte

(8) VASCONI, Rubén, op. cit.

(9) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Bs.As., Depalma, 1976.

(10) NEGRI, Héctor, "Antropología y Posmodernidad", en op. cit. "VIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social", Tucumán agosto de 1993.

del hombre, suponiendo que es un mito la reivindicación del sujeto consciente(11). El punto de partida que, desde Sócrates, gozaba de una presunción de legitimidad indiscutible, hoy aparece seriamente cuestionado en gran medida por el psicoanálisis y la filosofía nietzscheana, entre otros. El mismo concepto de teoría se derrumba.(12) Si bien la modernidad sustituyó a Dios por el Hombre, este último y sus obras -entre ellas, la ciencia y la filosofía- poseían las características que, en otro tiempo, se consideraban divinas.

La modernidad suponía un “sujeto fuerte”. Por el contrario la posmodernidad nos muestra un “sujeto débil”, “el hombre de buen carácter dispuesto a gozar de lo nuevo y que se satisface con lo efímero y fugaz.”(13)

La percepción de la realidad se hace en superficie, donde todo aparece difuso, supeditado a comportamientos pragmáticos, sin preocuparse por justificaciones teóricas, filosóficas. Se ha perdido el interés por concepciones globales acerca del mundo o del hombre, cuya naturaleza no valdría la pena profundizar.

Se relativiza el valor de la vida humana que sólo vale si tiene calidad de ser gozada.

La clásica diferencia sujeto-objeto típica de la modernidad se esfuma, pues ya no hay un sujeto observador imparcial que estudia su objeto sino sobre todo en la tecnoconciencia lo que correspondería antiguamente al objeto, se vuelve activamente sobre el sujeto, lo modifica, lo cambia. “En las técnicas posmodernas con la aparición de la informática, de la televisión, etcétera, el supuesto objeto creado se vuelve sobre el sujeto creador y lo influye por dentro, recreándolo en cierto modo a su vez”. Resulta difícil establecer cuánto pertenece al hombre y cuánto a las tecnologías, distinguir quién es sujeto y qué es objeto. A veces es el sujeto el que cabalga al objeto y lo dirige, y de repente es el objeto el que cabalga al sujeto y lo maneja.(14)

“La posmodernidad expresa también una crisis de desasosiego frente a un modelo de racionalidad individual. Se ha perdido la confianza en esa racionalidad que fundaba todo su obrar en el ideal de la razón. Esto no quiere decir que no se busquen otros discursos alternativos. Así hay quienes sostienen que el nuevo gran relato se expresa como ideal de la razón perfomática. Esta supone una suerte de ontología de la mejor actuación en un doble aspecto: optimización de la eficiencia y carácter imperativo del éxito, exaltación de la exterioridad e hiperrealismo de las formas”(15).

Una de las características tipificantes de nuestro tiempo es que la socialización de la vida

(11) Foucault desliza una crítica a la teoría del sujeto formada en la modernidad que pone al mismo como núcleo central de todo conocimiento. Luego de los descubrimientos del psicoanálisis, dicha teoría pecaría de ser demasiado “cartesiana” o “kaniana”. El punto de partida que, desde Sócrates, gozaba de una presunción de legitimidad hoy aparece seriamente cuestionado. (v. “La verdad y las formas jurídicas”, 3a. edic., trad. Enrique Lynch, Madrid, Gedisa, 1.992, p. 16; v. también CHAUMET, Mario, MENICOCCI, Alejandro A., “El recurso contencioso administrativo sumario (ley 10.000)”, en prensa.

(12) HABERMAS, Jürgen, “Ciencia y técnica como “ideología””, 2da. edic. traducción de Manuel Giménez Redondo y Manuel Garrido, Madrid, Tecnos, 1992, p. 159.

(13) Vasconi, Rubén, op. cit.

(14) ROA, Armando, op.cit. p. E-11; HABERMAS, Jürgen, “Ciencia y técnica como “ideología””, trad., M. Jiménez Redondo y M. Garrido, Madrid, Tecnos, 1992, ps. 131 y ss.

(15) CHAUMET, Mario, op. cit. “La posmodernidad y las técnicas...”; DEI, H. Daniel, “El derecho en la encrucijada del <>travestismo>>”, en Anales de Filosofía Jurídica y Social, compilación de comunicaciones de VIII Jornadas argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Tucumán Agosto de 1993.

se hace todavía más intensa. Por ello también entra en crisis la concepción cultural que caracterizó la modernidad, en donde lo individual era el principal motor de la sociedad(16). Hoy por el contrario, la conducción va cediendo cada vez a un curso de los acontecimientos donde lo difuso prácticamente abarca todo.

Lo cierto que bajo consideraciones más o menos extremas, la cultura de nuestros días ha puesto en crisis ese apego radicalizado de la subjetividad que caracterizó a la modernidad.

## **La concepción del sujeto y su proyección jurídico-procesal**

### **El proceso moderno**

Siendo el derecho una manifestación de la cultura, no podía permanecer indemne a este proceso de crisis de la subjetividad. En las líneas que siguen, pondremos de manifiesto la proyección que el concepto "clásico" de sujeto tuvo en el ámbito procesal y su transición hasta este concepto "posmoderno".

Entre los mayores logros que ofreció la modernidad para protección de la subjetividad se cuenta el fortalecimiento del individuo mediante el reconocimiento de derechos fundamentales(17). Ello requirió de un sistema de protección de resolución de conflictos racionalmente organizado por el mismo Estado. La radicalización del protagonismo del sujeto plasmó también en la organización judicial y en la concepción del proceso. El maestro Couture enseñaba que el proceso civil funciona a iniciativa de parte: "nemo iudex sine actore"; el proceso se forma con el ejercicio de la acción, que es en definitiva su punto de partida.

Así también, la litis fue concebida como el instrumento donde se debatían intereses que se pretendían jurídicamente protegidos por el derecho. Tales intereses llegaron a ser concebidos como el sustrato de los derechos individuales. La acción -en un principio y durante mucho tiempo- apareció vinculada directamente a la idea de derecho subjetivo: no podía existir acción sin derecho subjetivo. En este sentido, la acción era sólo el derecho en movimiento, su "forma dinámica". Si bien la doctrina procesalista fue superando la concepción que identifica derecho y acción, afirmando la autonomía de esta última, -la acción en sí misma se desprende del derecho subjetivo- sin embargo siguió suponiendo un derecho individual, concreto, como lo es el derecho de todo individuo a la tutela jurisdiccional.

En definitiva, se emancipó a la acción del derecho subjetivo, pero no llegó a serlo del sujeto. Puede haber acción sin derecho subjetivo, pero no puede haber acción sin sujeto. La acción se configura como el derecho subjetivo a la jurisdicción. Conceptos tales como "acción", "legitimación de obrar", "cosa juzgada" y tantos otros estaban vinculados entre sí, donde lo supraindividual no tenía lugar.

El análisis de algunos de los elementos caracterizantes del proceso civil servirá para graficar lo que venimos exponiendo. El sujeto incoa la pretensión adquiriendo el rol de parte: los procesalistas se han encargado de distinguir la "parte procesal" de la "persona", siendo la

(16) FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 1984.

(17) CHAUMET, Mario E., MENICOCCI, Alejandro A. op. cit. "El recurso contencioso..."

última un concepto del derecho sustancial. Sin embargo, para ser parte en un proceso es menester ser persona (física o jurídica), pedir por el derecho de una persona. La identificación de la pretensión también es una característica que anida en el proceso moderno, la sentencia no puede otorgar más de lo reclamado por el actor. Los elementos coadyuvantes de la decisión son aportados por las partes, estableciéndose un rígido sistema de cargas en función del cual cada vértice del triángulo chiovendiano mejorará o empeorará su situación.

El juez es el paradigma de la abstracción: solo conoce lo que se le ha aportado, es “impartial” e “imparcial”. Lleva a cabo una operación o engranaje lógico de la previsión abstracta, genérica, con la concreta, ocurrida realmente en el caso. Así concluye el juicio, con la sentencia (comparada a veces como la conclusión de un silogismo).

La sentencia debe responder a ciertas características que garantizan su estructura lógica: congruencia, derivación razonada del derecho vigente. Sin embargo, aflora una contradicción vislumbrada en este paradigma de racionalidad del proceso moderno. Nos habla Couture del fuerte contenido volitivo que la sentencia tiene frente a su aparente racionalidad(18).

“La sentencia no se agota en una pura operación lógica. La valoración de la prueba reclama, además del esfuerzo lógico, la contribución de las “máximas de experiencia” apoyadas en el conocimiento que el juez tiene del mundo y de las cosas. La elección de la premisa mayor, o sea la determinación de la norma legal aplicable, tampoco es una pura operación lógica... ”.

De todos modos, reconociendo el fuerte ingrediente volitivo de la sentencia, no deja de ser ello un producto deliberado del sujeto, un “reparto”. Ningún ingrediente exógeno que no fueran las normas, los hechos y los valores parece contribuir en esta decisión “racional” que emana del juez que resuelve el conflicto. El fruto de esa decisión, agotado cierto límite para su cuestionamiento (he aquí la función del tiempo o el estrecho margen sobre el cual podía mediar controversia) pasaba en autoridad de cosa juzgada. La sentencia adquiría así “inmutabilidad” y “coercibilidad”. La historia del derecho procesal parece demostrar que la cosa juzgada es una institución relativamente novedosa, impuesta por una exigencia política y no propiamente jurídica. El derecho antiguo y medieval no conocían el rigor con que el instituto fue presentado en la modernidad. Las teorías acerca de la misma la vinculan, necesariamente, con el valor “verdad”: Savigny buscó para aquella una justificación fundada en la ficción de verdad y Pothier en una presunción de esta última. La consecuencia difícilmente podía ser otra: el paradigma de “verdad” y “justicia” que culminaba con el conflicto de dos subjetividades perfectamente escindidas (límites subjetivos de la cosa juzgada) con respecto a una adjudicación también estrechamente determinada (límite objetivo) facultaban a sacralizar el riguroso fraccionamiento.

En síntesis, el paradigma de la subjetividad moderna se traslada al sistema de solución de conflictos, jerarquizando la subjetividad de las partes y la del juez.

### **La crisis de la subjetividad moderna en el proceso civil**

Ya hemos señalado que los cambios culturales ponen en crisis la concepción moderna del derecho. En consecuencia también se empiezan a cuestionar los mecanismos que la modernidad

(18) Op. cit. p. 161.

ha generado para la protección de los derechos, especialmente el proceso judicial moderno(19).

Augusto Mario Morello, a través de sucesivos aportes, ha logrado sintetizar la metamorfosis y esfuerzo de adaptación y sometimiento que experimenta el moderno derecho procesal(20).

Por su parte, Jorge W. Peyrano, cuando describe las notas posmodernas del derecho procesal, señala que el régimen procesal actual es consecuente con el clima general de la época que todo lo abarca y todo lo incluye. Por eso afirma que parece que también ha llegado el fin de las ideologías procesales(21).

Ese sujeto individual, consciente, homogéneo, “fuerte”, racional, que fue supuesto de la estructura del proceso moderno al entrar en crisis, va produciendo una transformación de dichas estructuras.

Lo supraindividual, lo colectivo, lo difuso, empiezan a incidir cada vez con mayor gravitación en la solución de los conflictos(22).

Habíamos expresado que el proceso moderno requería necesariamente de una acción cuyo titular era una persona que asumía el rol de parte. Es más, salvo raras excepciones, para el ejercicio de dicha acción debía invocarse un derecho subjetivo o por lo menos un interés legítimo. El sujeto individualmente considerado se convertía así en el punto necesario para poder excitar el órgano jurisdiccional.

En la actualidad, en cambio, basta aducir una faceta de la subjetividad para poner en marcha el proceso. Augusto Mario Morello, con singular énfasis, refiere que “El impacto de los procesos colectivos sacude a la santa bárbara de la tradicional explicación científico procesal, con la que de manera general (sin diversificaciones) se pretendió dar respuesta, entre los años 40 y 70, a los fenómenos que iban rotando de posición, de escala, complejidad y velocidad(23).

Hoy por ejemplo, en la Provincia de Santa Fe, la ley 10.000, de protección de los intereses difusos, ha revolucionado los conceptos de acción y legitimación para obrar. Se admite así, la posibilidad de incoar un “recurso” jurisdiccional cuando se lesionaran intereses simples o difusos de los habitantes de la provincia(24).

La reciente ley nacional de defensa del consumidor produce una apertura, al prescribir que las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores.

La captación de un sujeto difuso, opera en todos los vértices del triángulo chiovendiano. También se hace difuso el sujeto pasivo, y no escapa a ello el llamado a resolver el conflicto.

Esto hace decir al maestro platense que: “Una nueva cultura jurídica del proceso adversarial: más simple, informal, que relativiza el rigor pretendidamente absoluto y cerrado de los principios; nada conceptualista ni abstracto, en donde el juez pierde una neutralidad que es

(19) CHAUMET, M.E., op. cit. “La posmodernidad y las técnicas...”

(20) Especialmente ver “El Proceso Civil Colectivo”, J.A., 12-03-93, p.2.

(21) PEYRANO, Jorge W. “Procedimiento civil y comercial”, Rosario, Juris, 1991, t.1, ps. 1 y ss.

(22) CHAUMET, M.E., MENICOCCI, A.A., op.cit. “El recurso contencioso...”.

(23) MORELLO, Mario A., op. cit. “El proceso civil...”

(24) CHAUMET, M.E., MENICOCCI, A.A., op.cit., “El recurso contencioso...”

una manera disfrazada de conservadorismo y manteniendo desde luego total independencia y objetividad, axiológicamente está personalmente comprometido a que los resultados de la jurisdicción sean más justos y útiles. Del protagonismo del juez y de la forma de conducirse y estimular a la colaboración debida por los otros sujetos del proceso. Director inmediato y no distante, que maneja poderes-deberes de uso inaplazable, que busca la verdad jurídica y que en algunos temas de especial connotación social (previsionales, minoridad, laborales, agrarios) no sólo aguarda la puntual satisfacción de las cargas probatorias dinámicas y de colaboración real de los interesados (según sea su posición y mejor información) sino que, además, llega a comportarse como cabal investigador, si bien lo que él obtenga a través de ese rol deberá ser puesto, bilateralmente a disposición, observación y control de las partes". Asimismo estima que en la nueva estructuración del proceso puede alterarse el orden usualmente lógico de sus fases por necesidades de eficacia y efectividad(25).

No solamente se rompe con el rol del Juez como sujeto observador imparcial, sino que además el "objeto", lo externo, lo condiciona, de suerte tal que, como dijéramos al comienzo, se torna difícil establecer cuánto pertenece al hombre y cuánto a lo que le es ajeno. Así reiteramos que la aparición de la informática, de la televisión, entre otros, vuelve sobre el sujeto, y en cierto modo lo recrea. A veces, los medios de comunicación pretenden suplir al proceso judicial, o al menos desarrollar lo que podríamos denominar un "paraproceso".

La crisis de la subjetividad moderna, no sólo pone en crisis los supuestos del proceso judicial -principalmente los de la subjetividad del juez y de las partes- sino que, además, se van desarrollando nuevos mecanismos para la resolución de los conflictos tales como la negociación, la mediación y otros(26).

La crisis del hombre es en última instancia una crisis que afecta la verdad y la justicia humana. De ello resulta que para comprenderlas es menester al jurista de este tiempo abandonar esquemas rígidos y abrirse nuevamente al interrogante siempre vivo: ¿qué es el hombre?

(25) MORELLO, Augusto Mario, op.cit.

(26) V. CHAUMET, M.E., op. cit. "La posmodernidad y las técnicas..."

# **REFLEXIONES EN TORNO A LA NOCION DE PERSONA MORAL EN RAWLS. INFLUENCIA DE KANT (\*)**

Elisa DIBARBORA (\*\*)

## **Breve referencia histórica a la noción de persona**

Fueron los griegos los que comenzaron preocupándose por la noción de persona, ésta estaba asociada a la palabra "prosopon" que significaba máscara, lo que usaban los actores en el teatro, y que en realidad tenían como finalidad representar un personaje; en términos actuales: representar un rol.

Para la tradición cristiana la noción de persona fue elaborada principalmente como centro de preocupación para definir la persona de Dios; el correlato Unidad - Trinidad: Dios Uno y Trino; la correlación teológica - antropológica : Dios hecho hombre en una sola persona.

En el siglo XIII surge la tradicional definición de Boecio: "Persona es una substancia individual de naturaleza racional". La razón es la propiedad que la caracteriza. En tanto substancia existe en el modo de "ser en sí", independiente. El rasgo fundamental de "ser en sí" es una connotación puramente metafísica. Pero a partir de la época moderna comienzan a efectuarse también consideraciones psicológicas y éticas además de las metafísicas. Respecto al plano ético se establece la contraposición entre individuo y persona. Individuo es meramente la entidad psicofísica, lo determinado; mientras que persona es la unidad psicofísica no determinada, libre.

Así llegamos a Kant, que definió la persona diciendo:

"Todo ser racional, como fin en sí mismo, debe poderse considerar, con respecto a todas las leyes a que pueda estar sometido, al mismo tiempo como legislador universal (...) e igualmente su dignidad -prerrogativa- sobre todos los simples seres naturales lleva consigo el tomar sus máximas siempre desde el punto de vista de él mismo y al mismo tiempo de todos los demás seres racionales como legisladores -los cuales por ello se llaman personas-." (1).

La personalidad moral está íntimamente relacionada con la libertad. El hombre es libre cuando obedece a la ley que su razón manda. El mundo moral corresponde a las personas que son

(\*) Comunicación presentada a las VIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social (San Miguel de Tucumán, 25 al 28 de agosto de 1993).

(\*\*) Profesora adjunta e investigadora de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) KANT, Manuel, "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres". Madrid, Espasa-Calpe, 1963, págs. 97/98.

fines en sí mismas, distinguiéndolas de los individuos que no tienen la característica de la autonomía. Hay libertad moral cuando la razón reflexiva aprueba y controla el accionar de su autodeterminación. Esta autodeterminación es racional y está en la base de la responsabilidad que llevará a la persona a optar por una conducta moral.

### **La concepción de persona moral en Rawls**

Esta reseña sirvió de introducción para algunas reflexiones sobre la persona moral en John Rawls, pensador, como todos sabemos, de neta influencia kantiana; por lo que también para él la noción de persona moral surge a partir de la característica esencial de la autonomía de la voluntad del hombre, como capacidad de autolegislación. Rawls piensa en las sociedades democráticas en donde está arraigada la supremacía de las leyes que nos dictamos a nosotros mismos a través de los legisladores que elegimos, frente a las que provienen exclusivamente de principios exteriores a la voluntad del hombre representado, y que por lo tanto, están destinadas a desembocar necesariamente en el fracaso.

Si las leyes están de acuerdo con los fines de la persona en sí misma o como integrante de un grupo social determinado, es necesario pasar la prueba del imperativo categórico kantiano para quedar definitivamente aprobadas desde el punto de vista racional. Si al seguir mi máxima interior, dictada por mi razón, pienso que ésta puede y quiero que sea válida para otros seres también racionales y autolegisladores y mis fines están de acuerdo con una finalidad objetiva, sólo entonces no habrá contradicción.

Aquí aparece la característica esencial de la autonomía como legisladora en una teoría constructivista.

Para Kant la persona cumple un doble rol: como ser perteneciente al mundo de los fenómenos está ligada a la sensibilidad, y en relación con otros seres persigue fines diversos. Como ser perteneciente al mundo nouménico persigue fines iguales a todos los demás. Por consiguiente en tanto persona moral el hombre tiene dos capacidades morales: sentido del deber y la justicia, y perseguir racionalmente una concepción de bienes particulares.

Rawls retoma esta distinción y da nombre a estas características de la persona moral, denominando *racionalidad* a lo que tiene que ver con el bien particular propio de cada uno; y *razonabilidad* al aspecto intersubjetivo que conecta al individuo con la sociedad a la que pertenece.

Para aclarar estos conceptos es necesario recurrir a la distinción, o mejor dicho, a la interrelación medio-fines, a partir de las diversas formas de autonomía que se dan en la posición original y en la sociedad actual.

Como ya sabemos, en la posición original se realiza un pacto inicial que no tiene lugar históricamente entre personas reales, sino idealmente entre personas racionales: libres e iguales. Los individuos tienen, por lo tanto, autonomía racional, ligada a los medios, y en términos kantianos a imperativos hipotéticos.

Los ciudadanos de una sociedad tienen autonomía total, ligada al imperativo categórico. Esta autonomía es un ideal moral.

En la posición original los hombres tienen autonomía racional porque operan racionalmente sin depender de criterios externos a ellos y se establece un sistema gradual de bienes primarios que coincide con sus intereses propios. Por lo tanto es necesario aclarar que si bien en

esta situación las partes están mutuamente desinteresadas, en tanto personas morales persiguen una concepción del bien, cualquiera ella sea, que es el punto de unión entre sus intereses individuales y comunes, no se trata en este caso de una posición egoísta.

En sus deliberaciones no se ven influidos ni guiados por ningún principio del Derecho y la justicia previos. Este fin sólo llegará como consecuencia de un proceso autónomo de construcción. Este es el camino para que los individuos en tanto personas morales lleguen a establecer y preferir los principios de la justicia. Como actúan racionalmente en términos del imperativo categórico kantiano, tienen la capacidad de elegir lo que beneficiará a sus intereses particulares y también a toda la comunidad.

Esta autonomía racional que se da en la posición original es superada por la autonomía total que se da en los ciudadanos de una sociedad bien ordenada, en el curso de su vida diaria.

Por lo tanto en la posición originaria los individuos son racionalmente autónomos desde dos puntos de vista:

1 - No se guían en sus deliberaciones por principios anteriores, ya establecidos respecto al Derecho y la justicia. Tampoco sienten la necesidad de aplicarlos.

2 - Deben guiarse solamente por la idea que tengan de lo que es bueno para ellos y para los otros sujetos con los que conviven y a quienes representan, basados en la información disponible deberán seleccionar entre las alternativas posibles sin prolongar indefinidamente el proceso.

La finalidad prioritaria será cumplir adecuadamente con su responsabilidad y favorecer en todo lo que pueda ser posible a la comunidad. Esto llevará a la sociedad bien ordenada que constituye el ideal utópico que se lograría con la guía de los principios de la justicia.

Superando este estadio de autonomía racional tenemos el momento de la plena autonomía para cuya comprensión debemos apelar a los dos elementos ya mencionados: lo razonable y lo racional.

1 - Lo razonable supone una concepción de "términos honestos de cooperación" que implican una idea de reciprocidad e interdependencia mutua. Todo aquel que coopera se verá beneficiado en los aspectos positivos, y compartirá las desventajas en común.

2 - El otro elemento: lo racional expresa las ventajas que cada participante posee en tanto individuo en la prosecución de lo que él considera su bien.

Así completamos la definición de persona moral, teniendo en cuenta estas dos capacidades que son la de comprender la justicia y el Derecho: lo razonable; la capacidad del bien: lo racional.

Para dar una explicación más amplia diremos que la razonabilidad es:

"La capacidad de comprender y aplicar los principios de la justicia en cuanto condiciones equitativas de la colaboración social y de actuar, por lo general, motivados por estos principios (y no sólo de acuerdo con ellos)." (2)

La racionalidad es:

"La capacidad de formar, revisar e intentar racionalmente aplicar esta idea, es decir, la

(2) RAWLS, John, "Libertad, igualdad y derecho". Barcelona, Ariel, 1988, pág. 22

idea que tenemos de cómo es una vida humana cuando vale la pena vivirla. (...) También se incluye en esta idea nuestra relación con el mundo -religiosa, filosófica o moral- con referencia a la cual entendemos esos objetivos y afectos.” (3)

Se establece una doble relación: lo razonable presupone lo racional en tanto sólo puede quererse la cooperación mutua si tenemos metas individuales que no condicen monológicamente con las metas de los otros individuos de la sociedad. Pero también lo racional necesita de lo considerado justo que pondrá límites a los fines particulares que cada individuo se propone.

Esta es precisamente la causa por la cual en la posición original hay un predominio de lo racional por sobre lo razonable, ya que los individuos sólo actúan con autonomía racional y no con autonomía plena; lo razonable está representado por los límites que se autoimponen los sujetos:

“La manera en que lo razonable encuadra lo racional en la posición original representa el rasgo distintivo de la unidad de la razón práctica. En términos kantianos, la razón práctica empírica está representada por la deliberación racional de las partes, (la) razón práctica pura está representada por las restricciones que se dan cuando esas deliberaciones tienen lugar; la unidad de la razón práctica está expresada definiendo lo razonable (como) encuadrando lo racional y subordinándolo absolutamente.” (4)

Esto es la expresión del típico constructivismo kantiano: la prioridad de lo justo sobre el Bien.

Esto sucede en la utópica sociedad bien ordenada que Rawls tiene como ideal. Pero sirve de horizonte para la formación de sociedades reales. Los fundamentos de una democracia están en la autonomía plena de los hombres.

Su racionalidad los llevará a perseguir bienes individuales, pero su razonabilidad los hará aceptar los límites propios de la cooperación intersubjetiva. Si el hombre experimenta la satisfacción de vivir en una sociedad justa, será para él un bien deseable actuar justamente. Desde el punto de vista kantiano no podemos ser felices sin el pleno imperio de la justicia y esto se logra con la cooperación social de personas morales.

(3) Id.

(4) RAWLS, John, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, The Journal of Philosophy, vol. LXXVII, N°9, 1980, pág. 532. trad. propia.

# **“DECONSTRUCCION” Y RECONSTRUCCION DEL HOMBRE A TRAVES DEL DERECHO (\*)**

Rolando Fabián FORBICE (\*\*)

El hombre puede ser pensado como un sistema en sí mismo dentro del sistema total del universo y a la vez artífice de sistemas hechos a su medida, desde su condición humana a la vez individual y social, particular y universal.

Por esta condición dual el hombre es un ser que “deconstruye” al mundo y a sí mismo en subsistemas cada vez más particulares y reconstruye en sistemas más generales o globales. De este modo sufre la tensión de dichas fuerzas contrapuestas que lo llevan a una infinita descomposición interna, por fragmentación del objeto, por atomización, o que lo impulsan hacia afuera, hacia una visión demasiado abarcadora en la que el hombre pierde su unicidad disuelto en una idea de universalidad demasiado abstracta y alejada de la realidad.

Podemos apreciar estas tendencias en los distintos momentos históricos de la evolución de la cultura occidental dentro del pensamiento filosófico y en las luchas doctrinarias de las distintas disciplinas científicas. Esto sin dejar de advertir que existe una marcada marcha evolutiva de lo universal a lo particular.

En la ciencia jurídica se presentan las tendencias antedichas, ya que se ha pasado de una etapa de complejidad impura a la contrapuesta de simplicidad pura, en la que el Derecho por reacción se aísla del resto de las ciencias. Sin embargo, es clara la necesidad de una antropología jurídica y ésta requiere para su realización de un estadio de complejidad pura en el que el Derecho como sistema esté en función del sistema mayor de la cultura.

Este estadio de complejidad pura del Derecho en la cultura está en marcha en cierta medida por la obra del profesor Miguel Angel Ciuro Caldani, que conecta los aportes de la teoría trialista del mundo jurídico con su teoría del mundo político, en la que es posible reconstruir al hombre “deconstruido” por los subsistemas jurídicos.

Así cuando nos encontramos ante un caso podemos advertir un momento “deconstructivo” del hombre en el que el Derecho fracciona su realidad, considerándolo por ejemplo como delincuente, comerciante, consumidor, etc. y ha puesto en marcha subsistemas dentro del sistema jurídico que contemplan estas situaciones humanas particulares para arribar a soluciones

(\*) Comunicación remitida a la Jornada Interdisciplinaria sobre Derecho y Antropología.

(\*\*) Docente de la cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

fraccionadoras de la realidad.

Por eso es preciso la reconstrucción del hombre en estas diversas circunstancias jurídicas que son el resultado del funcionamiento del complejo cultural formado por ramas que exigen la realización, en cada caso, de los valores que las orientan, en la plenitud de sus alcances (\*\*\*)�.

(\*\*\*) En relación con la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs.As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs.As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

# **ANTROPOLOGIA SOCIAL Y FILOSOFICA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO(\*)**

María Fernanda GINER (\*\*)  
Alfredo Mario SOTO (\*\*\*)

La antropología social nos informa sobre los grupos sociales, las relaciones sociales y los sistemas o instituciones que las hacen posibles, de manera que puede explicar a las ciencias sociales sobre conceptos e ideas que tienen los distintos pueblos sobre las mismas cosas correspondiéndole al mundo político organizar estos datos(1). En el derecho, como rama de la política(2), y en el caso del derecho internacional privado clásico(3) en particular, la contribución de la antropología social es importante para respetar, en definitiva, al elemento extranjero. Asimismo, el aporte de la antropología social al derecho comparado es de vital significación pues con dicha contribución podemos comprender con profundidad al derecho comparado (y no concebirlo como una mera yuxtaposición de datos) aprendiendo con el estudio de distintas culturas, todo lo cual queda integrado al derecho internacional privado que se apoya en el derecho comparado(4). El riesgo de relativizar las culturas queda subsanado con el recurso a la antropología filosófica que como ‘‘estudio filosófico de la naturaleza humana y desde ella de todas las formas de actividad que son propias del hombre’’ se ocuparía en nuestro caso también de la tarea jusprivatista internacional(5).

Parafraseando a algún jesuita que en relación al fenómeno de la transculturación en la cultura de los indios manifestaba que ‘‘ni toman lo nuestro, ni se les deja hacer lo suyo, de donde por necesidad se ha de seguir general perturbación’’, podríamos manifestar que se produciría dicha perturbación en el derecho internacional privado si quisiésemos imponer al elemento extranjero nuestro derecho a través de soluciones territorializadas, calificando según la lex fori, aceptando el reenvío sólo al derecho propio, aplicando sin más el derecho propio cuando no se conoce el derecho extranjero, considerando al orden público como conjunto de disposiciones a priori y/o incluyendo las leyes de aplicación inmediata. Esta perturbación se produciría porque

(\*) Bases de la comunicación presentada a la Jornada Interdisciplinaria sobre Derecho y Antropología.

(\*\*) Adscripta a la cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la UNR.

(\*\*\*) Profesor del Área Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UNR. Becario del CONICET.

(1) Enciclopedia G.E.R., tomo II, págs.418, 432 y 444.

(2) CIURO CALDANI, Miguel Angel, ‘‘Derecho y Política’’, Bs.As., Depalma, 1976.

(3) Acerca del derecho internacional privado clásico ver GOLDSCHMIDT, Werner, ‘‘Derecho Internacional Privado’’, 6a.ed., Bs.As., Depalma, 1988.

(4) CIURO CALDANI, ‘‘El Derecho Comparado y su relación con el Derecho Internacional Privado’’, en ‘‘Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social’’, No.10, 1988, págs.15 y ss.

(5) Enciclopedia cit., págs.430 y 434.

el elemento extranjero no tomaría lo nuestro ni le dejaríamos hacer lo suyo, de manera, en cambio, que el respeto al elemento extranjero se produce con soluciones extraterritorializadas limitadas, calificaciones según la *lex causae*, remisión a la integridad del derecho extranjero, aplicación en caso de desconocimiento del derecho extranjero de uno que se acerque a él. Al enunciar las formas o fenómenos únicos pertenecientes a determinadas sociedades el antropólogo social nos ayuda a comprender, por ejemplo, el fenómeno de la remisión a sistemas plurilegislativos del punto de vista institucional, religioso, racial, etc., y además si realmente una institución desconocida atenta contra el orden público (teniendo en cuenta sobre todo que hay fenómenos universales, generales a nuestra especie) y si nos demuestra que hay manifestaciones comunes a varias sociedades(6) contribuye a la búsqueda de un derecho emparentado con otro declarado aplicable y que desconocemos. Con todo esto se profundiza "el principio básico de la antropología que es reconocer el valor intrínseco y humano de toda manifestación cultural por lo que no se deben hacer juicios de valor de las culturas por referencia a la propia ni a ninguna en particular"(7).

(6) Id., págs.435.

(7) Enciclopedia cit., págs.417 y ss.

# **LA JURISDICCION INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROYECTO DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL DE LA COMISION DESIGNADA POR DECRETO 468/93 DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL**

Jorge STÄHLI (\*)

1. El Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la denominada Comisión designada al efecto por el Decreto 468/93 del Poder Ejecutivo Nacional, incluye en la Parte Cuarta -De la responsabilidad civil-, el Título IV -"Disposiciones de Derecho Internacional Privado"-, que trata la jurisdicción y la ley aplicable en materia de responsabilidad civil.

Los artículos 1609 y 1610 regulan la competencia internacional directa e indirecta, el 1611 contiene la regla general en materia de ley aplicable, los artículos 1613 a 1615 describen casos particulares (contaminación ambiental, responsabilidad por el producto y accidentes de tránsito) y el 1616 reconoce con limitaciones la autonomía conflictual en materia de ley aplicable.

En el presente trabajo se describirán las reglas de competencia propuestas para los casos de responsabilidad civil por los autores en los artículos 1609 y 1610, por lo que corresponde en primer lugar aclarar el ámbito de aplicación de las mismas.

Las normas mencionadas no son aplicables en los casos en que la obligación de resarcir deriva exclusivamente de una relación contractual. Además el proyecto deja al margen de las reglas del 1609 y 1610 otros supuestos de responsabilidad extracontractual, para los cuales propone reglas especiales de Derecho Internacional Privado. Así por ejemplo, los derivados de la afectación de derechos personalísimos (artículo 125) y el enriquecimiento sin causa (artículo 1548).

Por otra parte, y como consecuencia del lugar que el Código Civil ocupa entre las restantes fuentes formales del Derecho Internacional Privado argentino, las reglas propuestas no serán aplicables en diversos supuestos de responsabilidad contemplados en convenciones internacionales.

Así, v.gr. los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 (que incluyen supuestos de obligaciones nacidas sin convención) tendrán preeminencia sobre la fuente interna, en la medida en que los hechos subyacentes al punto de conexión sucedan en alguno de los Estados parte.

(\*) Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Lo propio sucede con la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (ley 17.048), la Convención para la unificación de normas relativas a la competencia civil en materia de abordaje (ley 15.797), etc. También el Convenio sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito, ratificado por nuestro país por ley 24.106, desplaza en su ámbito material específico y siempre con respecto al Uruguay, a las normas de fuente interna propuestas en el Proyecto (al cual sirvió de fuente).

### **Competencia directa**

**2.** El artículo 1609 contiene las reglas unilaterales atributivas de jurisdicción (competencia directa) (1). Los autores del proyecto citan como fuentes a la Convención de Bruselas sobre competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial (1968) y la ley federal Suiza de Derecho Internacional Privado (1988).

La jurisdicción se determina por medio de dos contactos que operan como conexiones no acumulativas alternativas. Se establece la competencia -a elección del actor- de los jueces del Estado donde el demandado tiene su domicilio y la de los tribunales del Estado donde el hecho dañoso se produjo.

La competencia en la esfera internacional de los jueces argentinos para entender en las acciones que se entablen contra personas domiciliadas en el país es la regla de jurisdicción general del Proyecto (2), que se refleja igualmente en materia de responsabilidad civil.

Es además la única conexión de carácter personal que se utiliza en esta causa, en consonancia con los criterios tradicionales del Derecho Internacional Privado argentino. En efecto, el foro del domicilio del demandado es el principio predominante en materia de jurisdicción en nuestro Derecho y uno de los más aceptados en el Derecho comparado.

La elección de un punto de conexión personal referido al demandado se realiza normalmente en atención al derecho a la defensa. Se trata de una regla que tiende a una idea más formal (procesal) del problema jurisdiccional (3). Se observa como ventaja adicional que el domicilio del demandado presentará normalmente mayores posibilidades de ejecutar la sentencia, dado que por lo general coincide con el lugar de situación de sus bienes.

**3.** El actor puede igualmente iniciar su acción ante los jueces del lugar donde se ha producido el hecho dañoso.

(1) Artículo 1609: "Son competentes para conocer las acciones fundadas en las disposiciones de esta Parte Cuarta, a elección del actor, los jueces del lugar donde se ha producido el hecho dañoso o los del Estado del domicilio del demandado.

En las acciones de responsabilidad por daños causados por contaminación ambiental, el juez del lugar del hecho productor del daño tiene competencia global, en cambio, el juez del lugar donde se concreta el daño sólo tiene competencia limitada al producido en su jurisdicción.

En caso de pluralidad de demandados por los mismos hechos y con fundamento en una misma causa jurídica, la acción puede ser intentada contra todos ante el juez del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, a menos que los codemandados se domicilien en un mismo estado.

(2) En el proyecto, el domicilio del demandado atribuye jurisdicción a los jueces argentinos en materia de obligaciones contractuales en general, de títulos valores, enriquecimiento sin causa, derechos personales, etc.

(3) Puede verse de CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción Internacional)", en "La Ley", t. 1975-A, págs. 1047 y ss.

Si bien desde el punto de vista procesal resulta ampliamente justificada por las mayores posibilidades que normalmente existirán en cuanto a la obtención de pruebas, se trata de una regla que evidencia una jurisdicción más ligada al problema de fondo que al aspecto procesal en sentido estricto. Todas las reglas del proyecto en materia de ley aplicable a los casos en que no exista un domicilio común entre actor y demandado, contemplan como punto de conexión el lugar de producción del hecho generador del daño.

El lugar de producción del hecho presenta clásicamente un problema de calificaciones(4). Si bien -desde el punto de vista literal- el primer párrafo del artículo 1609 no resuelve el problema, cabe interpretar que son competentes para entender en las acciones que se entablen tanto los jueces del lugar donde se produce el hecho dañoso como los del lugar donde aquél ha causado sus efectos. La solución surge claramente con la interpretación histórica, siguiendo la nota del artículo propuesto, que otorga especial consideración a la interpretación dada por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea al artículo 5º inciso 3º de la Convención de Bruselas(5), que considera ambos tribunales como competentes. Además el segundo párrafo trata (para los casos de daño ambiental) la concurrencia de los jueces del lugar donde tuvo lugar el hecho dañoso y los jueces del Estado donde el daño se concreta, limitando la competencia de éstos últimos a las acciones relativas a los perjuicios sufridos dentro del ámbito de su jurisdicción. Cabe interpretar que lo "especial" que aporta el párrafo segundo -con relación a la regla general enunciada con anterioridad- no es la concurrencia sino la limitación señalada.

4. Tanto la competencia del foro del domicilio del demandado como la del lugar donde se produjo el hecho dañoso será el resultado de la elección del actor. Normalmente dicha elección será posterior al nacimiento del diferendo y se expresará con la interposición de la demanda. Sin embargo es dudoso que otras hipótesis se encuentren prohibidas en el artículo 1609, y corresponderá ante cada caso en particular resolver si se halla en contradicción con la norma.

Así, es posible que la elección del foro se exprese en intimaciones extrajudiciales o en el curso de negociaciones conciliatorias previas a la demanda. La interposición de medidas cautelares por parte del actor parece que constituye una elección del Juez, aunque quizás la urgencia pueda fundamentar la jurisdicción de otros foros (ej. aseguramiento de pruebas ante el juez del lugar del hecho, en el que el actor exprese además su elección del foro del domicilio del demandado). En cualquier caso parece claro que las posibilidades de variar de jurisdicción deben ser interpretadas restrictivamente, ya que dificultarían las posibilidades del demandado de organizar una defensa adecuada.

El demandado que intente una acción contra el actor, fundado en los mismos hechos, ¿deberá reconvenir en el tribunal en que se planteó la demanda inicial o tendrá a su disposición la elección del foro? Aunque -al menos literalmente- no está prohibido al reconviniente elegir ante qué tribunales incoar su acción, principios de economía procesal aconsejarían lo contrario,

(4) GOLDSCHMIDT, Werner. "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs.As., Depalma, 1988, págs. 211 y ss.

(5) Desde una interpretación literal la Convención de Bruselas tampoco resuelve el problema, ya que se refiere al "lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso"

incluso con miras a un eventual reconocimiento de las sentencias a que arriben los procesos seguidos independientemente (6).

Cabe preguntarse por el campo de aplicación de las reglas que permiten iniciar acciones precautorias a los potenciales demandados: ¿será preciso aguardar el contenido de la elección del actor? Parece que no, ya que la jurisdicción establecida es concurrente. Por otra parte podría afectarse el derecho de defensa, que no sólo opera respecto de procesos judiciales iniciados, sino también respecto de los conflictos potenciales.

El proyecto nada dice respecto de la prórroga de jurisdicción. Puede argumentarse que no es favorable a la misma, desde que en materia contractual -donde es abiertamente aceptada- se regula de manera expresa. Por otra parte, el artículo 1616 permite el acuerdo respecto del derecho aplicable a la controversia sobre la base de la *lex fori* (7). Parece que se aseguraría de tal forma la conexión razonable en cuanto a la autonomía conflictual, limitada por los artículos 1609 y 1610. Sin embargo, tratándose de contactos alternativos que presentan jurisdicciones concurrentes, puede resultar válida la prórroga en favor de un foro que mantenga con el caso un contacto diferente de los previstos, por aplicación del artículo 1º del Código de Procedimientos federal. En tal caso, quizás deba restringirse la facultad del artículo 1616 a los derechos de los tribunales previstos en las reglas de jurisdicción, porque la justificación de la jurisdicción puede resultar insuficiente para habilitar al tribunal a aplicar su *lex fori* (8).

5. El artículo 1609 del proyecto se completa con dos supuestos especiales en los que se limita la jurisdicción de los tribunales argentinos.

El segundo párrafo del artículo 1609 trata las acciones que se entablen por daños causados por contaminación ambiental.

Cuando el caso configure un supuesto de contaminación ambiental, los jueces del lugar donde acaeció el hecho productor del daño tendrán competencia para entender en todas las acciones que se entablen, en tanto que la competencia de los tribunales de los Estados donde el daño se concreta se limita en atención a la proporción de los perjuicios efectivamente ocasionados en el territorio de cada uno de ellos.

Nos encontramos con hechos cuyas consecuencias pueden normalmente manifestarse en territorios de distintos estados. Por ello, la regla general de competencia del juez del lugar donde se concreta el daño se completa limitando sus alcances, con el objetivo de limitar los posibles conflictos de jurisdicción, en atención a la comunidad afectada por el hecho dañoso. En estos casos, probablemente sea frecuente la aplicación de "disposiciones internacionalmente imperativas" de los estados vinculados con el hecho contaminante (art. 8º del proyecto).

- (6) La Convención de Bruselas de 1968, en su artículo 6º establece: "Las personas a que se refiere el artículo anterior (reglas especiales de competencia) podrán también ser demandadas:... 3) Si se tratare de una reconvención derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, ante el tribunal que estuviere conociendo de ésta última."
- (7) Artículo 1616: "Las partes pueden, de común acuerdo, después del acaecimiento del hecho dañoso y hasta el momento de la trába de la litis, convenir la aplicación del derecho del foro."
- (8) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción internacional)", cit., pág. 1051.

Como consecuencia de ello, los jueces argentinos tendrán competencia “global” cuando el hecho generador del daño se haya originado en nuestro territorio, debiendo de lo contrario aceptar sólo aquellas acciones que persigan la reparación de perjuicios efectivamente sufridos en el país.

El párrafo tercero establece que cuando haya “pluralidad de demandados por los mismos hechos y con fundamento en una misma causa jurídica” puede demandarse a todos ellos ante el juez del lugar del hecho (lo que de todas maneras podía hacerse de acuerdo al primer párrafo), salvo que los codemandados se domicilien en un mismo estado. El párrafo tiene su fuente (según se aclara en las notas) en la ley Suiza, artículo 129 inc.3º, si bien modificado (9).

Por tanto se trata de una nueva excepción a la regla general: el actor no podrá optar por los tribunales del estado donde se produjo el hecho o se concretó el daño, debiendo iniciar la acción ante los jueces del estado donde todos los demandados tienen su domicilio.

Se trata de una protección a los demandados, que representa un favor al derecho de defensa (la que probablemente sea común) (10), si bien el proceso verá desplazada casi con seguridad gran parte de su etapa probatoria hacia otras jurisdicciones. Esto facilita además la actuación de las compañías de seguro citadas en garantía por los demandados. Existe en general una razón de economía procesal que se observa justificada, aún a costa del mayor sacrificio que probablemente deba hacer el actor, quien por otra parte ganaría en efectividad.

La disposición tiende a limitar la facultad de elección del foro por parte del actor, y no a constituir una jurisdicción exclusiva en el estado donde los codemandados tienen su domicilio. De todos modos hay que advertir que, por esta vía, los pronunciamientos que se dicten en el exterior respecto de demandados con domicilio (común) en el país, sólo podrán ser reconocidos en Argentina si son el resultado de la acción civil entablada ante el Juez penal competente (arg. art. 1610, 2º).

## Competencia indirecta

6. El proyecto establece en el artículo 1610 las reglas para el reconocimiento de sentencias extranjeras en materia de responsabilidad civil (11).

El artículo dice que será aplicable a las sentencias referidas a daños “que no fuesen causados exclusivamente en un incumplimiento contractual”, con miras a aplicar para los casos de obligaciones contractuales las reglas contenidas en el artículo 946 del proyecto. Como siempre, subsistirá el problema de calificaciones.

(9) Artículo 129 inc.3º: “Si plusieurs défendeurs peuvent être recherchés en Suisse et si les prétentions sont essentiellement fondées sur les mêmes faits et les mêmes motifs juridiques, l’action peut être intentée contre tous devant le même juge compétent; le juge saisi en premier lieu a la compétence exclusive.” El texto completo de la ley federal Suiza de Derecho Internacional Privado puede verse en la en Revue critique de droit international privé, tomo 77, págs. 409 y ss.

(10) El proyecto establece la solidaridad de los codemandados en el artículo 1580.

(11) Artículo 1610: “Una sentencia extranjera que condena a la reparación de daños que no fuesen causados exclusivamente en un incumplimiento contractual, será reconocida como dictada por juez competente en cualquiera de los siguientes supuestos:

1) Si emana del juez del domicilio del demandado o del estado donde se ha producido el hecho dañoso.

2) Si proviene de un juez competente en la acción penal, en la medida en que, según su derecho, ese juez puede entender en la acción civil.”

El primer inciso consiste, según se afirma en la nota, en la bilateralización de las conexiones previstas para la competencia directa: domicilio del demandado y lugar de producción del hecho (12).

En ocasiones, el daño podrá constituir un hecho penalmente punible. Entonces es razonable considerar que el juez penal -en la medida en que su derecho lo faculte- se expida sobre la reparación debida en la esfera civil. El segundo inciso establece que se reconocerá la sentencia civil emanada de juez penal extranjero si su lex fori así lo aceptara. De esta manera, se aceptan en la materia las reglas de competencia del juez extranjero, sin otra limitación que el orden público del juez requerido.

(12) No obstante, el texto no reproduce los casos de contaminación ambiental ni de pluralidad de demandados por una misma causa.

# O CODIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O MERCOSUL

Claudia LIMA MARQUES(\*)

## INTRODUÇÃO

O lema do grande jurista holandês Tobias Asser, fundador há cem anos da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, dedicada à unificação e à harmonização dos direitos nacionais, impressiona pela simplicidade e sabedoria: "com paciência e com coragem".

Após dois anos de estudos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na sua linha de pesquisa: "Mercosul: Realidade Jurídica?", as palavras de Asser permanecem atuais. Se de um lado o MERCOSUL mostrou-se um fenômeno político dinâmico e um fenômeno econômico real e complexo, no campo do direito esta integração sub-regional continua incipiente: sem base jurídica definitiva(1), sem instrumentos suficientes para a harmonização das legislações(2), sem uma instituição dedicada à interpretação e à aplicação das novas regras(3), sem assegurar ao indivíduo o efetivo direito de reclamação e recurso frente à

- (\*) Profesora de la Universidad Federal de Río Grande do Sul. Especialista en Integración Europea por el Europa-Institut, Saarbrücken, Alemania.
- (1) O Tratado de Assunção, que é o Tratado-instituidor do MERCOSUL, é base única para a criação de deveres para os quatro Estados, foi ratificado pelo Brasil e Argentina, em 30/10/91 e pelo Uruguai e Paraguai, em 1/8/91, entrando em vigor no Brasil, em 22/11/91 e internacionalmente, em 29/11/91. Trata-se, porém, de um Tratado provisório e lítido, devendo ser substituído (ou modificado) por outro antes do efetivo estabelecimento do Mercado Comum, em dezembro de 1994; assim concordab. GROS ESPIELL, Héctor, "El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea", in Rev. Jurídica del Centro Estudiantes de Derecho, Número Especial MERCOSUR (nº 5), Montevideo, 1991, pág. 10.
- (2) O art. 1º do Tratado de Assunção prevê o "compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração", mas o texto do tratado não prevê instrumentos legislativos para tal. O MERCOSUL não tem competência para legislar, nem para impor "leis-modelos", como acontece na Comunidade Europeia, tanto que no cone sul as harmonizações têm acontecido por Tratados Internacionais ou por publicações das decisões e recomendações do Conselho ou Grupo do MERCOSUL nos Diários Oficiais. Note-se que, em princípio, estas publicações são sem nenhum valor jurídico, face a incompetência constitucional do legislador do MERCOSUL, passando estas "sugestões de modificações das leis internas e normas administrativas" a depender da boa vontade do Poder Executivo e Legislativo nacional para colocá-las em prática, se conveniente e oportuno para aquele país, naquele momento histórico.
- (3) Entre as instituições (ou órgãos) criados para gerir o MERCOSUL não há nenhum órgão verdadeiramente judicial, semelhante ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, considerado o "motor" da integração europeia, pois através de sua independência e força moral, conseguiu tanto defender os direitos individuais do cidadão das Comunidades, quanto impor aos Estados partes o cumprimento de seus deveres de integração. O MERCOSUL optou, ao contrário, por um sistema de solução de controvérsias menos vinculativo e independente, regulado no Protocolo de Brasília, de 17.12.91, que institui, para alguns casos, um "Tribunal Arbitral ad hoc".

ação ou omissão de seu Estado ou de terceiros(4), sem criar enfim um organismo internacional independente, com competências reconhecidas, com força coercitiva, com personalidade jurídica internacional(5).

Considerando que este processo de integração econômica envolve mais de 190 milhões de pessoas(6) e tem sua data limite mantida em 31 de dezembro de 1994(7), mister que também o Direito, como ciência, colabore e instrumentalize esta integração. Afinal, o MERCOSUL não poderá sobreviver e evoluir como um fenômeno meramente político e econômico, desacompanhado de uma base estrutural sólida, de normas de conduta confiáveis e seguras para os seus indivíduos e de instrumentos de manifestação efetivos e democráticos(8). Nesse sentido, recorro às sábias palavras de Asser, de paciência com as dificuldades, mas também de coragem para repensar a realidade social existente e proponho como tema de estudo a proteção dos direitos humanos no âmbito do MERCOSUL, especificamente a proteção dos direitos fundamentais de 2º geração, os direitos sociais e econômicos, entre os quais se encontra a proteção dos interesses do consumidor.

Em verdade, já o preâmbulo do Tratado de Assunção institui como finalidade básica desse processo de integração a melhoria das “condições de vida de seus habitantes”. A proteção dos interesses do consumidor deve ser, portanto, uma das políticas básicas durante a formação do MERCOSUL. Na visão econômica, porém, uma lei protetora dos interesses dos consumidores pode vir a restringir (ou dificultar) a entrada e o consumo de mercadorias e serviços oriundos de outros países do mercado comum, que não possuam nível igual de preocupação com a qualidade, informação e segurança dos produtos. Em outras palavras, um conjunto de normas legais dedicadas à tutela dos consumidores de um determinado país pode funcionar como uma barreira, neste caso barreira não-tarifária, à liberdade de circulação de produtos e serviços naquela zona de livre comércio e futuro mercado comum.

São duas visões do mesmo fenômeno jurídico, uma que tende a manter este corpo de normas tutelares, como um conquista social, e outra que tende a revogar ou modificar as normas consideradas prejudiciais à integração econômica. Qual destas visões prevalecerá no MERCOSUL, é difícil prever no momento. Também a da Comunidade Européia teve de enfrentar a

(4) O problema aqui levantado é o da eficácia do sistema criado pelo Protocolo de Brasília para as reclamações das pessoas físicas e jurídicas envolvidas no MERCOSUL, problema que será examinado mais detidamente durante o decorrer deste trabalho.

(5) Assim conclui tb. ABREU BONILLA, Sérgio, "Mercosur e Integración", F.C.U., Montevideo, 1991, pg. 56.

(6) Dado estatístico, referente a 1990, fornecido por AMORIN, Celso Luiz Nunes, "O Mercado Comum do Sul e o Contexto Hemisférico", in: Boletim de Diplomacia Econômica, nr.7, Secretaria-Geral de Política Exterior, 1990, pg.17.

(7) Note-se que até esta data o MERCOSUL funcionará como uma Zona de Livre Comércio, como prevê o Tratado de Assunção e seus anexos, passando após a constituir um "Mercado comum", o que significa não só a formação de um bloco econômico de atuação única, com uma Tarifa Externa Comum e coordenação das políticas macro-econômicas, mas também a concretização da ampla liberdade de circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais.

(8) A esta conclusão chegou tb. naturalmente a Comunidade Econômica Européia e é de seu primeiro Presidente da Comissão a frase famosa: "a comunidade Econômica Européia não é somente uma comunidade econômica, mas uma comunidade de direito", no original: "eine Rechtsgemeinschaft", como ensina MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian, "Europäisches Gemeinschaft und Privatrecht", in: NJW 1993 pg.17.

matéria e tornou-se uma das grandes legisladoras no tema da defesa do consumidor(9). Se no inicio, porém, sua tendência era de harmonizar as legislações nacionais, forçando a sua modificação para atingir somente o nível médio exigido para o bom funcionamento do mercado unificado, hoje sua ação legislativa é diferenciada(10), tendente a exigir que os países sem legislação específica instituam-na, para atinjir o requerido nível médio, mas a permitir que os outros Estados mantenham níveis mais altos de proteção de seus cidadãos(11).

Examinando a situação atual da legislação dos quatro países do MERCOSUL, observa-se que somente o Brasil possui um rígido Código de Proteção à segurança, à saúde e aos interesses econômicos dos consumidores, enquanto nos outros três países vigoram os princípios voluntaristas tradicionais e, somente no momento, examina-se a possibilidade de modificações legislativas(12).

Sendo assim, mister que se examine mais profundamente a legislação brasileira, em especial o Código de Defesa do Consumidor(Lei Nº 8/078/90), na ótica da futura integração, tanto como uma lei protetora de direitos fundamentais (Parte I deste trabalho), quanto como uma lei discriminatória e limitadora do comércio, e os esforços que estão sendo feitos para manter os direitos conquistados e para substitui-los por uma legislação unitária e média para os quatro países do MERCOSUL(Parte II deste estudo).

## I - O CODIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO LEI PROTETORA DOS CONSUMIDORES

A lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor(CDC), possui aplicação territorial limitada ao Estado brasileiro. Seu campo de aplicação ratione personae é, porém, amplo, assegurando novos direitos a pessoas físicas e jurídicas (os consumidores

(9) Apesar de dificuldades quanto a sua legitimidade para elaborar diretrizes (lei-modelo obrigatórias) na matéria, a Comissão da Comunidade Européia alegando que os temas de defesa do consumidor eram os mesmos que assegurariam uma concorrência leal entre os empresários de seus doze países, elaborou mais de 20 diretrizes na matéria, sendo as mais famosas: Directiva 450/84 (Publicidade enganosa), 374/85 (Responsabilidade derivada do Produto Defeituoso), 577/85 (Contratos negociados fora do estabelecimento comercial), 102/87 (Crédito ao consumo), 314/90 (Contratos de viagens e férias), 81/93 (Cláusulas abusivas); veja o completo artigo de GARCIA-CRUces, J.A. Gonzales, "Derecho Comunitario y Derecho del Consumo", in: Rev. de Derecho Mercantil, n.191. Madrid, 1989, pg.327 a 395.

(10) Sobre as modificações na ação legisladora da comunidade Européia veja os artigos de SCHMIDHUBER/HITZLER, "Binennarkt und Subsidiaritätsprinzip", in: EuZW 1/1993, p.8 e GOPPEL, T. "Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips", in: EuZW 12/1993, pg.367 ss; quanto ao reflexo do novo Princípio da Subsidiariedade guiando a competência e a interpretação do consumidor, veja de MICKLITZ e REICH, "Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union Perspektiven für 1993", in: EuZW 19/1992, pg.593ss.

(11) São as chamadas Diretrizes mínimas, como a última directiva sobre cláusulas abusivas, que institui uma proteção mínima para o cidadão da Europa, mas permite que a lei alemã de 1976, por exemplo, continue em vigor e estipule uma lista mais rigorosa de cláusulas ineficazes, isto porque não há prejuízo verdadeiro ao mercado comum em uma proteção econômica maior do consumidor de um determinado país; assim conclui tb. ULMER, Peter, "Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über märktebräuchliche Klauseln in Verbraucherträgen", in: EuZW 11/1993, pg. 337 a 346.

(12) Assim concorda o Professor de Montevideo, Jean Michel ARRIGHI, em seu excelente artigo, "La Protection de los Consumidores y el Mercosul", in: Revista Direito do Consumidor, vol. 2, pg.134; sobre as modificações pretendidas na Argentina, veja o amplo e comparativo levantamento dos Projetos existentes feito por ALTERINI, A.A. e LOPEZ CABANA, R.M., "Proyectos de Ley de Defensa del consumidor en la argentina", in: Revista de Dereito Civil, nº 56, pg. 231 ss. e o artigo do outro autor do Projeto de Lei, já aprovado em uma das Câmaras, STIGLITZ, G.A., "O Direito do Consumidor e as Práticas Abusivas- Realidade e Perspectivas na Argentina", in: Revista de Direito do Consumidor, vol.3, pg. 27 ss.

definidos nos artigos 2, 17 e 29), nacionais e estrangeiras, e impondo novos deveres aos fornecedores, pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras (definidos em seu art. 3).

Desta maneira, introduzindo no mercado brasileiro um produto de origem argentina, paraguaia ou uruguaia, submete-se o fabricante, produtor e mesmo o importador ao novo regime de responsabilidade previsto no CDC para os danos oriundos de defeito do produto ou para os seus vícios de qualidade, quantidade e informação. Da mesma maneira, se uma empresa estrangeira prestar serviços no mercado brasileiro, os contratos fechados entre este fornecedor de serviços e os consumidores do mercado brasileiro submetem-se aos novos patamares de equilíbrio e boa fé exigidos pelo CDC. Trata-se, portanto, de uma lei básica para o mercado brasileiro, isto sem falar nas suas inovações processuais, e novas regras administrativas e penais introduzidas. Muitos dos riscos antes transferidos contratualmente ao consumidor (e transferidos por uma imposição ex lege, mister, portanto, que se analise com mais vagar a natureza e o conteúdo desta lei, em especial os direitos fundamentais que assegura ao consumidor no mercado brasileiro.

## A) NATUREZA DA LEI PROTETORA

Analisando o CDC sob a ótica de lei protetora de um grupo social específico, os consumidores no mercado brasileiro, podemos destacar três qualidades especiais: sua origem constitucional, sua definição como norma de “ordem pública” e sua caracterização como norma de “interesse social”.

### 1. Origem Constitucional do CDC

A Constituição Federal de 1988 em dois momentos menciona a defesa do consumidor, em seu art. 5º, inciso XXXII, como direito fundamental e no art. 170, inciso V, como princípio orientador da ordem econômica no Brasil(13).

A origem constitucional da defesa do consumidor, tanto como direito fundamental, quanto princípio macro-econômico, deve ser destacada uma vez que a tradição jurídica brasileira é de primazia da ordem constitucional em relação aos Tratados internacionais(14). Nesse sentido, no Brasil, um ato internacional, mesmo que oriundo de um organismo supranacional, pode ser considerado inconstitucional e ter a sua não-obrigatoriedade no país declarada pelo Poder Judiciário, em controle abstrato (Art. 102, I, letra ‘‘a’’ de CF) ou em controle concreto de

- (13) Sobre o tema veja as lições dos mestre de São Paulo, KONDER COMPARATO, F., “Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988”, in RDP 98(1990), 271 e GRAU, Eros Roberto, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988-Interpretação e Crítica”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- (14) Assim decisão do Supremo Tribunal Federal, em 27 de fevereiro de 1987, no RE 0109173/SP, citando vários precedentes; em doutrina veja os comentários clássicos de TENORIO, Oscar, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, Rio de Janeiro: Borsó, 1955, pg.86, Nº 129; esta também é a tendência internacional (pré-integração econômica), como ensina Paul DE VISSCHER, em seu curso na Academia de Haia, “Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes”, in: recueil des Cours, vol. 80 (1952/1).

sua inconstitucionalidade (Art. 102, II, b, Art. 105, III,b, Art. 109, III, todos da Constituição Federal)(15).

A primazia do texto da Constituição frente aos atos internacionais considerados inconstitucionais pelo Judiciário brasileiro não será superada, nem com base no disposto no parágrafo único do art. 4 da Constituição Federal, que institui a integração latino-americana como um dos princípios das relações exteriores da República, nem -como defendem alguns- (16) pelo disposto no 2º do art. 5º da Lei Magna.

Em verdade o referido 2º finaliza a lista de direitos fundamentais do art. 5º, afirmando que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nesse sentido, antes de quebrar o sistema dualista tradicional brasileiro com uma interpretação extensiva da norma, é necessário observar que entre as normas oriundas do direito internacional há aquelas que positivam “valores” e “direitos”, como as que dispõe sobre direitos humanos e garantias fundamentais e há aquelas que tratam de interesses econômicos internacionais, como os tratados sobre a dívida externa, sobre o direito do mar, direito aeronáutico e, em princípio, os tratados de integração econômica e seus atos derivados(17).

Nesse sentido, a razão parece estar com o ministro Rezek(18), quando afirma que a Constituição de 1988 não prestou maiores homenagens ao Direito Internacional Público a não ser àquelas que ele realmente merece, isto porque as regras do cenário internacional não estão totalmente fixadas e dependem ainda fortemente do poder econômico e da importância política de cada país. Não é, portanto, a origem internacional da norma, principalmente das normas que limitam direitos já conquistados, característica suficiente para determinar a sua justiça, como se um direito natural fosse, ou a sua adaptação -sem controles- ao sistema jurídico brasileiro(19).

Mister, portanto, que se analise seriamente no brasil, se concretizada e aceita a integração no MERCOSUL, da futura necessidade de uma modificação constitucional, a exemplo do que ocorreu na maioria dos países europeus. Estes, quando passaram a integrar a Comunidade Econômica Européia, introduziram em suas Constituições normas permitindo a eficácia imediata (e neste sentido, monista) das leis obrigatórias formuladas pela Comunidade e normas prevendo a primazia, não de todas as regras de direito internacional público, mas sim do direito “comunitário”, oriundo da atividade legisladora daquela instituição supranacional, legitimada

(15) Veja a polêmica exigindo também o controle do legislativo aos tratados internacionais, especialmente quanto aos Tratados chamados executórios e os atos que estabeleceram a dívida externa brasileira, sua forma de rolagem e de pagamento, no artigo de CACHAPUZ DE MEIDEIROS, A.P., “O controle legislativo dos atos internacionais; sobre a relação do Tratado e da lei interna veja FILLIPI, R.B., “Conflito entre Tratado Internacional e Lei interna posterior no tempo”, in: Revista AJURIS, vol. 34, pg. 226 ss.

(16) No Brasil, defende um quase “monismo” baseado neste texto constitucional, BASTOS, Celso Ribeiro, in: “Comentários à Constituição federal de 1988”, 1988, v.2.

(17) defendendo a necessária “valorização” das normas de origem internacional para a boa aplicação do art. 5, 2º da CF, veja o nosso “A Responsabilidade do transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do consumidor”, in: Rev. Direito do Consumidor, vol. 3, pg. 162.

(18) In: “Interpretações da Constituição Federal de 1988”. Ives Gandra Martins (Coord.). FUB, Brasília, 1988. pg.7.

(19) Nesse sentido já nos manifestamos no citado artigo “A Responsabilidade do Transportador Aéreo...”, pg.165.

para tal (20).

Note-se que, mesmo no países da Comunidade Européia, os Tribunais Constitucionais continuam a submeter o direito comunitário ao crivo de suas Constituições, em especial no que se refere à violação dos direitos fundamentais assegurados a seus cidadãos(21). Mesmo hoje, mais de 30 anos após os Tratados instituidores das Comunidades Européias(22), a proteção dos direitos fundamentais conquistados nas Constituições democráticas europeias é considerada “campo de aplicação irredutível” do direito nacional. (23).

Por todo o exposto, a origem constitucional do mandamento de proteção ao consumidor no Brasil concede ao Código, como lei protetora, uma inegável força. Em caso de conflito do hoje disposto no CDC com a legislação eventualmente oriunda do legislador do MERCOSUL, a origem constitucional da lei brasileira poderá garantir sua manutenção pelo judiciário brasileiro. A defesa do consumidor não é somente princípio da ordem econômica brasileira, mas é, especialmente, direito fundamental assegurado por nossa lei magna.

## **2. CDC como Norma de Ordem Pública.**

Tendo em vista a origem constitucional do mandamento de defesa do consumidor(24), não deve surpreender o fato do artigo 1º do CDC auto-definir suas normas, como normas de ordem pública. As normas de ordem pública são aquelas que positivam valores básicos de uma sociedade e, portanto, indisponíveis à vontade das partes.

A constituição representa atualmente não só a norma máxima, mas o centro do próprio sistema do direito brasileiro(25). Sendo assim, lógico que a Constituição sirva ao mesmo tempo

(20) Veja o sério estudo realizado na Suíça, quando esta- antes do plebiscito de 1992- pretendia passar a integrar o Mercado Comum, COTTIER, Bertrand(Coord.), "Conséquences institutionnelles de l'appartenance aux Communautés Européennes", Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé, Schulthess V., Zurique, 1991 que dedica aos problemas constitucionais originados pela adesão suas páginas 19s, 47s, 77s, 155s, 189s, 223s, 257s, 287s, 325s, 341s, 355s, 375s, informando que dos doze países membros, nove tiveram de modificar sua ordem constitucional, pg.411.

(21) Veja o exemplo alemão, em suas famosas sentenças "So lange I" e "So lange II", em que o "BVerfG" (Corte Constitucional Alema) afirmou que enquanto a Comunidade não possuise uma Constituição que assegurasse os mesmos direitos fundamentais assegurados nos art.1 a 20 da Grundgesetz, a Lei Fundamental se aplicaria, mesmo contra o direito da integração, de forma a preservar estes valores básicos já conquistados, veja em SCHWEIZTER, M. e HUMMER, W. "Europarecht", Metzner, Frankfurt, 1990, pg. 215ss.

(22) A comunidade europeia é formada por três Comunidades, a do Carvão e do Aço (Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951), a Comunidade Económica ou Mercado Comum (Tratado de Roma, de 25 de março de 1957) e a Comunidade da Energia Atómica ou Euratom (Tratado de Roma de 25 de março de 1957), veja a interessante comparação de POCAR, Fausto, "Modelos de Integração regional na Europa e na América Latina e papéis das integrações regionais", pg.9 e ss. do número especial dedicado à Integração da Revista de Informação Legislativa, n. 84, jan/mar.1984.

(23) A expressão é trazida por VON SIMSON, W. e SCHWARZE, J: "Europäische Integration und Gründgesetz", de Gruyter, Berlin, 1992, pg.65, obra que dá especial atenção aos reflexos constitucionais da aceitação do novo Tratado de Maastricht, o qual propõe a criação de uma comunidade monetária entre aqueles países e uma maior integração política, o que naturalmente significa maior transferência de competências (ou soberania) para a Comunidade.

(24) O art. 48 das Disposições Transitorias concedia 120 dias para que o Parlamento elaborasse o "Código de Defesa e Proteção do Consumidor".

(25) Como ensina AMARAL, F. dos Santos Neto, "A Liberdade de Iniciativa Econômica-Fundamento, Natureza e Garantia Constitucional", In: revista de direito civil, vol.37, pg.96, a noção de sistema pode ser útil a análise, pois "permite que o fenômeno jurídico, a semelhança do que vem sendo feito no âmbito das demais ciências sociais, seja apreciado como um conjunto harmônico, unitário, coerente de normas jurídicas, constituído em função de valores e princípios emergentes da realidade social...". Este conjunto coerente seria um todo construído, com uma hierarquia própria, com um encadeamento lógico, a determinar que seus valores e conceitos estivesse presentes e eficazes, não em um só ramo do direito, mas em todo o ordenamento jurídico de um país.

como guardião de seus princípios, como observamos no pontos antes analisado, e como centro irradiador das novas linhas mestras do ordenamento jurídico de um país. Essas linhas mestras propostas pela Constituição traduzem os princípios de ordem pública de um país, a influenciar a atuação do legislativo, do executivo e principalmente do poder judiciário daquele país.

Face a esta nova força normativa da Constituição<sup>(26)</sup>, o direito privado passa a sofrer uma influência direta da nova ordem pública, no caso ordem pública econômica, por ela imposta; muitas das relações particulares, antes deixadas ao árbitrio da vontade das partes, obtêm relevância jurídica nova e consequente controle estatal rígido. As relações de consumo no mercado brasileiro e seu novo controle estatal através dos direitos e deveres positivados no Código de Defesa do Consumidor são exemplo claro deste fenômeno de “publicização do direito privado”<sup>(27)</sup>.

O caráter de norma de ordem pública de todas as regras do Código de Defesa do Consumidor representa um importante limite à autonomia privada, tanto em sua face econômica -a liberdade de iniciativa no mercado brasileiro (art. 170, V da constituição)<sup>(28)</sup>-, como em sua face jurídica -a liberdade de contratar e a liberdade contratual de estabelecer o conteúdo destas relações- que envolvem fornecedores de produtos e serviços e consumidores no mercado brasileiro.

O caráter de ordem pública da norma em estudo é também importante porque a destaca hierarquicamente. Também no Brasil, as antinomias entre as normas do sistema (por exemplo, normas civis e normas comerciais, normas especiais para determinadas atividades econômicas e normas gerais, leis especiais para determinados contratos, como leasing, locação, alienação fiduciária, contratos bancários, etc. e regras gerais sobre contratos) resolvem-se com base nos três critérios clássicos: anterioridade, especialidade e hierarquia. Sendo que, em caso de conflito entre critérios (lei geral posterior e lei especial anterior, por exemplo), a hierarquia pode ser o critério definidor usado pelo juiz<sup>(29)</sup>.

### **3. CDC como Norma de interesse Social**

Seguindo essa linha constitucional de nova função social do direito privado , esclarece o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, que suas normas são “de interesse social”.

Considerada supérflua para alguns, esta expressão ajuda a determinar a natureza das normas do CDC, as quais dispõe sobre matérias tão diferentes como direito civil, comercial, econômico, administrativo, processo civil e direito penal. Une-as a idéia básica de proteção de um grupo social determinado, os consumidores, assim definidos pela lei, considerados, em

(26) Veja a famosa aula de Hesse, Konrad, *A Força Normativa da constituição*, trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre: Ed. Fabris, 1992.

(27) A expressão é de RAIZER, Ludwig, “O Futuro do Direito Privado”, in: Revista da Procuradoria Geral do Estado”, Porto Alegre, 9(25), 1979, pg.11.

(28) KONDER COMPARATO, ob.cit., pg.263, afirma que a defesa do consumidor foi erigida a princípio ilimitador da atividade econômica pelo art.170, V da Constituição Federal.

(29) Nesse sentido a opinião do BOBBIO, Norberto, “Des critères pour résoudre les antinomies”, in: *Les Antinomies en Droit*”, PERELMAN, Ch.(Ed.), Bruxelas, 1965, pg.255, assim tb. nos manifestamos em “a Responsabilidade do Transportador Aéreo”, ob.cit.pg. 167/168.

princípio, como vulneráveis na sociedade de massas(30).

Aqui também, especialmente nas matérias de direito civil tratadas pela nova lei, a definição da presença do interesse social ajuda a atuação do aplicador da lei, no sentido de garantir eficácia as novas normas. Para estabelecer novos limites a princípios tradicionais como os da liberdade contratual e a liberdade de iniciativa dos fornecedores, a nova lei precisa declarar a sua própria natureza de interesse social. Assume, assim seu caráter de lei interventionista, típica do Estado social, criada com a difícil tarefa de mudar uma realidade social, de estabelecer novos parâmetros de equilíbrio e respeito na sociedade brasileira.

A expressão “interesse social” possui também uma outra finalidade específica no sistema do direito brasileiro e que merece ser mencionada. Trata-se de uma antiga polêmica brasileira sobre a legitimação para a defesa dos interesses difusos.

A proteção jurídica destes interesses de massa ou interesses transindividuais(31), em um país com tantas desigualdades econômicas e com níveis de formação tão diferenciados em sua população, só se tornaria uma realidade com a modificação da regras sobre o acesso à justiça e o fim da passividade social frente aos abusos do poder econômico. Nesse sentido, a legitimação para agir na defesa dos interesses foi concedida não só para associações da sociedade civil organizada, mas também para órgãos estatais específicos (Art. 82 do CDC).

Dentre os órgãos estatais destaca-se a participação do Ministério Público, fiscal da lei e novo “Ombudsman” do Mercado de Consumo brasileiro. Nesse sentido, a menção no artigo 1º do CDC da expressão “interesse social”, pode facilitar a atuação do Ministério Público, pois o art. 127 da Constituição Federal de 1988, autoriza a sua atuação ampla (administrativa e judicial) para: “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Face a estas observações podemos concluir que se a expressão utilizada no artigo 1º do CDC não tem a força e a tradição da idéia de ordem pública, a decisão do legislador foi sábia, pois preservando o caráter público ou privado da norma de conduta, definiu de maneira geral e indiscutível o interesse social que as acompanha, hierarquizando-as.

## B. CONTEÚDO DA NOVA LEI PROTETORA

Verificada a natureza da nova lei, sua importância hierárquica e fática no sistema do ordenamento jurídico brasileiro, cabe agora examinar o conteúdo desse novo Código. Muito já foi escrito sobre o aporte do CDC ao direito brasileiro, especialmente ao direito das obrigações e ao direito processual civil (32), motivo pelo qual gostaríamos aqui de mencionar apenas seus aspectos básicos e de maior repercussão para uma futura integração.

(30) “Código” significa a criação de um sistema de regras de direito, ordenadas e unidas pela lógica de uma idéia central orientadora; veja as definições trazidas pelo mestre de Heidelberg, JAYME, Erik, “Considérations historiques et actuelles sur la codification du Droit International privé”, in: Recueil des Cours de l’Academie de la Haye, vol.177 (1982,IV), pg. 23.

(31) A expressão é trazida por WATANABE, Kazuo, pg. 509, in: “Código Brasileiro de Defesa do consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, Ada Pellegrini GRINOVER et al, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

(32) Veja o nosso livro, “Contratos no Código de defesa do Consumidor-O novo regime das relações contratuais”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992 e o antes citado Comentário dos Autores.

## 1. Princípios Orientadores de CDC

Mister que se inicie analisando o artigo 4º do CDC, regra chave na interpretação e no entendimento da nova lei. No art. 4º do CDC, positivou o legislador os objetivos que animam a nova lei, esclarecendo assim a ratio das normas do próprio CDC. Ao regular a “política nacional de relações de consumo”, determinou a própria interpretação teleológica de suas normas. O art. 4º é, portanto, uma norma que indica o resultado a ser alcançado pela política de proteção ao consumidor, política que inclue e se materializa nas regras do CDC. Trata-se assim de uma verdadeira “norma-objetivo”, na classificação do mestre de São Paulo(33).

No art. 4º do CDC, podemos observar que a atuação do Estado brasileiro nesta matéria objetiva “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

São esses os objetivos que autorizam uma atuação estatal controladora, especificada nos cento e poucos artigos do CDC. Esta atuação é conduzida tendo por base guiada por alguns princípios também especificados no art. 4º do CDC qual sejam: o princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4,I) (34), o da obrigação da ação governamental para a proteção do consumidor (art. 4,II) (35), o princípio da boa-fé e equilíbrio nas relações entre fornecedor e consumidor (art. 4,III) (36), o da facilitação do acesso à justiça (art. 4,V) (37) e o da repressão aos abusos e a concorrência desleal(38) no mercado (art. 4,VI)(39).

Por sua vez, o CDC garante novos direitos básicos ao consumidor, oriundo de seu direito fundamental de proteção, assegurado pela Constituição (Art. 5, inciso XXXII). A metodologia escolhida pelo CDC foi a de assegurar direitos a um grupo de indivíduos, os consumidores, em

(33) Assim ensina GRAU , Eros, “Interpretando o Código de Defesa do consumidor: Algumas Notas”, In: Revista Direito do Consumidor, vol. 5, pg.185.

(34) A presunção de vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor gulará os três artigos do CDC que se referem a definição de consumidor, Artigos 2º, 17 e 29. O consumidor stricto sensu é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza por si ou serviço, como destinatário final (ar. 2, caput), equiparando-se a ele todas as vítimas do dano causado por fato do produto ou do serviço (art. 17), a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (Art. 2. único), ou que fique exposta às práticas comerciais definidas no CDC (Art. 29).

(35) Este princípio guia a atuação ativa do Poder Executivo, através de seus órgãos de proteção do Consumidor, de controle de preços e da saúde pública, bem como a atuação no campo jurídico do Estado (art. 5º), através da criação de Juizados de Pequenas Causas, Varas Especializadas na Defesa do Consumidor, Promotorias, Assistência Jurídica Gratuita etc. Sobre a base legal da atuação administrativa, veja o recente Decreto nº 861 de 9 de junho de 1993 (D.O.U: 12/08/93, Seção I, pg. 9551ss), o qual dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor-SNDC e estabelece normas gerais de aplicação das sanções administrativas.

(36) Este princípio serve de base para a imposição do dever de informar dos art. 30 e seguintes do CDC, da transparência e informação quanto da redação dos contratos unilateralmente (arts. 36 e 54), para a proibição das práticas comerciais abusivas descritas no art. 29 e seguintes, para a declaração da nulidade absoluta das cláusulas abusivas descritas no art. 51 e seguintes, para a proteção da confiança do consumidor na prestabilidade e segurança dos produtos e serviços, dispostas nos art. 18 e seguintes e Art. 12 e seguintes do CDC, serve de base, inclusive, para a decretação eventual da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, segundo os ditames do art. 28.

(37) Este é o princípio nordeador das normas processuais trazidas pelo CDC em complementação à lei da ação civil pública de 1985, nos arts. 81 a 108.

(38) Este é o menos desenvolvido dos princípios no corpo do CDC, talvez face às múltiplas e ineficazes normas brasileiras já existentes sobre regulação da concorrência.

(39) sobre o tema, veja tb. o excelente artigo de NERY, Nelson Jr., “Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 3, pg. 44ss.

seus artigos 6º e 7º, e impor em todo o corpo do texto, deveres a um outro grupo social específico, os fornecedores de produtos e serviços, e ao próprio Estado e seus órgãos de atuação. Nesse sentido, analisar os direitos assegurados ao consumidor é analisar o espírito do texto do CDC, pois os artigos que seguem a declaração de direitos dos arts. 6º e 7º nada mais fazem do que positivar linhas de conduta no mercado, as quais visam justamente efetivar e assegurar o cumprimento destes novos direitos.

Os direitos assegurados ao consumidor pelo art. 6º do CDC são: a) proteção à vida e à segurança, instituindo assim uma proteção contra os riscos da sociedade de consumo, especialmente no que se refere aos danos causados por produtos e serviços defeituosos e regras especiais sobre o fornecimento de produtos perigosos (Art. 6,I); b) proteção da liberdade de escolha e da igualdade nas contratações, tanto através do direito à educação, quanto do novo direito à informação, como da proteção contra publicidade enganosa ou abusiva, contra práticos comerciais abusivas (Art. 6, II,III e IV); c) proteção do equilíbrio das relações contratuais de consumo, através do controle e proibição de cláusulas abusivas e da nova possibilidade de modificação judicial de algumas cláusulas (Art. 6, V e IV); d) direito à efetiva reparação e à prevenção dos danos patrimoniais e morais, assim como danos individuais, coletivos e difusos; e) proteção administrativa e processual eficaz, através da facilitação do acesso à justiça e da realização da prova em questões de consumo, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz, assim como a prevenção ou a reparação dos danos pela atuação conciliatória administrativa e pela prestação adequada e eficaz dos serviços públicos (Art. 6, VII e VIII).

Interessante observar ainda que o art. 7º do CDC é um fator de abertura do sistema brasileiro positivado de proteção ao consumidor, pois afirma que: “Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade” (grifo nosso).

Sendo assim, os direitos assegurados pelo Tratado de Assunção e outros tratados e atos internacionais elaborados com vistas à integração do MERCOSUL, se direitos garantidos ao consumidor passarão -ex lege- a integrar o sistema do CDC de proteção ao consumidor, como por exemplo a gratuidade prevista no Protocolo de Las Leñas de Cooperação e Assistência Jurisdicional, assinado pelos quatro países em 27 de junho de 1992 (40). Parece-nos, face ao objetivo comum em ambos os textos legais, qual seja o da melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, possível que o MERCOSUL, seguindo o modelo deixado pela Comunidade Econômica Européia, torne-se um grande legislador para a proteção dos interesses do consumidor; reconhecendo assim, que os atores da integração não são somente os Estados e os empresários que importam e exportam, mas os consumidores que aceitam e consumem estes produtos em todos os quatro mercados nacionais integrados.

A compatibilização da lei brasileira com os objetivos do MERCOSUL seria, pois, a

(40) O Protocolo foi objeto da MERCOSUL/CMC/DEC. nº 05/92, art.15, veja sobre a Convenção de Bruxelas, ato semelhante entre os países da Comunidade Européia, em REICH, Norbert, “Protection of consumers economic interests by European Community”, In: Journal of Behavioral and Social Sciences, vol.38, 1992, Japão, pg. 33s.

solução ideal, onde a lei brasileira assumiria seu papel de norma fundamental tuteladora dos interesses sociais e econômicos dos cidadãos no MERCOSUL, e o nível de proteção já atingido seria mantido e extendido aos outros mercados e indivíduos. Será esta, porém, a visão que prevalecerá.

## **II - O CODIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO LEI LIMITADORA AO LIVRE COMERCIO NO MERCOSUL**

Como observamos anteriormente, a legislação brasileira de proteção do consumidor pode ser vista também como uma barreira à livre circulação de mercadorias e serviços entre os quatro países do MERCOSUL, liberdade esta básica para o sucesso do processo de integração. Para que se possa concluir pela caracterização do CDC como lei discriminatória e limitadora do comércio não basta apenas um exame fático, é necessário que se realize um exame da nova lei frente ao "quadro" jurídico econômico da integração propostas; do permitido e do proibido neste processo, das regras estabelecidas e impostas pelos Estados durante a criação e efetivação deste processo de integração de mercados e sociedades. Nesse sentido, cabe analisar a verdadeira caracterização da lei frente ao ideal integracionista proposto e os esforços atuais, seja para manter os direitos conquistados, seja para substituí-los por uma legislação harmonizada e média para os quatro países do MERCOSUL.

### **A) O CDC COMO BARREIRA NAO TARIFARIA**

Visando estabelecer a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos (Art. 1º do Tratado), o MERCOSUL deve necessariamente preocupar-se com a eliminação das barreiras ao livre comércio entre os seus países. Não se tratam apenas de barreiras físicas (fronteiras), mas de barreiras jurídicas, entre as quais destacam-se os tributos ou direitos alfandegários, que possuem como função, por excelência, impedir ou dificultar a entrada de produtos estrangeiros no mercado nacional, protegendo assim o produtor e a indústria local.

A eliminação dos direitos alfandegários ("a tarifa 0%") entre os quatro países é um dos objetivos que o MERCOSUL pretende atingir até 31 de dezembro de 1994 (artigo 3º do Programa de Liberação Comercial, Anexo I do Tratado de Assunção, enquanto o Art. 7º prevê prazos especiais para Paraguai e Uruguai). O Art. 1º do Tratado de Assunção menciona, igualmente, como objetivo a eliminação das "restrições não tarifárias à circulação de mercadorias de qualquer outra medida de efeito equivalente" (41).

Ora, a ampla legislação brasileira de proteção do consumidor caracteriza, faticamente, um novum, uma diferença marcante no mercado brasileiro em relação aos mercados que não possuem normas imponendo tais níveis de qualidade, segurança e informação em relação aos produtos e serviços; mercados que não conhecem o novo equilíbrio obrigatório das relações con-

(41) Interessante notar que o Art. 1º nada menciona sobre as restrições à livre circulação de serviços. Se esta foi uma omissão consciente e quais serão suas consequências práticas não cabe aqui analisar em detalhes. Optamos, no texto, a mencionar a reglamentação dos produtos e serviços como trazida no CDC brasileiro, isto é, tratando-os igualmente.

trutais de consumo, ou a facilidade no acesso à justiça, ou que desconhecem tal grau de responsabilização administrativa e penal pelas atividades abusivas dos fornecedores no mercado. A legislação brasileira representa, assim, faticamente, um fator de ponderação especial no caso da colocação de produtos e serviços estrangeiros no mercado brasileiro, pois estes, obrigatoriamente, terão de adaptar-se as exigências legais.

A idéia base da integração econômica é, porém, a de possibilitar a colocação do produto ou serviço estrangeiro (a entrada do capital ou do trabalhador estrangeiro...) **nas mesmas condições**, no mesmo patamar concedido ao produto ou serviço nacional. E a idéia mestra do tratamento igualitário, da não discriminação, da concorrência total e leal no novo mercado integrado(42).

Não é idéia integracionista ou seu objetivo privilegiar o produto ou produtor estrangeiro frente aos "pares" nacionais, por exemplo, permitindo que coloque no mercado produtos sem a segurança, a informação em língua portuguesa e a qualidade mínima exigida para os "pares" nacionais (arts. 8, 9, 10, 18, 20, 30, 31 do CDC), que utilize métodos de venda proibidos para os "pares" nacionais (como a venda casada e a publicidade enganosa, por exemplo, proibidas nos arts. 39,I e 37 do CDC), que transfira todos os riscos do negócio para o consumidor, através de cláusulas contratuais unilaterais e abusivas, quando recorrer a tais cláusulas seria impossível para o fornecedor nacional (como as cláusulas abusivas consideradas nulas nas relações de consumo pelos arts. 51,53 ou a responsabilidade indisponível pelo vício do produto e serviço dos arts. 18 ss, 24 e 25 do CDC).

Faticamente, portanto, o fornecedor argentino, uruguai ou paraguaio que desejar colocar seus produtos no Brasil (e o importador responsável) terão de adaptar-se as regras do mercado brasileiro quanto à proteção do consumidor e o respeito para com este. Estabelecerão, porém, estas regras, verdadeiramente, uma "barreira" à entrada destes produtos no mercado brasileiro, à liberdade de circulação de mercadorias no MERCOSUL?

Se definimos "barreira ou restrição" **toda dificuldade** ou standard imposto por um país, a resposta será necessariamente afirmativa, pois o CDC impõe efetivamente um novo patamar de conduta para os produtores de outros países não acostumados a estes níveis de qualidade ou segurança. Se definimos "barreira" aquele **tratamento**, fático ou jurídico, **diferenciado** para o estrangeiro, então o CDC não seria considerado como tal, pois, na verdade, trata-se de um novo patamar de boa-fé nas relações de consumo imposto a todos, nacionais e estrangeiros no mercado.

Se definimos "barreira" à circulação de mercadorias, o **aumento de custos** para o produtor, no esforço de adaptar-se às exigências e a responsabilidades que não conhece de seu país de origem, então o CDC pode ser caracterizado como uma, pois acarretará, na prática, um aumento dos custos (seguros, contratos assegurando assistência técnica no Brasil, vendas de peças, novos deveres para o importador, etc.); tudo, é claro, se comparado em relação à colocação do produto no mercado original, que desconhece estas normas protetoras. Se definimos "barreira" como aquela que **impede** faticamente a entrada de um produto ou serviço, então o

(42) Assim ensinam os mestres alemaes SCHWEIZER/HUMMER, ob. cit., pg. 269ss.

CDC não seria considerado como tal, pois não especifica quem pode prestar serviços no mercado brasileiro, ou quais os produtos que podem ser comercializados, somente impõem responsabilidades e deveres de informação e de indenizar caso estes produtos ou serviços não atinjam a qualidade (por vício ou por defeito) exigido, ou sejam comercializados através de práticas comerciais abusivas e proibidas no mercado.

Face as estas diversas definições possíveis, o Tratado de Assunção optou por definir o que considera por “barreiras” proibidas, dispondo em seu art. 2º Anexo I-Programa de Liberação Comercial, que se entenderá por “restrições” do art. 1º, “qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer outra natureza, mediante a qual um Estado impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco”.

Como observamos anteriormente, as regras do CDC sobre a responsabilidade do fornecedor pela falta ou falha na qualidade e segurança do produto ou serviço não “impedem” o comércio recíproco, da mesma forma que as exigências de informação, e de respeito às legítimas expectativas do consumidor, quanto ao conteúdo do contrato e seu cumprimento, também não “impedem” a entrada de produtos importados, assim como as exigências de informação, em língua portuguesa, sobre os riscos e os componentes do produto não passam de novos desafios para a organização do profissional, que passa a atuar no mercado brasileiro.

De outro lado, alguns consideram que as normas protetoras dos consumidores presentes no CDC “dificultam” o comércio recíproco. São os defensores da aplicação exclusiva da regra do Estado de Origem. Se para o Estado de Origem o produto possui a qualidade e a segurança exigida, isto bastaria, não se podendo aplicar a ele regra do país de comercialização ou se estaria “dificultando” seu acesso ao novo mercado. Note-se que se a regra da “origem” é uma regra mais pragmática, do que eficiente e não encontra aplicação no que se refere as regras sobre responsabilidade (contratual e extra-contratual), regras que representam a quase totalidade das normas privatistas do CDC. Em caso de dano, aplica o sistema jurídico brasileiro a lei do lugar onde ocorreu o delito e não do país de origem do produto ou do fornecedor (art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil).

As regras do CDC, como exigem do fornecedor uma adaptação aos novos standards e impõem novos deveres indisponíveis, no que se refere à informação, qualidade e segurança, representam, assim, uma “dificuldade-fática” extra para o fornecedor estrangeiro do MERCOSUL, logo devemos examinar com mais atenção a hipótese de serem consideradas como “restrições” (= dificuldades), definidas no art. 2, b do Anexo I. Neste caso, é necessário ter em vista o que dispõe a frase final do referido Art. 2, letra “b”. Segundo esta “não estão compreendidas no mencionado conceito (de restrições) as medidas adotadas em virtude das situações previstas no Art. 50 do Tratado de Montevideo de 1980”.

O referido Art. 50 do Tratado de Montevideo, que instituiu a ALADI, dispõe:

“Nenhuma disposição do presente Tratado será interpretada como impedimento à adoção e ao cumprimento de medidas destinadas à:

- a) proteção da moral pública;
- b) aplicação de leis e regulamentos de segurança;

- c)...
- d) proteção da vida e da saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais;
- e)...
- f) proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico;...”(43)

Logo, examinando-se o art. 2º do Anexo I do Tratado de Assunção em conjunto com o disposto no art.50 do Tratado da ALADI, conclui-se que as “restrições ao comércio recíproco” (= dificuldades), as quais se destinarem à “proteção da vida e da saúde das pessoas”, não serão consideradas como “barreiras não-tarifárias”, estando, portanto, permitidas no MERCOSUL.

Tratando-se de regras que regulam a responsabilidade dos agentes econômicos nas suas relações com os consumidores, muitas das regras do CDC referem-se, indiretamente, à proteção da vida e da segurança do consumidor (veja ponto I,B). O próprio Art. 4º do CDC menciona o respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor como seus objetivos básicos. O CDC, porém, regula também a proteção dos interesses econômicos do consumidor e impõe uma nova transparência e harmonia no mercado, conforme a boa-fé. Seriam todas as normas referentes a estas matérias consideradas “restritivas” e contrárias à integração?

Certos estavam os países da Comunidade Econômica Européia que a instituíram através de um Tratado-Quadro direto e regulamentador, o qual além de bem definir as regras do novo mercado integrado já esclarecia a competência de cada um dos seus órgãos, e criava, dentre todos, um Tribunal Judicial, independente e especializado, com o monopólio na interpretação dos Tratados e das regras necessárias à integração.

Assim, prevêem os artigos 30 e seguintes do Tratado de Roma a eliminação das **restrições quantitativas** à importação, bem como de todas as medidas de efeito equivalente. O seu art. 36, porém, excepciona as “proibições à importação, exportação ou trânsito, justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de proteção da saúde e da vida das pessoas... Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir, nem um meio de discriminação, nem restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros.”

Frente a esta norma, o Tribunal de Justiça da Comunidade pode estabelecer e desenvolver o princípio da não discriminação, do tratamento igualitário de produtos, no famoso caso, Cassis de Dijon (44), ao mesmo tempo que pôde considerar como não violador do tratado as famosas normas alemãs sobre a proibição de cláusulas abusivas da Lei de 1976, ou a “law” inglesa sobre responsabilidade objetiva pelo defeito do produto. Não havendo discriminação, não há violação a ser declarada pelo Tribunal, mas havendo diferenças e dificuldades criadas por regras legais, que possam influenciar as condições igualitárias de concorrência há competência para a

(43) Texto reproduzido na íntegra, in: Rev. de Informação Legislativa, a. 21, n. 81-SUPLEMENTO, pg.270.

(44) No famoso caso Cassis de Dijon (Fis.120/78, Rewe v. Bundesmonopol verwaltung für Brandwein) Rspr.1979, pg.662, instituiu o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia a chamada “Regra-Cassis”, a qual exclui das medidas equivalentes as medidas e regras jurídicas estabelecidas por um Estado, se razoáveis e necessárias para uma efetiva proteção do consumidor, para a concorrência leal, para a proteção da saúde pública e para o controlo do pagamento de impostos; veja sentença reproduzida por SCHWEIZER/HUMMER, ob cit., pg. 270 e 271.

Comissão da Comunidade atuar (45). A Comissão, que também é órgão autônomo, formado por servidores de carreira em números proporcionais aos países e as nacionalidades integrantes da Comunidade, atua legislando(46) ou sugerindo leis-modelos (Diretivas) de forma a harmonizar as legislações, na medida necessário e sempre com a finalidade do bom funcionamento do mercado comum (47).

Estas duas opções trazidas pela experiência europeia podem ser muito úteis para a solução no MERCOSUL, da desigualdade legislativa criada pela ampla legislação brasileira de defesa do consumidor, especialmente pelo CDC. Em primeiro lugar, a sábia conclusão do órgão competente para interpretar o direito comunitário, que tais normas tutelares não constituem verdadeira restrição ou medida de efeito equivalente; em segundo lugar, a conclusão do órgão executivo, que as diferenças legislativas podem causar alguma dificuldade ao comércio dentro do mercado e, consequentemente, diferenças no tratamento entre cidadãos e empresas nos vários mercados nacionais, devendo este órgão executivo preocupar-se com a aproximação das legislações: a harmonização.

## B) O CDC COMO MATERIA A HARMONIZAR

Uma vez que no MERCOSUL, até momento, não possuímos um órgão verdadeiramente judicial, no sentido da competência, da independência e isenção (48) como o Tribunal de Justiça das Comunidades, caberá ao Judiciário nacional interpretar as normas do CDC e o seu eventual conflito com o disposto no tratado de Assunção, caracterizando-o ou não como “medida restritiva”. A tendência, neste caso, será provavelmente de acompanhar o exemplo europeu e de compatibilizar a aplicação das normas, não considerando o CDC brasileiro como uma “restrição” ao comércio, tendo em vista aos objetivos que unem ambos os sistemas; optando o juiz brasileiro pela manutenção do texto protetivo nacional.

Quanto às possibilidades de harmonização das legislações nacionais, inicialmente é necessário observar que o processo de integração do MERCOSUL, tem se caracterizado, até o momento, por uma certa falta de transparência nos trabalhos dos Sub-grupos e do próprio órgão executor, o Grupo Mercado Comum. Resta, mesmo assim, a perspectiva deste órgão executor

(45) Assim concorda, quanto aos objetivos da Comunidade e do Direito Comunitário, a obra tradicional de CARTOU, Louis, "Communautés Européennes", Dalloz, 1979, pg. 142.

(46) O verdadeiro legislador stricto sensu da CEE é o Conselho, que promulga as leis obrigatórias da Comunidade, os “Regulamentos”. Engana-se, quem pensa que o “Parlamento” das Comunidades tem função legislativa, pois este órgão, único escolhido de maneira democrática na CEE, possui somente função consultiva, de decidir o orçamento da Comunidade e um pequeno poder de veto das leis elaboradas pela Comissão e pelo conselho, que pode ser derrubado pelo Conselho de Ministros; veja o art. 189 do Tratado de Roma. Elas aqui uma das fontes de crítica quanto a legitimidade (democrática) da Comunidade Europeia para legislar, veja detalhes em RABE, Hans-Hrsgen, "Europäische Gesetzgebung- das unbekannte Wesen" in: NJW 1993, pg. 1 a 5.

(47) Sobre a atividade administrativa, de controle e como elaboradora das leis, regulamentos e diretivas da Comunidade ,pela Comissão, veja SCHWEIZER/HUMMER, ob.cit., pg.79.

(48) O Protocolo de Brasília estabelece um procedimento arbitral específico, o que garantirá certa isenção dos árbitros, um de cada país envolvido e um terceiro escolhido; o problema central, porém, é a falta de obrigatoriedade do Estado enviar a queixa do empresário de seu país (art. 27) e a não adaptação do complexo procedimento de “tentativas de conciliação” entre órgãos nacionais do executivo com as necessidades das lides particulares. Se este procedimento representa um avanço no que se refere as relações entre Estados latino-americanos, pouco acostumados às arbitragens, para os particulares não oferece o Protocolo de Brasília nenhuma segurança e perspectiva.

estar intentando esforços no sentido de oportunizar a harmonização da matéria de defesa do consumidor.

Sabe-se que o Subgrupo nº 10, de Coordenação de Políticas Macro-Econômicas tem trabalhado no assunto e que em abril de 1993 instituiu uma “Comissão de Estudos de Direito do consumidor”. Da mesma forma preocupa-se o Ministério da Justiça do Brasil com a possibilidade de uma futura atuação legislativa do Conselho do MERCOSUL e tem repetido sua posição básica de não ceder quanto ao patamar de proteção já alcançado pelo CDC na defesa dos direitos dos consumidores. Estaria, optando, ao contrário, por estimular os outros três estados para que também legislem sobre a matéria. Esta solução proposta pelo Ministério da Justiça brasileiro permitiria a manutenção da lei nacional, como lei protetora de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que prepararia os produtos do MERCOSUL para a competição em mercados dos países desenvolvidos, os quais também possuem rígidas legislações protetoras na matéria.

Considerando, porém, a falta de informações precisas sobre o avanço na matéria, cabe traçar, ainda que brevemente, um painel sobre o processo de harmonização legislativo. Trata-se de um método de aproximação das legislações menos intenso que a unificação (49), unificação significaria a adoção do mesmo conteúdo normativo, objetivando, ao contrário, apenas a coordenação das diferenças existentes nos ordenamentos jurídicos nacionais. A Harmonização se faz unificando somente algumas regras básicas e propondo normas acessórias para aqueles Estados cuja legislação é mais tímida. Assim, o Estado que já possui legislação na matéria somente a adapta ao espírito das normas básicas propostas e se impossível a adaptação modifica o texto das normas. O Estado que não possui legislação ou legislação em sentido contrário, legisla, seguindo as linhas e muitas vezes as próprias palavras das normas básicas e secundárias propostas.

Na Comunidade Européia a harmonização é feita através de leis-modelo denominadas Diretivas (art. 189 do Tratado de Roma), obrigatorias para os Estados quanto a sua finalidade harmonizadora, mas deixando-o livre quanto a forma, o prazo e a extensão de sua “transformação em direito interno” ou sua inserção no ordenamento interno. Atualmente, por ação criadora e interpretadora do Tribunal de Justiça das comunidades, as Diretivas tem o condão de serem obrigatorias, mesmo se não “transformadas” em lei interna; é a chamada incidência direta em caso de recusa do país de legislar segundo as linhas propostas pelas Diretivas(50). No MERCOSUL, a harmonização tem sido feito por Tratados Internacionais tradicionais ou por legislações nacionais voluntariamente aproximadas, com base nas sugestões do Grupo Mercado Comum, chamadas “Resoluções ou das Decisões do Conselho de Ministros(51). Não prevê o

(49) Assim ensina nosso mestre alemão WILL, Michael R., “Autonome Rechtsangleichung in Europa”, in: “Osterreichs Weg in die Eg”, Fritz Schwind (Hrsg), V. OAKW, Viena, 1991, pg.88.

(50) O processo de incidência direta das Diretivas é complexo, deve o Estado já ter esgotado o prazo para sua “transformação” em lei nacional e deve o texto da diretiva ser suficientemente claro e direto, de forma a possibilitar que os cidadãos da europa possam a eles recorrer; sobre a evolução desta jurisprudência do Tribunal de Justiça das comunidades, veja SCWEIZER/HUMMER, ob.cit., pg.115.

(51) Segundo a lição de WILL, ob. cit., pg. 73 e ss., seria este tipo de harmonização denominado “harmonização voluntária” ou tradicional do Direito Internacional clássico, não necessitando de um processo de integração econômico para nascer, bastando a simples vontade política (que pode desaparecer e reverter o processo) e o desejo de cooperar dos Estados soberanos.

Tratado de Assunção nenhum mecanismo para a harmonização, nenhum instrumento para tal, somente a sua realização e ainda assim, voluntária (art. 1º do Tratado de Assunção).

Tendo em vista a incipienteza deste processo no MERCOSUL, cabe aprender com a experiência européia. Também a da Comunidade Européia tornou-se uma das grandes legisladoras no tema da defesa do consumidor, para superar os reflexos da diferença legislativa na concorrência entre fornecedores do seu mercado. Se, porém inicialmente sua tendência era de harmonizar amplamente, forçando a modificação das legislações nacionais de forma a atingirem todas um novo nível médio, hoje, como afirmamos anteriormente, sua ação legislativa evoluiu (52), passando a exigir que os países sem legislação específica instituam-na, atingindo o nível médio, mas a permitir que os outros Estados mantenham níveis mais altos de proteção de seus cidadãos. São as chamadas “Diretivas mínimas”, que além de permitirem a manutenção da legislação mais protetiva em vigor, tendem a possuir um campo de aplicação pequeno, somente no estritamente necessário à formação do mercado comum(53).

## CONCLUSÃO

A conclusão principal da análise realizada é a falta de estrutura jurídica do processo de integração denominado MERCOSUL, contando apenas com instrumentos tradicionais do direito internacional público, o processo caracteriza-se como um fenômeno econômico e político voluntário e não definitivo, justamente face a sua incipiente obrigatoriedade jurídica.

Pouco se atentou para a insegurança e a falta de credibilidade criadas pelo descompasso (consciente) entre os objetivos(sérios e complexos) que o MERCOSUL se propõe a alcançar e o que cada Estado membro está comprometendo-se a fazer (obrigações) e a sujeitar-se (transferindo competências). Em uma América Latina sem tradição de colaboração entre Estados, diríamos que muito já foi alcançado, mas este “muito” não pode ser denominado ilusoriamente de “Mercado Comum”.

(52) Veja por todos, o citado artigo de GARCIA-CRUCES, e sobre a nova maneira de legislar, as anteriores notas 7,8 e 9.

(53) O art. 8 da Diretiva adotada em 5 de abril de 1993 (JOCE-L de 21 de abril de 1993) dispõe que: "...os Estados membros podem adotar ou manter... disposições mais estritas, compatíveis como o Tratado, para assegurar um nível de proteção mais elevado ao consumidor" (tradução nossa), texto reproduzido por CHAMBRAUD, A. "Les Clauses abusives en droit communautaire", in INC HEBDO, Nr. 820, 25 juin 1993, pg.9.