

# ACERCA DE LAS CARACTERISTICAS Y LA DIALECTICA DE LOS VALORES

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

## I) Características de los valores especiales y del valor humanidad

1. Los valores que podemos realizar constituyen un complejo compuesto por **valores especiales** (como la salud, la verdad, la belleza, la utilidad, la justicia, el amor, la santidad, etc.) y un valor **“general”** al que todos los otros están sometidos, del que todos los otros surgen, que es la **humanidad**, es decir, el deber ser cabal de nuestro ser (1). La humanidad es un valor más cercano al **ser**, en tanto los valores especiales avanzan en la realización del **deber ser**. Por su proximidad al ser, el valor humanidad da más espacio a la mera vida biológica y a su reproducción; en cambio, los otros valores procuran encauzarlas y, en consecuencia, limitarlas. Si bien todas las culturas tienden de alguna manera a realizar la humanidad en la vida y en la muerte, cada una da la vida y desenvuelve la muerte en un marco de valores diferente, con diverso predominio de la santidad, la utilidad, la justicia, el amor, etc.

El valor humanidad tiene cierto sentido básico **“dionisiaco”**, de explosión de la vida, pero para desarrollarse requiere el auxilio de los valores especiales, que son en cambio -sobre todo en los niveles **“superiores”**- más **“apolíneos”** y dependen más de las **“fuerzas”** del valor básico humano. El valor humanidad es un denominador común de los valores especiales que los dinamiza y de cierto modo los equilibra. Los valores especiales son denominadores particulares que lo consolidan.

Los valores especiales son **“fraccionamientos”** de la **“pantonomía”** (pan=todo; nomos=ley que gobierna) del deber ser en general abarcado en el valor humanidad en sentido amplio y como tales producen **seguridad**, pero al propio tiempo pueden generar destroz del valor. La humanidad, en cambio, asigna mayores alcances de valor y produce más inseguridad en cuanto al mismo, pese a que engarza más en el ser (2). La humanidad exige la **“apertura”** de los otros valores para que permitan el ingreso de nuevas realizaciones, pero los valores especiales son grandes **“enclaves”** que impiden que por la humanidad se disuelva el deber ser en el ser.

2. Desde el punto de vista más específicamente **jusfilosófico**, por sus contenidos más indeterminados el valor humanidad requiere especial juego de los repartos **autónomos** y de la

(\*) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, esp. págs. 71 y ss.; también en relación con el tema cabe tener en cuenta “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

(2) Esto no impide que, en sentido restringido, pueda reconocerse al valor humanidad como un valor también específico, que queda cuando se han diferenciado todos los otros valores especiales.

**ejemplaridad**, con sus respectivas realizaciones de los valores cooperación y solidaridad, en tanto los valores especiales suelen dar más motivos a los repartos **autoritarios** y a la **planificación gubernamental** en marcha, que satisfacen respectivamente los valores poder y previsibilidad (3).

El soporte en el valor humanidad que tienen los valores especiales hace que a menudo el lenguaje popular diga que hay jueces, administradores, profesores, etc. que por su mayor o menor apertura a dicha base son más o menos “humanos”, aunque un exceso en este sentido desdibuja los respectivos papeles.

Aunque con muy diversos grados, entre los que se destacan a menudo la santidad (de modo muy evidente, por ejemplo, en la Iglesia Católica), el poder, el orden y a veces la justicia (en el Estado) y la utilidad (en las sociedades, principalmente anónimas) los valores especiales tienden a constituirse con más **institucionalidad**, en tanto el valor humanidad sólo ha incrementado su institucionalidad en nuestro siglo a través de organismos encaminados a su protección.

Los diversos valores especiales pueden constituirse con distintos horizontes de apertura al valor humanidad. Así, por ejemplo, en cuanto a su carácter universal que permite la fácil incorporación de todos los hombres, el cristianismo se refiere a una fórmula de humanidad mayor que el judaísmo, aunque tal vez en el sentido de su menor contenido doctrinario dogmático éste sea más humanista que el cristianismo. En general el valor utilidad por lo menos aparenta ser más humanista y abierto que el valor santidad (en cuanto éste suele castigar a quienes lo desafían de modo más contundente).

Dada nuestra especial ignorancia respecto de la humanidad, ésta se orienta más a exigir la investigación de su contenido por vía **consensual**, en tanto los valores especiales suelen dar más espacio a la investigación de su contenido por vía **extraconsensual**. La humanidad potencia más la justicia “**de llegada**”, de manera que deja abiertas más posibilidades, y en cambio los valores especiales atienden más a la “**de partida**”. La primera es más “**redistributiva**” y “**correctiva**”; los segundos son más “**distributivos**” y “**rectores**”.

Por su apertura la humanidad se vincula sobre todo con los desfraccionamientos del **porvenir**, con lo que se ha de hacer o ha de ser, pero los valores especiales se relacionan más con los desfraccionamientos del **pasado**, con lo que ya se debió hacer o se ha hecho. La humanidad fracciona más el pasado y asegura el curso del porvenir; los valores especiales fraccionan más el porvenir y aseguran más el pasado. La humanidad suele preferir la infancia y la juventud; con diversos grados, los valores especiales (de modo destacado la santidad y en mucho menor grado la utilidad) dan más jerarquía a la edad adulta y a la ancianidad. Los requerimientos del valor humanidad, más directamente vinculados al valor en general, abren el cauce a la vida que vendrá, incluso para el valor de la “**posthumanidad**” de especies superadoras.

El valor humanidad se refiere más a quienes son individuos y deben convertirse en personas (o sea desarrollarse plenamente), en tanto los valores especiales se encuentran más en las personas ya realizadas. Si algunas veces se habla de “partidos” de los individuos y de las personas, también es posible reconocer partidos de la humanidad o de los valores especiales (4).

La humanidad es un valor más afín a la **legitimación autónoma** y **democrática** y los

(3) Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico puede v. por ej., también, la obra básica GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

(4) Nos parece acertado que para caracterizar a un partido se lo denomine por ejemplo, como ocurre en nuestro país, “partido justicialista”. Vale recordar que por lo menos durante largo tiempo ha sido también un partido fuertemente humanista.

valores especiales brindan más alcances a la legitimación **aristocrática** (por superioridad moral, científica o técnica). La humanidad es el soporte del gran crédito que respecto de los valores especiales significan los derechos "humanos".

La humanidad es un fundamento especial del humanismo **abstencionista** y es más **igualitaria**, en tanto que en general los valores especiales suelen brindar más espacio al humanismo **intervencionista** (paternalista) y suelen ser más expresiones de la **unicidad**. El requerimiento de que el valor especial verdad se alcance en un clima de tolerancia en que cada uno pueda elegir entre verdades de razón o de fe es una muestra de la influencia de los valores justicia y humanidad sobre la verdad.

## II) Relaciones entre los valores especiales y el valor humanidad

3. Las relaciones entre el valor humanidad y los valores especiales pueden ser de **coadyuvancia**, sea ésta directa o indirecta, en el último caso por la tensión con que se enriquecen al oponerse, y asimismo de oposición ilegítima por **inversión** del valor humanidad contra sus valores inferiores o de **subversión** de éstos respecto de aquél.

4. Como suele ocurrir en todos los conflictos entre valores, a menudo los conflictos entre los valores especiales y el valor humanidad originan repartos **autoritarios**, engendran más intentos de **planificación gubernamental** y promueven despliegues revolucionarios. Sin embargo, hay que evitar la confusión del poder que llega a ejercerse físicamente, como el que originó la preservación de la santidad, con el poder comunicativo del que se vale a menudo el valor utilidad.

La tensión entre la humanidad y los valores especiales se expresa asimismo en la relación entre la proyección espacial **mundial** y la división de los **Estados nacionales** y tal vez en la actual tensión en que se conflictúan las particularidades regionales y la universalidad con los Estados nacionales. Quizás las particularidades regionales, que en principio responden a valores especiales, sean en lo profundo un replanteo de lo estatal en términos del valor humanidad. Tal vez la universalidad actual conserve el sentido básico de referencia humana, aunque no hay que desconocer que de ser así lo hace al hilo del auxilio a menudo subversivo que le brinda el valor utilidad.

La vida necesita **institucionalidad** para sostenerse y no **institucionalidad** para no esclerosearse, de modo que constanemente haya cierta oposición coadyuvante entre los valores institucionalizados y los no institucionalizados y a menudo este último papel ha correspondido a la humanidad.

La tensión entre la humanidad y los valores especiales se manifiesta en los conflictos frecuentes entre **democracia** y **aristocracia**. Uno de los resultados más conmovedores de las tensiones entre valores en el dar vida es el aborto, sea porque abierta u ocultamente se refiera a hijos más o menos "sacrilegos", adulterinos, inútiles, etc. Otros son el suicidio y la eutanasia. Así se advierte cómo cuando los valores especiales no pueden acompañar la continuidad de la vida se produce el derrumbe del valor humanidad, afectado por la subversión axiológica. La pena

de muerte (la muerte como pena y no como legítima defensa) es resultado de la subversión de los valores jurídicos poder, orden, justicia, etc. contra la humanidad. A su vez los conflictos entre humanidad y valores especiales se muestran en la difícil relación entre humanismo **abstencionista** y humanismo **intervencionista**.

### **III) Horizonte histórico**

5. En los períodos de “**cultura**”, en que la intensidad valorativa es más grande, algunos valores especiales son muy fuertes al punto que suelen absorber al valor humanidad y al hilo de ellos se sabe más por qué vivir, matar y morir. En los tiempos de “**civilización**”, en que la intensidad valorativa es menor, la humanidad adquiere más significación y los valores especiales pierden parte de su importancia, replegándose con frecuencia en el poco exigente valor utilidad. En la **decadencia** las relaciones entre la humanidad y los valores especiales se desorientan.

En nuestro siglo, invocando reorientaciones humanistas y justicieras de la utilidad, de carácter “**cultural**”, pero con profundo sentido de decadencia, se han ejercido varias de las mayores dictaduras de la historia. No es sin motivo el derrumbe sobrevenido.

Los días actuales, de la llamada “**postmodernidad**”, son en cambio un período de “**civilización**”. No es por azar que hay tanta referencia al mero ser, que poseen amplios espacios la autonomía y la ejemplaridad y que hay menos institucionalidad. No son inexplicables el deseo de corregir constantemente lo ya sucedido, el predominio que de cierto modo tiene la referencia a la “**llegada**”, el avance de la consideración -aunque débil- del porvenir con privilegios para la juventud, la relativa identificación de justicia con democracia y la fuerte valoración del humanismo abstencionista.

Tal vez pueda decirse, sin embargo, que la historia de Occidente es una larga marcha que a través de muy diversos valores especiales ha puesto particularmente en evidencia el valor humanidad.

# COMPRESION BASICA DE LAS TENDENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE NUESTRO TIEMPO Y DE LA JURISDICCION INTERNACIONAL (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## I) Las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo

1. En nuestros días, a partir del segundo episodio de la Guerra Mundial del siglo XX concluido en 1945 y sobre todo de los años 70, vivimos una época muy distinta de la Edad Contemporánea, que muchos llaman de la “postmodernidad”. En este marco histórico el Derecho Internacional Privado tiene características muy diversas de las que lo identificaron en la modernidad (1).

El mundo medieval, que se consideró “católico” también en el sentido de “universal”, se caracterizó por el predominio del valor santidad y por un largo imperio de la fe, que sólo en los últimos siglos fue parcialmente enriquecida por los aportes de la razón (2). En el mundo medieval el hombre dejó de valer sólo como súbdito del Estado y también tuvo significación como fiel de la Iglesia. En el momento más evolucionado de ese mundo medieval la organización jurídica se apoyaba principalmente en la existencia del Sacro Imperio Romano Germánico, fundado a partir del año 800. El Derecho estaba constituido por un despliegue “común”, integrado por el Derecho Romano y el Derecho Canónico y por Derechos particulares regionales teóricamente sometidos a él. Aunque en ese marco no podía haber internacionalidad, a partir del siglo XIII hubo una corriente de Derecho “interregional” Privado.

Concluido el mundo medieval, el mundo “moderno” en sentido amplio, que abarca las edades Moderna y Contemporánea, se caracterizó por la ruptura de las unidades medievales. Entonces los valores se diversificaron notoriamente y ganaron espacio la belleza, la verdad, la utilidad, el poder, la justicia, etc. Ya a fines de la edad estrictamente Moderna, el hombre había comenzado a valer no sólo como súbdito del Imperio o como fiel de la Iglesia, sino en su liso y llano carácter humano. En este sentido, vale recordar que la Edad Moderna concluyó en el tiempo en que se declararon los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en que Kant señaló que el

(\*) Ideas fundamentales de las disertaciones acerca de “Tendencias del Derecho Internacional Privado actual” y “Jurisdicción Internacional” pronunciadas por el autor en la Universidad Nacional de Córdoba.

El autor desea que esta publicación exprese su respeto académico y su afecto muy profundos hacia los docentes de Derecho Internacional Privado de Córdoba.

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

(1) Puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel - CHAUMET, Mario E., “Perspectivas jurídicas “dialécticas” de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, N°21, págs. 67 y ss.

(2) Pueden tenerse en cuenta v. gr. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, esp. págs. 81 y ss. (esquema orientador para la filosofía de la historia del Derecho “Occidental”) y “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1993.

hombre ha de ser considerado como un fin en sí. La Edad Moderna fue tiempo de la razón y de la experiencia, en tanto la época más característica de la Edad Contemporánea agregó una fuerte conciencia histórica.

En la Edad Moderna se hizo nítido el proceso de formación de los Estados mediante la lucha de los reyes, aliados con la burguesía, contra los señores feudales inferiores y contra el Emperador y el Papa y los Derechos particulares triunfaron sobre el Derecho Común, al punto que luego el siglo XIX pudo ser llamado el tiempo de la Codificación. En la modernidad se diversificaron las ramas jurídicas y se hizo más notoria la diferencia entre Derecho de fondo y Derecho procesal. A comienzos de la Edad Moderna se constituyó entre los Estados recién formados el Derecho Internacional Público y en los siglos XIX y XX tuvo su hora más gloriosa el Derecho Internacional Privado "clásico".

El Derecho Internacional Privado clásico encontró su más clara expresión en la concepción germánica, que se refirió exclusivamente a los "conflictos de leyes", empleando el método indirecto a veces llamado "de elección". Sus fuentes eran las leyes, las sentencias y cierto número de tratados. Su fundamentación era la "distancia" cultural entre los estilos de vida, que ponía en situación de debilidad a los elementos extranjeros, como tales difíciles de ser comprendidos, y exigía su respeto. A partir de 1849 se descubrieron problemas generales del Derecho Internacional Privado, que Werner Goldschmidt -uno de los más brillantes internacionistas de espíritu moderno, quizás el más típico de ellos- sistematizó en la llamada concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado (3). El empleo no sólo del método indirecto sino de la concepción de la norma de Derecho Internacional Privado como norma indirecta, llevó a hacer que la tarea de determinación, que en el funcionamiento de la norma es en general una labor accidental (sólo necesaria cuando hay normatividades incompletas) se hiciera en nuestra materia siempre necesaria.

El mundo "postmoderno" se caracteriza por la fragmentación de los niveles superficiales de la vida, que permiten muchas particularidades, pero asimismo por una muy fuerte **utilitaria** en los niveles profundos. La permanente búsqueda del acortamiento de las relaciones de medio a fin se hace característica y la eficiencia se convierte en una exigencia también fundamental. En nuestra época se pueden adoptar muy diversas maneras de vivir, pero no se puede dejar de ser productor y sobre todo consumidor sin caer en la más terrible marginación, como suele ocurrir con los ancianos arrinconados en las llamadas "residencias" o "guarderías" que funcionan como antecámaras de la muerte. Aunque mucho es lo que se teoriza acerca de la importancia de los derechos humanos y se han hecho también avances concretos significativos, existe una gran amenaza contra el valor del hombre como tal. Además, vale tener presente que se habla del fin del "mito" del sujeto consciente y el hombre es tenido a menudo como un mero producto social.

La utilidad no sólo se integra con la justicia y contribuye a la realización del valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser) como es debido; a menudo se arroga el lugar de la primera y se subvierte contra la segunda. El sujeto "débil" de estos días requiere, más que justicia, utilidad. En la "postmodernidad" hay una profunda crisis de la razón abstracta y un creciente predominio de lo concreto y del sentimiento

(3) Es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT Werner "Derecho Internacional Privado" 6a. ed. Bs As Depalma, 1988

Los Estados “postmodernos” son corroídos desde adentro por los regionalismos y desde afuera por el universalismo y a veces asumen una reacción incluso agresiva. Debajo de cierto proceso de “descodificación” notorio en la superficie hay un “código” utilitario que sienta las bases del nuevo “Derecho común”. En el curso generalizador de la utilidad, las ramas jurídicas antes nítidamente diferenciadas ahora se aproximan, se asemejan e incluso se mezclan y la diferenciación entre fondo y proceso pierde relevancia. El Derecho Internacional Privado adquiere asimismo caracteres de Derecho Privado Internacional.

2. En ese marco actual de la “postmodernidad” el empleo de las soluciones extraterritorialistas (limitadas) y del correspondiente método indirecto para respetar a los elementos extranjeros se convierten sólo en el núcleo de nuestra materia, en su marco de diferenciación más nítido, pero el espíritu de nuestra época se manifiesta no sólo en la crisis del Derecho Internacional Privado clásico (“nuclear”) sino en una importantísima **ampliación** de los contenidos (4).

El Derecho Internacional Privado clásico elegía sus puntos de conexión sobre todo mediante planteos relativamente “abstractos”, que remitían por ejemplo al Derecho del domicilio, de la nacionalidad, del lugar de celebración, del lugar de ejecución, etc. Hoy se incrementa la remisión al Derecho que en concreto tenga más estrecha vinculación con el caso en cuestión (5). Asimismo se advierte la importancia de la problemática jurisdiccional, en la que -como hemos de desarrollar más adelante- se decide la suerte del Derecho de fondo (6).

Además de la proyección de internacionalidad así en crisis, se expanden la presencia de soluciones localistas territorialistas captadas por el método directo, en las que los Estados se defienden y, sobre todo, el desarrollo del universalismo, impulsado principalmente por la fuerza tal vez incontenible de la utilidad, que acorta las relaciones entre medios y fines y recurre al método directo.

El localismo ve aparecer junto al orden público tradicional, sobre todo “a posteriori”, las llamadas leyes de aplicación inmediata que contienen reglas de policía y seguridad y orden público “a priori”. Asimismo se desarrolla en ciertos casos la tendencia a proclamar la vocación subsidiaria del propio Derecho.

El universalismo se manifiesta en el incremento del Derecho Uniforme y el Derecho Unificado; en el empleo creciente de soluciones materiales construidas también con el método directo por los jueces; en el desarrollo del auxilio judicial internacional e incluso de la operatividad judicial extraterritorial; en el reconocimiento y la ejecución de decisiones extran-

- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, 9/III/1994.

No obstante, cabe tener en cuenta por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos”, Bs. As., de Belgrano, 1979; LOUSSUARN, Yvon - BOUREL, Pierre, “Droit international privé”, Paris, Dalloz, 1978, esp. págs. 5 y ss. y 145 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel (con colab. bibliográfica), “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

En relación con el tema vale tener en cuenta además por ej. BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, 3a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, t. I, 1991, págs. 93 y ss.; ORCHANSKY, Berta Kaller de (con la colab. de Adriana Dreyzin de KLOP y Amalia Urlando de MARTINOLI), “Nuevo manual de Derecho Internacional Privado”, Bs. As., Plus Ultra, 1991, esp. págs. 15 y ss.

- (5) Así sucede por ejemplo en la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

- (6) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Judicial Material: la jurisdicción internacional)”, en “La Ley”, 1975-A, págs. 1947 y ss.

meras (7); en el incremento de la autonomía conflictual y material de las partes y el arbitraje, con alcances que superan la existencia de los Estados (8); en el avance de la llamada “lex mercatoria” (9), etc. Asimismo los Estados procuran dar cabida a respuestas relativamente más universales a través del Derecho de la Integración (10).

Las fuentes de este Derecho Internacional Privado, que considera distancias culturales cortas y pretende reducir el camino hacia los fines, incorporan el fuerte protagonismo de los tratados, las sentencias, los laudos y los contratos. En el funcionamiento de las normas gana espacio la tarea de elaboración por los jueces.

3. Las características que acabamos de señalar se evidencian en muy diversos temas del Derecho Internacional Privado. El enfoque tradicional solía dejar firmemente puntualizado que debía tratarse de casos de Derecho Privado, pero hoy el Derecho Procesal (sin embargo, de cierto modo “privatizado” en el arbitraje) y el Derecho Administrativo, que son muy utilitarios, ganan presencia por lo menos para apoyar las soluciones pretendidas por el Derecho Privado. Un ejemplo del avance administrativo es el que se produce en la restitución de menores. Incluso el Derecho Penal se hace más presente, v. gr. para conseguir los objetivos de impedir el tráfico de menores.

Ahora la complejidad de las diversas soluciones propuestas tradicionalmente para el problema de las calificaciones es marginada y se limitan los alcances del reenvío. La aplicación de oficio del Derecho extranjero, que impide el juego complejo de la dispositividad de las partes, es más frecuente. En los procesos de integración, el orden público se amplía trascendiendo las fronteras locales con el reconocimiento del orden público comunitario. Para evitar problemas en los resultados no sólo se tienen en cuenta las disposiciones imperativas propias sino también las extranjeras.

Los relativos grados de abstracción de los puntos de conexión nacionalidad y domicilio (sobre todo cuando éstos son derivados) son sustituidos en muchos casos por la concreción de la residencia habitual. Para evitar la complejidad en cuanto a la existencia de las sociedades, que puede desanimar el ingreso de capitales extranjeros, suele optarse por el Derecho del lugar de constitución. Parece que ganan espacio la voluntad de las partes en el régimen de bienes en el matrimonio y la voluntad del testador en la sucesión. El Derecho de las obligaciones contractuales tiene muy fuerte presencia de la autonomía material y conflictual (aunque hay importantes restricciones, por ejemplo, para proteger al consumidor o al trabajador) y el Derecho de las obligaciones que nacen sin convención se aleja del sentido de reproche que de cierto modo evidencia la ley del lugar en que ocurrió el hecho para atender al lugar donde se produjo el daño e incluso a la ley personal común.

La importancia decisiva del Derecho Procesal en el Derecho Internacional Privado, que venimos señalando desde hace décadas, tiene cada día más reconocimiento.

(7) Puede v. nuestro estudio “Lugar de la admisión de las sentencias extranjeras en el Derecho Internacional Privado”, en “Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas”, N°46/47, págs. 17 y ss.

(8) Puede v. un panorama sobre el tema por ej. en GIARDINA, Andrea, “L’arbitrato internazionale”, en “Rivista dell’arbitrato”, Año II, N.1/1992, págs. 21 y ss.

(9) Es posible v. por ej. STRENGER, I., “La notion de “lex mercatoria” en droit du commerce international”, en “Recueil des cours” de la Académie de Droit International”, t. 227, págs. 207 y ss.

(10) Un interrogante que nos parece significativo es el del porvenir que tendrán las soluciones integradoras de fuerte presencia gubernamental supranacional, según el claro modelo de la Unión Europea, ante el despliegue de la economía por los canales de las decisiones de los particulares.



4. En la nueva formación del Derecho Internacional Privado hay un notorio incremento del desarrollo de los repartos autónomos, que realizan el valor cooperación, con menos protagonismo de los repartos autoritarios, que satisfacen el valor poder. El orden de los repartos está relativamente menos apoyado en los planes de gobierno, que cuando están en marcha realizan el valor previsibilidad, y se basa en un mayor despliegue de una ejemplaridad utilitaria, que al hilo del modelo y el seguimiento satisface el valor solidaridad.

Según ya señalamos, en el Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo hay más intervención de diversas clases de fuentes de normas, no sólo leyes, tratados y sentencias, sino por ejemplo contratos y laudos.

Al solo efecto de ejemplificar las nuevas tendencias del Derecho Internacional Privado en esta época de la "postmodernidad", cabe señalar:

A) que la **ley federal suiza** sobre Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 dice en su artículo 1 "1. La présente loi régit, en matière internationale: a) La compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses; b) Le droit applicable; c) Les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères; d) La faillite et le concordat; e) L'arbitrage. 2. Les traités internationaux sont réservés." (11);

B) que en el proceso integrador europeo tienen especial significación la Convención de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 sobre jurisdicción internacional y ejecución de las decisiones en materia civil y comercial y la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ambas de clara significación utilitaria;

C) que la reciente V Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado ha celebrado dos convenciones, una sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y otra sobre Tráfico Internacional de Menores (12), de modo que las referencias utilitarias y de derechos humanos se hacen francamente notorias.

Uno de los más grandes desafíos para los hombres de Derecho de este tiempo, también para los que cultivan el Derecho Internacional Privado, es apreciar la importancia de la vida económica y de las tendencias que ésta produce, sin olvidar que el valor supremo del mundo jurídico no es la utilidad sino la justicia. No hay que aferrarse a abstracciones ni a complejidades que sean innecesarias, pero tampoco hay que desconocer las que realmente contribuyen a la mayor personalización de los seres humanos, en este caso en el campo internacional. Tanto el atarse a las abstracciones empleadas en el método indirecto como el disolverse en lo concreto con el método directo pueden significar fraccionamientos ilegítimos de la justicia.

Como las distancias culturales que hoy quedan en el mundo se refieren a sistemas jurídicos subvalorados y marginados, la importancia que al respecto conserva e incluso incrementa el Derecho Internacional Privado clásico, elaborado en el respeto a esas diferencias, suele no ser advertida. Mucho debe ganarse, no obstante, con el desarrollo del Derecho Internacional Privado clásico para las relaciones con culturas distantes como las del Africa negra o del Islam. Reconocer las nuevas realidades y la fundamentación de nuevas respuestas no significa desconocer la alta significación del Derecho Internacional Privado tradicional.

Junto al requerimiento de respeto a los elementos extranjeros, el Derecho Internacional

(11) Puede v. "Revue critique de droit international privé", t. 77, pág. 409.

(12) Es posible tener en cuenta v. gr. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Dos nuevas convenciones de la CIDIP", en "Investigación y Docencia", N°23, págs. 17 y ss.

Privado actual aprecia también la exigencia de contribución activa en su personalización (13).

El Derecho Internacional Privado de la modernidad fue concebido sobre todo en una “**simplicidad pura**”, pero a ese contenido clásico hay que agregarle los nuevos despliegues, en una “**complejidad pura**”. Sólo al hilo de esta complejidad pura se pueden comprender y jerarquizar cabalmente las distintas soluciones. Urge que cada caso tenga la solución que en definitiva le corresponde.

## II) La jurisdicción internacional

5. Cada parte de la palabra compuesta “**juris-dicción**” nos lleva a comprender mejor su significado. “**Decir**” el Derecho significa en cierto sentido declararlo, pero al propio tiempo tiene algún significado de “**hacerlo**”, al punto que por ejemplo “**maldecir**” no suele indicar sólo decir algo malo sino tratar de provocarlo (14). El significado de “**juris**” depende de lo que se entienda por Derecho, por ejemplo, si se trata de una obra en última instancia divina o humana o de una integración de ambas. No es el mismo el sentido de una jurisdicción que declara un Derecho divino que el de otra que declara o hace un Derecho humano. No puede ser el mismo el sentido de la jurisdicción en un marco medieval, cuando el Derecho tiene al fin origen en Dios, que en otro “**postmoderno**”, donde predomina un sentido antropocéntrico y utilitario muy marcado. Tampoco es el mismo el significado de una jurisdicción que se dirige al ámbito interno y el de otra que se refiere al campo internacional (15). Luego de la consideración de los alcances de la complejidad pura del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo vale que nos dediquemos a comprender la jurisdicción internacional, sobre todo como se manifiesta en la “**postmodernidad**”.

6. La labor jurisdiccional requiere el **funcionamiento** de las normas a través de diversas tareas que suelen hacerse especialmente significativas y tensas en el marco internacional. El funcionamiento de las normas parte de la tarea siempre necesaria de la **interpretación**, instalada de manera tensa entre el significado literal que la comunidad atribuye a la norma y el significado histórico que quiso brindarle su autor. Aunque la teoría trialista del mundo jurídico señala con acierto que ha de primar esta última, en los hechos los jueces suelen aproximarse a lo que indica la teoría “**pura**” del Derecho y se creen ante un marco de posibilidades que les permite optar por uno u otro significado. Pese a la primacía que debe reconocerse a la interpretación histórica, en la realidad no puede ser el mismo el sentido de la interpretación en tiempos de sujetos “**fuertes**”, que llevan a referirse más a la voluntad de los autores, que en épocas de sujetos “**débiles**”, como en la “**postmodernidad**” que llega a hablar del fin del “**mito**” del sujeto consciente, de modo que hay más tendencia al predominio del sentido difuso de la comunidad y de la intervención de

(13) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico en que se basa la comprensión jusfilosófica básica de estas exposiciones, puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 251 y ss.

(14) El Diccionario de la Lengua Española, 21a. ed., indica entre las acepciones de la palabra “maldecir” la “imprecación que se dirige contra una persona o cosa, manifestando enojo y aversión hacia ella, y muy particularmente deseo de que le venga algún daño”.

(15) En cuanto a la jurisdicción internacional puede c. por ej. ESPINAR VICENTE, José María, “Derecho Procesal Civil Internacional”, Madrid, La Ley, 1988, págs. 7 y ss. También puede c. v.gr. GONZALEZ CAMPOS, Julio D. - FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, “Derecho Internacional privado Español - Textos y materiales”, vol. I, “Derecho Judicial Internacional”, 2a. ed., Madrid, Universidad Complutense, 1992.

los jueces en una mezcla oculta de interpretación y elaboración. Es por otra parte evidente que la interpretación se hace más difícil cuando la relación entre juez y autor se desenvuelve en el marco internacional.

Aunque la escuela de la exégesis trató de presentar la actividad de los jueces en una referencia exclusiva a la interpretación, es inevitable reconocer que en la tarea judicial de hacer funcionar las normas hay también otras labores muy significativas. Así, cuando hay normatividades incompletas se requiere una tarea de **determinación**. Según ya dijimos, en el Derecho Internacional Privado clásico el empleo de normas indirectas hace siempre necesaria esta tarea de determinación a través del Derecho declarado aplicable.

Una tarea del funcionamiento de las normas que tiene inmensa importancia real, pero suele ser desconocida, es la de carácter **conjetural**. Vivimos en función de conjeturas y lo propio sucede en el marco jurídico. Las partes conjeturan lo que harán los jueces, éstos conjeturan lo que harán otros jueces, etc. y así se toman las decisiones. Cuando, por ejemplo, escribo estas líneas, estoy tranquilo porque conjeturo que si alguien me agrede será repelido por la policía y sancionado. Cuando un juez condena a alguien por apropiarse de una cosa ajena conjetura que si hubiera un pleito sobre la propiedad de la cosa la propiedad sería resuelta en ese sentido. La tarea conjetural se hace especialmente significativa cuando en Derecho Internacional Privado, de acuerdo con la teoría del uso jurídico, hay que imitar la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero.

En casos de carencias de normas (lagunas del ordenamiento normativo) que pueden ser históricas (porque no hay normas) o dikelógicas (o tal vez mejor axiológicas, cuando habiendo normas se las descarta por considerarlas injustas o en general disvaliosas) se hace necesario **elaborar** normas (integrar las lagunas). Siempre es muy difícil sostener cuáles son los sentidos de valor en los que han de apoyarse las carencias dikelógicas y las elaboraciones respectivas, en alguna medida porque muchos creen que la justicia es una mera opinión y también por la complejidad del saber al respecto, pero esa dificultad se incrementa cuando se trata de utilizar los sentidos de justicia en el marco internacional. El juez internacional suele estar especialmente tentado de recurrir al orden público, que cuando interviene a posteriori produce en el Derecho extranjero una carencia “dikelógica positiva” (en base a la justicia positivizada del propio país) y de aplicar a continuación su Derecho. También tiende a considerar que el Derecho extranjero es injusto y debe ser sustituido por los “justos” sentidos de valor locales.

El funcionamiento de las normas requiere siempre una tarea de **aplicación** en la que se subsume (encuadra) el caso en la norma y se efectiviza la consecuencia jurídica. La subsunción en una norma significa cierto grado de elección de la misma y la efectivización requiere la fuerza necesaria para cambiar concordantemente la realidad, fuerza que no ha de ser sólo física sino también fuerza de convicción (16). Es notorio que una y otra de estas manifestaciones de la fuerza se hacen más difíciles en el marco internacional y para remediar tales dificultades suelen requerirse el auxilio judicial internacional, la directa operatividad judicial más allá de las fronteras y el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras (que tratan de poner remedio al menor alcance del ámbito activo del poder del juez respecto del ámbito pasivo donde ocurren los casos y las soluciones).

(16) En relación con el tema es posible c. v. gr. COSSIO, Carlos, “Teoría de la verdad jurídica”, Bs. As., Losada, 1954, esp. págs. 220 y ss.

Otra tarea del funcionamiento de las normas es la **síntesis** (o adaptación), que se requiere cuando hay normatividades discordantes confluyentes en la realidad, según sucede por ejemplo en los conflictos reales de delitos y en las quiebras. La tarea de síntesis se necesita de manera también destacada para poner remedio a los desajustes que en Derecho Internacional Privado pueden surgir del recurso a distintos Derechos como resultado del método analítico-analógico (suele hablarse del método sintético-judicial).

Las decisiones judiciales están cargadas de una gran significación **institucional**. Una sentencia posee, como tal, una gran fuerza ideológica, aunque esta carga institucional puede tener sentidos más próximos a la consagración, cuando se invoca un Derecho divino, o a la negociación, cuando los valores de referencia son los de las propias partes. Como en el marco internacional suele haber valores discrepantes o proyecciones valorativas débiles, es claro que los jueces internacionales están muy lejos de poder invocar no sólo un sentido de consagración, sino una fuerte institucionalidad. Sus sentencias poseen más afinidad con la significación negocial.

Con referencia a la "pirámide jurídica", vale recordar que con parte de razón en cuanto al comportamiento real de los jueces Kelsen habló de una **habilitación** de los escalones inferiores que adoptan decisiones literalmente contrarias a los escalones superiores (17).

Para comprender la importancia de la jurisdicción vale tener en cuenta, por ejemplo, su papel protagónico en la **ley federal suiza** (18) y el relevante rol jugado por la respectiva Convención de Bruselas en el marco de la integración europea (19).

(17) V. por ej. KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. Moisés Níve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 155 y ss.

(18) Sobre todo cabe tener en cuenta los arts. 2 a 12.

(19) Acerca de la Convención de Bruselas pueden v. por ej. ALEXANDRE, Danièle, "Convention de Bruxelles (Généralités)", en "Répertoire de Droit Communautaire", Paris, Dalloz, t. I, 1994; "Convention de Bruxelles (Compétence)", en "Répertoire..." cit., t. I, 1994; HUET, André, "Convention de Bruxelles (Reconnaissance et exécution des jugements)", en "Répertoire..." cit., t. I, 1994; XXII Tavola Rotonda di diritto comunitario "La Convenzione di Bruxelles del 1968" Milano, 17 novembre 1989", en "Jus", año XXXVII, gennaio-aprile 1990; ANCEL, Bertrand, "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la convention de Bruxelles", en "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", año XXVII, Nº 2, aprile-giugno 1991, págs. 263 y ss.; COLLINS, Lawrence, "Practical Problems of the 1982 Accession Convention to the 1968 Bruxelles Convention", en "Rivista..." cit., año XXVI, Nº 1, gennaio-marzo 1990, págs. 17 y ss.; DELI, Maria Beatrice, "Gli usi del commercio internazionale nel nuovo testo dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968", en "Rivista..." cit., año XXV, Nº 1, gennaio-marzo 1989, págs. 27 y ss.; BARIATTI, Stefania, "Prime considerazioni della convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze", en "Rivista..." cit., año XXV, Nº 3, luglio-settembre 1989, pág. 527; STRUYCKEN, A. V. M., "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", en "Recueil..." cit., t. 232, págs. 327 y ss.; c. también JAYME, E. - PICCHIO FORBATI, L. (ed.), "Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE", Padua, Cedam, 1990 (Università degli Studi di Ferrara - Quaderni del Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità Europee, 5 n. s.). Asimismo cabe tener en cuenta las abundantes referencias que pueden obtenerse en la "Revue critique de droit international privé", por ej. Cour de justice des Communautés européennes, 13 juillet 1993, "Mulox IBC Limited c. Hendrick Geels", con nota de Paul Lagarde, t. 83, págs. 569 y ss.; Cour de cassation (1re. Ch. Civ.), 9 février 1994, "Soc. Comptoir des Plastiques de l'Ain c. Soc. Novamec et autre", con nota de Horatia Muir Watt, t. 83, págs. 577 y ss.; Cour de cassation (1re. Ch. Civ.), 12 janvier 1994, "M. Tonon c. Office Cantonal de Tullingen", con nota de André Huet, t. 83, págs. 371 y ss.; Cour de Justice des Communautés européennes, 20 janvier 1994, "Owens Bank Ltd. c. Fulvio Bracco et Bracco Industria Chimica SpA", con nota de Hélène Gaudemet-Tallon, t. 83, págs. 377 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes, 10 février 1994, "Firma Mund & Fester c. Firma Hatrex International Transport", con nota de Hélène Gaudemet-Tallon, t. 83, págs. 388 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes, 21 avril 1993, "V. Sonntag c. Waldmann et autres", con nota de Hélène Gaudemet-Tallon, t. 83, págs. 96 y ss.; Cour d'appel de Paris (1re. Ch.), 17 novembre 1993, "Fondation Solomon R. Guggenheim c. Consorts Heilon-Rumney", con nota de Hélène Gaudemet-Tallon, t. 83, págs. 115 y ss.; Cour de cassation (1re. Ch. Civ.), 3 mars 1992, "Société Svedex Holding B. V. c. B. N. P. et autre", con nota de Anne Silyan-Cytermann, t. 82, págs. 693 y ss.; Cour de cassation (1re. Ch. Civ.), 27 janvier 1993, "Soc. Jakob Handte et Cie c. Soc. Traitement mécano-chimiques des surfaces et Soc. Bula et fils", con nota de Hélène Gaudemet-Tallon, t. 82, págs. 485 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes, 25 juillet 1991, "Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti PA", con nota de Pierre Mayer, t. 82, págs. 310 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes, 19 janvier 1993, "Shearson Lehmann Hutton Inc. c. T. V. B., Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligung mbH", con nota de H. Gaudemet-Tallon, t. 82, págs. 320 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes, 26 février 1992, "Elisabeth Hacker c. Euro-Relais GmbH", con nota de Georges A. L. Droz, t. 82, págs. 74 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes (4e Ch.), 12 novembre 1992, "Firma Minalmet GmbH c. Firma Brandeis Ltd", con nota de Georges A. L. Droz, t. 82, págs. 81 y ss. En cuanto a la relación de la Convención con la Unión Europea pueden v. por ej. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, "Manual de Derecho de la Comunidad Europea", 2a. ed., Madrid, Trivium, 1990, pág. 324; ACOSTA ESTEVEZ, José B., "Introducción al sistema jurídico de la Comunidad Europea", Barcelona, PPU, 1990; MENGÖZZI, Paolo, "Il Diritto della Comunità Europea", en "Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia" dirigido por Francesco GALGANO, Padua, Cedam, 1990, pág. 174 (también v. págs. 244 y ss.). Respecto del ámbito de vigencia puede c. v. gr. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. - Révision du 25 octobre 1982. - Entrée en vigueur (Note d'information du secrétariat général des Communautés européennes en date du 13 septembre 1989.), en "Revue..." cit., t. 78, pág. 827.

Inmediatamente después del referido artículo 1, cuyo primer inciso indica que la ley rige en materia internacional la competencia de las autoridades judiciales o administrativas suizas, la misma ley aborda los problemas generales de jurisdicción partiendo del principio de la intervención de las autoridades judiciales o administrativas suizas del domicilio del demandado y abordando cuestiones como el foro de necesidad, la elección del foro, la convención de arbitraje, la demanda reconconvencional, la litispendencia, las medidas provisorias, el auxilio judicial y la intervención de las representaciones diplomáticas o consulares suizas para el cumplimiento de los plazos ante las autoridades judiciales o administrativas de ese país. Luego va respetando la división problemática “trial” de jurisdicción, Derecho aplicable y reconocimiento de las decisiones extranjeras. Con miras a la protección de los nacionales se consagra a veces el foro de origen, cuando la acción no puede ser intentada en el domicilio o no se puede exigir razonablemente que así ocurra (20).

7. Ante toda esta riqueza de funciones que evidencian el amplio papel de los jueces, al punto que es sostenible decir que el Derecho es lo que los jueces dicen que es, se advierte el enorme poder que poseen y el enorme poder que también tiene quien puede provocar la intervención judicial y llevar a alguien ante los estrados. Aunque a nuestro parecer con alcance excesivo, Kelsen pudo decir que la jurisdicción tiene carácter netamente constitutivo y es un verdadero acto creador de derecho.

8. Una vez referidos los alcances normológicos y sociológicos de la intervención de los jueces que significa la jurisdicción, hay que atender a su proyección dielógica, o sea a su **legitimidad** desde el punto de vista de la justicia en sí y como parte del complejo axiológico. La jurisdicción debe estar fundamentada, es decir, tener un sentido de “**correspondencia**” con los casos que resuelve, sea con una fundamentación por afinidad o por atracción de otros casos, y no ha de producir un fenómeno de mera yuxtaposición. Si para una cuestión personal de capacidad tiene jurisdicción el juez del asiento personal del domicilio, entre caso y jurisdicción hay una relación de correspondencia por afinidad. Una manera de manifestarse la correspondencia por atracción es el otorgamiento de jurisdicción por tratarse de una cuestión conexa.

Entre los valores principales que puede realizar la jurisdicción están el **poder**, el **orden**, la **verdad**, la **justicia**, la **santidad** y la **utilidad**. Es notorio que en nuestro tiempo de la “postmodernidad” es poco lo que puede referirse al valor santidad y mucho lo que la jurisdicción significa como utilidad. Una muy clara manifestación del sentido utilitario de la jurisdicción en nuestra época de principios de la “postmodernidad” se encuentra en los artículos 3135 y 3136 del Código Civil de Quebec. El primero dice que aunque una autoridad de Quebec sea competente para conocer en un litigio, excepcionalmente y a requerimiento de una parte puede declinar su competencia si estima que las autoridades de otro Estado están en mejores condiciones para resolver el litigio. El segundo dispone que aunque una autoridad de Quebec no sea competente para conocer en un litigio puede sin embargo intervenir si el litigio presenta un ligamen suficiente con Quebec y una acción en el extranjero se manifiesta imposible o si no se

(20) Pueden v. por ej. KNOEPFLER, François - SCHWEIZER, Philippe, “La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)”, en “Revue ...” cit., t. 77, esp. págs. 210 y ss.; VISCHER, Frank, “Introduzione alla legge”, en BROGGINI, Gerardo (rec.), “Il nuovo Diritto Internazionale Privato in Svizzera”, Milano, Giuffrè, 1990, págs. 10 y ss.

puede exigir que sea introducida (21).

La problemática jurisdiccional es una muestra de la importancia que a diferencia de la justicia “de partida” puede tener la justicia “de llegada”. En definitiva la jurisdicción se legitima por el resultado.

La justicia es una categoría “**pantónoma**” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), de modo que para resolver conforme a ella habría que atender a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Una muestra de la pantonomía de la justicia en materia jurisdiccional es la existencia de “**fueros de atracción**” que impiden el despedazamiento de casos de alcance integral. Otra es el propósito de evitar el estrépito judicial y de lograr más utilidad en los pronunciamientos que subyace en el reconocimiento de la litispendencia y de la cosa juzgada para excluir nuevas intervenciones jurisdiccionales.

Los grandes títulos de legitimación de la conducción, en este caso de legitimación de la jurisdicción, son la **aristocracia**, surgida de una superioridad moral, científica o técnica, y la **autonomía**, constituida por el acuerdo de todos los interesados. En nuestros días de la “postmodernidad” el desarrollo y el reconocimiento de la aristocracia se hacen muy difíciles, sobre todo cuando ésta no se refiere al valor utilidad. Durante mucho tiempo se ha pensado que el mayor título de legitimación de los jueces y de la jurisdicción es la aristocracia de su justicia, mas en esta época y de modo destacado en el marco internacional, esa aristocracia a menudo no existe o no se reconoce. El juez tradicional es de alguna manera un “héroe”, pero la llamada “postmodernidad” no es época de héroes.

Si el fundamento de la jurisdicción fuera la aristocracia sería en gran medida inevitable que el mismo se proyectara en la coincidencia de la jurisdicción y el Derecho aplicable en un mismo país, ya que correspondería la intervención de quien más “sabe” resolver la problemática del caso. Sin embargo, esa aristocracia es muy limitada y habitualmente los jueces del Derecho aplicable no tienen una legitimación tan fuerte.

Ante la imposibilidad de lograr una legitimación aristocrática fuerte, se abre espacio para la legitimación autónoma. Con miras a lograr cierta equiparación entre las partes, que de alguna manera equivalga a la autonomía, se suelen limitar las posibilidades de elección jurisdiccional de los actores remitiéndolos a jurisdicciones conectadas con los demandados, que hagan mayores las posibilidades de éstos para defenderse. Así ocurre que el principio básico para la jurisdicción suele ser la sumisión a los jueces del domicilio, la nacionalidad o la residencia habitual de los demandados. Esto no excluye que, por otra parte, para potenciar a los actores débiles se les otorguen fueros alternativos, incluyendo contactos referidos a ellos mismos (v. gr. para demandar alimentos).

La autonomía de las partes en la elección jurisdiccional, que en sentido estricto difiere de la mera prórroga porque se apoya en el acuerdo de los interesados, goza de gran predicamento, pero suele exigirse que el acuerdo sea real, de modo que las partes conozcan, consientan y negocien libremente y de buena fe. Incluso se desarrolla la jurisdicción arbitral, que avanza en el sentido de la autonomía (se habla en su caso de “**paraautonomía**”) y una y otra reflejan con nitidez la crisis del Estado. Asimismo se llega a tratar de evitar la intervención jurisdiccional con la mediación. En el marco internacional la crisis de estatalidad es de alguna manera consubstan-

(21) Es posible c. “Revue ...” cit., t. 81, pág. 580; también puede v. por ej. GROFFIER, Ethel, “La réforme du droit international privé québécois”, en “Revue ...” cit., t. 81, págs. 584 y ss.

cial, de modo que la autonomía de las partes, el arbitraje y la mediación adquieren especial importancia. La elasticidad de soluciones que requiere la vida internacional suele legitimar el “reenvío” jurisdiccional, de manera que un país puede tener indirectamente jurisdicción porque se la reconoce otro país cuya jurisdicción se admite.

Como a veces los particulares no representan a todos los interesados, en muchos casos la legitimación de la jurisdicción requiere, especialmente en nuestra época de crisis de la aristocracia, una importante legitimación democrática. Sin embargo, ésta resulta siempre de alguna manera claudicante en el marco internacional, en cuanto no hay participación más allá de los marcos estatales.

Cuando las partes maniobran con la jurisdicción para obtener un pronunciamiento de fondo indebido, se produce el **fraude jurisdiccional**. En definitiva importa que todo ser humano tenga **acceso** a la jurisdicción y hay que evitar la **denegación de justicia** que se produce no sólo cuando no hay un tribunal dispuesto a intervenir sino cuando no hay un tribunal accesible. En este marco suele hablarse del foro de necesidad. El pronunciamiento jurisdiccional tiene gran relieve en la inserción de la persona en la sociedad. Un hombre sin juez es un hombre marginal. El fraude y la denegación de justicia se hacen más posibles y de alguna manera más graves cuando se pasa a la perspectiva internacional.

Reconocer el sentido utilitario que tanto influye en las soluciones jurisdiccionales de nuestros días no debe significar, sin embargo, desconocer que en última instancia la jurisdicción no es para la utilidad sino para la justicia.

9. La jurisdicción tiene diversas relaciones con el Derecho de fondo según la **materia** de que se trate. Es muy intensa en el Derecho Penal, menos en el Derecho Privado interno y menos aún en el Derecho Internacional Privado. El Derecho Internacional Privado clásico nació de la idea de que es legítimo separar Derecho aplicable y jurisdicción. Sin embargo, hay que reconocer que en mucho el destino del Derecho Internacional Privado de fondo se juega en el nivel jurisdiccional y que, sin perjuicio del incremento de la separación que puede significar la vía genérica de la autonomía de las partes, hoy muchas veces la jurisdicción trae aparejada la solución directa del caso.

# COMPRESION JUSFILOSOFICA DE LA FORMA Y LOS CONTENIDOS DE LA HISTORIA EN EL PENSAMIENTO DE FEDERICO NIETZSCHE (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## A) El pensamiento histórico de Federico Nietzsche

1. El pensamiento histórico de Nietzsche, signado por la defensa de ideas a menudo contradictorias, que incluso permiten distinguir diversas etapas, y a veces cuestionable en su autenticidad a la luz de las denuncias de interpolaciones en sus escritos, permite, sin embargo, identificar varias líneas principales que, en lo **formal**, van desde el rescate a la “explosión” de la temporalidad y en cuanto a **contenidos** muestran una creciente fe en el protagonismo individual.

## D) Desde el rescate a la “explosión” de la temporalidad

2. Nietzsche parte del rescate de la **temporalidad concreta**, para lo cual **rechaza la historia** que devora a la historicidad y **defiende el porvenir** y el pasado. Sin embargo, luego llega a la “explosión” de la temporalidad en la defensa de la locura y en la afirmación de la **eternidad del instante** frente a la fugacidad (1).

3. En el primer sentido, de rechazo de la historia que devora a la **historicidad**, en las “Consideraciones intempestivas” Nietzsche reconoce que la vida tiene necesidad de los servicios de la historia, pero denuncia la ardiente “**fiebre histórica**” reinante en su país.

Afirma que la historia pertenece a un ser vivo en tres aspectos: porque es activo y aspira; porque conserva y venera y porque sufre y tiene necesidad de consuelo. De aquí que se necesitan respectivamente la historia “**monumental**”, la historia “**antiquaria**” y la historia “**crítica**”. Sin embargo, las tres pueden desviarse: en la mera **repetición** engañada por las analogías, que

(\*) Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor al Seminario sobre Comprensión Jusfilosófica del pensamiento histórico de Federico Nietzsche organizado por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y la Cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la U.N.R. con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, que se llevó a cabo el 21 de diciembre de 1994 en homenaje a Federico Nietzsche en el año del sesquicentenario de su nacimiento y en adhesión al Año de la Historia de la Filosofía y de la Investigación Humanística (Istituto Italiano per gli Studi Filosofici).

(\*\*) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) El pensamiento histórico de Nietzsche está presente por ejemplo en “Consideraciones intempestivas” (obra escrita y aparecida entre 1873-1876, sobre todo en la segunda “consideración”, “De la utilidad y desventaja de la historia para la vida”, escrita en 1873 y publicada en 1874), “El eterno retorno” (obra escrita entre 1881 y 1884-1888 y publicada póstuma), “La gaya ciencia” (escrita entre 1881 y 1887 y completada en las ediciones póstumas) y “Así hablaba Zaratustra” (obra escrita entre 1883 y 1885).



disfrazan el odio contra los grandes y poderosos del propio tiempo como admiración a los grandes y poderosos de otro tiempo; en la **veneración** de todo lo antiguo hasta el punto de minar la vida presente y sobre todo la vida superior, y en la **condena** indiscriminada de todo lo pasado, que priva de las propias raíces.

Dice Nietzsche que quien no sabe sentarse sobre el umbral del **instante** olvidando todo el pasado, quien no sabe estar erguido sobre un punto sin vértigo ni temor, como una diosa de la victoria, no sabrá lo que es la felicidad y todavía peor, no hará cosa alguna que haga felices a los otros. Afirma que la historia, entendida como pura ciencia y devenida soberana, significaría una especie de **clausura** e interrupción de la vida para la humanidad.

Nietzsche se alza contra los que son **“cultos en historia”** y entiende que ésta es superada sólo por las personalidades fuertes, en tanto que a las débiles las aniquila del todo. Bajo la influencia de la historia los hombres llegan a preguntarse qué es lo que deben sentir y por la influencia de ella se cree en la **“vejez de la humanidad”**, que considera una herencia de la desviada creencia medieval en el próximo fin del mundo.

Alzándose contra el predominio de la cultura histórica dice “¡Dadme primero la vida, y yo os daré una cultura!” (2). Nietzsche detesta la cultura decorativa. Para librarnos de la desviación histórica llega a proponer lo “no-histórico” del arte y lo “supra-histórico” de la religión.

En el prólogo de “La gaya ciencia” hace la defensa rotunda del **instante**: “Para siempre. / **“Vengo hoy porque me place”**, / así piensa todo el que viene para siempre. / ¿Qué le importa que diga el mundo: / “Vienes demasiado pronto, vienes demasiado tarde?” (3).

4. En el segundo sentido del rescate de la temporalidad Nietzsche procura, en un primer aspecto, resguardar el **porvenir** enfrentándose a los “buenos” y los “justos” que lo crucifican. Con palabras rotundas, que muestran su gran revolución de la vida concreta contra los valores históricos, dice en “Así hablaba Zaratustra”: “Porque los buenos... no **pueden** crear: son siempre el principio del fin. Crucifican al que escribe nuevos valores en tablas nuevas; sacrifican **para sí** el porvenir: ¡crucifican todo el porvenir de los hombres!” y agrega “Siempre fueron los buenos el principio del fin” (4).

Nietzsche llegó a creer que “El hombre es una cuerda tendida entre la bestia y el Superhombre; una cuerda sobre el abismo; peligroso trayecto en el que es peligroso caminar, peligroso mirar atrás, peligroso temblar y detenerse” (5), pero no por esto deja de amar “al que justifica a los venideros y redime a los pasados, porque quiere que los presentes le hundan” (6).

Sostiene Nietzsche que el sentido histórico, cuando obra descontroladamente y trae todas sus consecuencias, desarraiga el futuro porque destruye las ilusiones y roba su atmósfera a las cosas existentes. La historia fue para él una teología camuflada. Destaca que la esperanza de la vida está en la **juventud**, en esa juventud que a diferencia de las anteriores, para las cuales criticar la autoridad paterna era considerado un vicio, comienza por eso.

Ortega y Gasset mostraría con nitidez que cada época valora el pasado con diversa

(2) NIETZSCHE, Federico, “Consideraciones intempestivas”, trad. Eduardo Ovejero y Maury, Madrid - Buenos Aires - México, Aguilar, 1949, pág. 165.

(3) NIETZSCHE, Federico, “La gaya ciencia”, México, Editores Mexicanos Unidos, 2a.ed., 1984, pág. 35 (XLV).

(4) NIETZSCHE, Federico, “Así hablaba Zaratustra”, trad. La Juventud Literaria, Barcelona, Biblioteca de Cultura, pág. 154

(5) Id., pág. 9.

(6) Id., pág. 10.

jerarquía y denunciarla a su propio tiempo por la disociación de pretérito y presente (7), pero en aquél momento una de las preocupaciones de Nietzsche fue evitar que la historia absorbiera la vida.

5. En otro aspecto de su rescate de la temporalidad Nietzsche defendió también al **pasado**. Denunció que la presencia desviada de la historia provoca incluso que los hombres se hagan ilusiones que los apartan de la realidad, por ejemplo, creyendo que poseen la insólita virtud de la justicia en grado mayor que cualquier otra época. Los tiempos y las generaciones no tienen razón para ser jueces de todos los tiempos y de todas las generaciones pasadas, tarea que corresponde a personas especiales; sólo el que **construye el futuro** tiene derecho a juzgar el pasado. La justicia histórica es una virtud terrible porque su juzgar es siempre destruir; la historia ha de tener un sentido constructivo, aunque sea entonces vista como una falsificación.

Además, Nietzsche se alzó contra la tendencia -sobre todo hegeliana- a considerar al pasado como una **preparación** del presente: “La creencia de que se es un rezagado en su época es verdaderamente paralizadora y muy a propósito para provocar el mal humor; pero cuando semejante creencia, por una inversión audaz, se dedica a divinizar a este ser rezagado, como si verdaderamente fuese el sentido y el fin de todo lo que ha pasado antes que él, como si su miseria sabía equivaliese a una realización de la historia universal, entonces esta creencia nos parecería terrible y devastadora” (8).

En su momento, Nietzsche llegó a denunciar a esta posición como una mera **idolatría de los hechos** y a decir que éstos son siempre estúpidos, pareciéndose más a una vaca que a un dios. El hecho de que gran número viva frente a que los pocos hombres preciosos van muriendo no es para él otra cosa que una verdad brutal, es decir, una estupidez irreparable, un aplastante “así es” contra la moral que dice que “esto no debía ser así”. El hombre nada siempre contra la corriente histórica.

Dice Nietzsche “...el que ha aprendido a doblar el espinazo y bajar la cabeza ante el “poder de la historia”, ése tendrá un gesto de **aprobación mecánica**, un gesto a la china, ante cualquier género de poder, ya sea el de un gobierno, ya el de la opinión pública, o bien el de la mayoría numérica, y moverá sus miembros al compás de un poder cualquiera” (9).

6. El pensamiento de la temporalidad de Nietzsche culmina en su “**explosión**” a través de la afirmación del **sujeto en la locura** y de la expansión ilimitada del **objeto en la eternidad**. Pese a reconocer que a veces en la locura se esconde el autoritarismo, Nietzsche llega incluso a rescatar la idea de que “... casi en todas partes la locura es la que allana el camino a la idea nueva, la que rompe la barrera de una costumbre, de una superstición venerada” (10). Por otra parte, jerarquiza el **instante** desde la **eternidad**. El mismo Nietzsche que se había burlado de la idea

(7) ORTEGA Y GASSET, José, “La rebelión de las masas”, 16a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1964, págs.49 y ss., también c. por ej. págs. 89 y ss. y 95 y ss.

(8) NIETZSCHE, “Consideraciones...” cit., pág. 145.

(9) NIETZSCHE, “Consideraciones ...” cit., pág. 146 (el subrayado es nuestro).

Expresando un momento de relativo equilibrio entre los momentos de la temporalidad Nietzsche llegó a escribir: “...llevar todo esto en el alma, lo más viejo y lo más nuevo, las pérdidas, las esperanzas, las conquistas, las victorias de la humanidad y juntarlo todo en un alma y resumirlo en un solo sentimiento, debería producir un placer que el hombre no ha conocido hasta ahora;...” (NIETZSCHE, Federico, “La gaya ciencia”, 2a. ed., México, Editores Mexicanos Unidos, 1984, pág. 250 -párrafo CCCXXXVII-).

(10) NIETZSCHE, Federico, “Aurora”, trad. Eduardo Ovejero y Maury, Bs. As. Aguilar, 1948, pág. 38 (párrafo 14).

del eterno retorno, como se había mostrado en la Filosofía griega, llegó a creer de cierto modo en ella y a sostener que la vida universal se **repite** y se **repetirá** infinitamente.

Cree Nietzsche que todos los momentos de nuestra vida se pueden repetir. "La cantidad de fuerza que obra en el universo es determinada, no es "infinita" ... Por consiguiente, el número de las posiciones, variaciones, combinaciones y desarrollos de esta fuerza es ciertamente enorme y prácticamente "incalculable", pero siempre determinado y nunca finito" (11). Sin embargo, dice también que no se puede determinar si realmente se ha producido algo igual.

En "La gaya ciencia", ante el interrogante "¿Qué ocurriría si día y noche te persiguiese un demonio en la más solitaria de las soledades, diciéndote: "Esta vida, tal como al presente la vives, tal como la has vivido, tendrás que vivirla otra vez y otras innumerables veces, y en ella nada habrá de nuevo; al contrario, cada dolor y cada alegría, cada pensamiento y cada suspiro, lo infinitamente grande y lo infinitamente pequeño de tu vida se reproducirán para ti, por el mismo orden y en la misma sucesión..."", Nietzsche responde que la pregunta pesaría con formidable peso sobre los actos, en todo y por todo "¿Cuánto necesitarías amar entonces la vida y amarte a tí mismo para no desear otra cosa que esta suprema y eterna afirmación!" (12).

En "El eterno retorno" escribió: "Mi doctrina reza así: **"Vive de modo que desees volver a vivir; ¡tú vivirás otra vez! Quien desee el esfuerzo, que se esfuerce; quien desee el descanso, que descanse; quien desee el orden, la consecuencia, la obediencia, que obedezca. ¡Pero que tenga conciencia de su fin y no retroceda ante los medios! ¡Le va en ello la eternidad!"**" (13). Agrega "¡Imprimamos el sello de la eternidad en nuestra vida! Este pensamiento contiene más que todas las religiones que desprecian la vida como pasajera y hacen mirar hacia otra vida incierta" (14). Nietzsche "...cree que para devolver la dignidad a la vida y al hombre no hay más remedio que concebirlos "sub especie aeternis"" (15). El que no creyera en un proceso circular del todo tendría que creer en el dios caprichoso. En lugar de la perdurabilidad de la vida futura del teocentrismo cristiano, el antropocentrismo de Nietzsche busca la profundidad a través de la eternidad. Su pretensión de profundidad lleva a la eliminación de la distinción de lo "cotidiano" y lo "vital".

En su obra cumbre, "Así hablaba Zaratustra", Nietzsche se nutrió de la idea que lo que sufre quiere vivir para madurar y anhelar lo más lejano, lo más alto, lo más luminoso, quiere herederos, quiere hijos, en tanto la **alegría** no quiere ni herederos ni hijos, se quiere a sí misma, lo quiere todo igual a sí eternamente. Nietzsche reitera que anhela la eternidad, el anillo nupcial de los anillos, el anillo del retorno; que el dolor quiere pasar, pero toda alegría quiere profunda eternidad. Su recomendación era hacerse **duro** lentamente como una piedra preciosa, y, por último, quedarse allí de manera tranquila para el goce de la eternidad.

## II) Los contenidos de profunda afirmación individual

### 7. Los contenidos con que Nietzsche pensó la historia tuvieron un fuerte despliegue de

- (11) NIETZSCHE, Federico, "El eterno retorno", trad. Eduardo Ovejero y Maury, Madrid - Buenos Aires - México, Aguilar, 1949, pág. 21 (párrafo 1).
- (12) NIETZSCHE, Federico, "La gaya ciencia", 2a. ed., México, Editores Mexicanos Unidos, 1984, págs. 255/256 (CCCXLI). El profundo interés de Nietzsche por los problemas del devenir y la permanencia están ya presentes por ej. en NIETZSCHE, Friedrich, "La Filosofía en la época trágica de los griegos (1873)", trad. Guillermo Teodoro Schuster, Bs. As. Los libros de Orfeo, 1994.
- (13) NIETZSCHE, "El eterno ..." cit., pág. 32 (párrafo 27) (el subrayado es nuestro).
- (14) NIETZSCHE, id., pág. 34 (párrafo 35).
- (15) OVEJERO Y MAURY, Eduardo, "Introducción" a "El eterno..." cit., pág. 14.

valoración de lo **individual**. Afirma que “Verosíblemente, el grande hombre y la gran obra sólo se desarrollan en la libertad del desierto. Y la humanidad no tiene otros fines que el grande hombre y la gran obra” (16). Por ejemplo, en “El ocaso de los ídolos” dijo: “¡La doctrina de la igualdad! ... Pero si no hay veneno más venenoso, porque parece predicada por la justicia misma, siendo así que es la muerte de la justicia ... **¡A los iguales, cosas iguales; a los desiguales, cosas desiguales;** ésta sería la verdadera fórmula de la justicia ...” (17).

El valor que Nietzsche atribuye a la **felicidad individual** es muy grande, al punto que afirma: “Es un error creer que el “fin inconsciente” en la evolución de cada ser consciente ... sea su “mayor dicha”, hay, por el contrario, en todas las escalas de la evolución una **felicidad particular e incomparable, una felicidad que no es ni alta ni baja, sino precisamente individual**” (18).

Nietzsche sostiene que es equivocado permitir a la noche juzgar al día y hay que tener cuidado contra la fatiga y la esclerosis vital de la **vejez** en la que se quiere ser el último pensador. En “Aurora” dice: “En otro tiempo, pensaba con confianza en los pensadores futuros y se veía desaparecer con un extremo gozo a la luz más plena; ahora se siente atormentado por la idea de no poder ser el último pensador;...”(19). Como lo advierte Nietzsche, el valor humano del pensamiento es tan grande que quizás no habría perversidad mayor que desear ser el último pensador.

8. El sentido individualista de Nietzsche se manifiesta en la falta de solidaridad con los pobres, llegando a afirmar: “En realidad, las privaciones y sufrimientos crecen con el incremento de la cultura del individuo; las clases bajas son las menos sensibles; mejorar su condición quiere decir: hacerlas más aptas para el dolor” (20). Es cierto que de algún modo la cultura aumenta las posibilidades de sufrimiento, pero ese dolor es un índice del incremento concreto de la humanidad. La “revolución” axiológica nietzscheana puede interpretarse como una rebelión contra los valores superiores particulares en nombre del valor supremo general humanidad, mas su sentido humano no le alcanza para apreciarlo en los sectores socialmente inferiores.

Anticipándose a sucesos de nuestros días, Nietzsche cree que quizás podría pensarse en satisfacer los deseos de los obreros locales introduciendo otros extranjeros de **Asia** y de **Africa**, de manera que el que denomina mundo civilizado se hiciese servir por el mundo bárbaro, y de tal modo considerar la incultura como una causa de servidumbre. Expresa que en los Estados de Europa la cultura de los trabajadores iba aproximándose de tal modo a la de los patronos que la perspectiva de un trabajo mecánico agotador provocaba un sentimiento de indignación. Piensa que al hilo de la presencia de obreros de Asia y Africa las razas se mezclarían de nuevo.

9. Aunque a veces invocó la justicia, en definitiva su pensamiento es **hostil a la justicia** y a la **equidad**. En cierto momento Nietzsche creyó que en el estado de naturaleza no rige el principio de equidad y decide la **fuerza** y que sólo cuando los representantes del mundo viejo y

16) NIETZSCHE, “Aurora” cit., “Una ojeada sobre el presente y el porvenir de los pueblos”, pág. 331.

17) NIETZSCHE, Friedrich, “El ocaso de los ídolos”, trad. Federico Milá, Bs. As., Siglo Veinte, 1991, pág. 99 (párrafo 48).

18) NIETZSCHE, “Aurora” cit., pág. 103 (párrafo 108)

19) Id., pág. 309 (párrafo 541).

20) NIETZSCHE, Id., “Una ojeada ...” cit., pág. 331

el mundo nuevo lleguen a constituir fuerzas iguales podrá arribarse a un pacto y sobre él construir un orden justo. Quizás de alguna manera comprendió lo que sería el "pactismo" de nuestros días. A su entender no existen los **derechos del hombre** (21) y en definitiva, nadie merece su dicha ni su desdicha.

Nietzsche tuvo clara conciencia del **mundo utilitario** y de la **sociedad de consumo** que entonces ya se constituían con creciente nitidez. Dice al respecto: "Ahora vemos que se empieza a formar, de diferentes lados, la cultura de una sociedad cuya alma es el comercio, así como el combate singular era el alma de la cultura entre los antiguos griegos; la guerra, la victoria y el derecho, entre los romanos. El que se entrega al comercio sabe tasarlo todo sin producirlo, tasarlo según las necesidades del consumidor, y no según su necesidad personal para él, la cuestión de las cuestiones es saber "qué personas y cuantas consumen el artículo". Emplea, por consiguiente, desde entonces, instintiva y constantemente, este tipo de tasación: a propósito de todo, por consiguiente también a propósito de las producciones de las artes y de las ciencias, de los pensadores, de los sabios, de los artistas, de los hombres de Estado, de los pueblos, de los partidos y aun de las épocas enteras: se informa de todo lo que se crea, de la oferta y la demanda; para "fijar, por sí mismo, el valor de una cosa". (22) Agrega: "Esto, erigido en principio de toda cultura, estudiado después ilimitadamente hasta los más sutiles detalles e impuesto a toda especie de querer y de saber, será el orgullo de vosotros, los hombres del siglo futuro, si los profetas de la clase comerciante tienen razón para ponerla en vuestra posesión." (23).

El individualismo nietzscheano llegó a reclamar la menor cantidad posible de **Estado**. El mismo quería ser todo el Estado posible (24). Con sorprendente intuición, reflejada en el actual desarrollo de la **autonomía** material y "conflictual" de las partes y en el **arbitraje**, llegó a vaticinar que en el porvenir habría muchos individuos y grupos enteros que se prometerían no reclamar nunca el auxilio de la justicia (25).

10. En las primeras obras, el pensamiento histórico nietzscheano se caracterizó por una fuerte **crítica** contra la cultura histórica, sin dar una respuesta alternativa, pero esta actitud quedaría superada cuando arribó a la búsqueda del **Superhombre**. Al fin habría que llegar "Más allá del bien y del mal" (26).

### III) Visión de conjunto: lo concreto y la necesidad de constante reaprender

11. El pensamiento histórico de Nietzsche fue un fuerte llamado a apreciar lo **concreto**, evitando las ideologías que aprisionan la vida, y para eso llegó a proponernos la casi insoportable carga de dejar de ser hombres para parecernos a los **dioses**.

Trató de evitar que nos extraviemos existiendo "Como si el vivir mismo no fuese un oficio

(21) Id., pág. 332.

(22) Id., pág. 158 (párrafo 175).

(23) Id., págs. 158/159 (párrafo 175).

(24) Id., "Una ojeada ..." cit., págs. 334/335.

(25) Id., pág. 341/342.

(26) v. SABATINI, Angelo G., "Nietzsche crítico della cultura storica", ensayo introductor a la edición de la segunda consideración intempestiva NIETZSCHE, Friedrich W., "Sulla storia" a cargo de Angelo G. Sabatini, La Spezia, Casa del Libro F.lli Melita, por ej. págs. 81 y ss. (NIETZSCHE, Friedrich, "Más allá del bien y del mal", trad. Ma. de los Angeles Troleaga de las Heras, Madrid, Felmar, 1981).

que es preciso aprender a fondo, que es preciso **reaprender sin cesar**, que es preciso ejercer sin descanso, si no queremos fabricar tontos y charlatanes''(27).

## B) Comprensión jusfilosófica del pensamiento histórico de Nietzsche (28)

### a) Dimensión sociológica

12. El pensamiento histórico de Nietzsche posee un claro sentido **revolucionario**, al punto de rechazar las consagraciones históricas y elogiar la locura, pero tiene asimismo como contrapartida un **“anclaje”** importante en la noción de eterno retorno. El orden de repartos nietzscheano está afectado en la planificación gubernamental e incluso en la ejemplaridad por la ruptura con la razón histórica.

### b) Dimensión normológica

13. La fuerte afirmación del sujeto significa un planteo crítico para la **institucionalidad** y quizás al fin, aunque no sea la voluntad de Nietzsche, trae aparejada la necesidad de que toda institución se apoye en la **negocialidad**.

### c) Dimensión dikelógica

14. La historia nietzscheana se orienta con gran fuerza hacia la **justicia “de llegada”**, prescindiendo en mucho de la justicia **“de partida”**. Tiende a ser sobre todo una historia de **valoraciones completas**, no de criterios generales orientadores, aunque -como ya señalamos- esas valoraciones completas estén estabilizadas por el **“plus” de eternidad**. En algún momento, consciente de las consecuencias de su planteo, Nietzsche llegó a pensar en el pacto como soporte para la justicia. Para enriquecer el **complejo real** y evitar que su visión de la temporalidad se haga demasiado futuriza agrega ese **“plus” de eternidad**.

En el planteo de Nietzsche la historia está muy debilitada por el cuestionamiento de la idea de **mérito** en que suele apoyarse. Sobre todo en la medida que está influida por la búsqueda del Superhombre, la historicidad nietzscheana es de cierto modo poco humanista. En algunos casos tiene alcances de **“totalitarismo” individualista**, en que unos individuos son tomados como medios de los demás. Nietzsche se preocupa mucho por la **libertad de los fuertes**, aunque no tiene suficientemente en cuenta los despliegues de igualdad y de comunidad. En cuanto a los medios para la realización de la justicia, se orienta con gran preferencia a la protección del individuo **contra los demás**, como individuos pero sobre todo como régimen. El rechazo de la razón histórica y la subjetividad, que incluso llega a la apertura al Superhombre escondido en el sujeto, hacen muy difícil la protección del individuo respecto de sí mismo.

(27) NIETZSCHE, "Consideraciones..."cit., pág. 163 (el subrayado es nuestro).

(28) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico utilizada en el trabajo pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991-1994 (también es posible v. en estas obras consideraciones acerca de la temporalidad y la historia de la Filosofía de Nietzsche).

### C) Horizonte histórico actual

15. El pensamiento histórico de Nietzsche lo muestra con nitidez como uno de los precursores de la época actual llamada de la “**postmodernidad**”. Esta papel precursor está ya en su rechazo de la historia y de la razón y de cierto modo en la jerarquización del instante. Se presenta también en la crisis nietzscheana de la idea de mérito. Sin embargo, para llegar desde el poderoso sujeto de Nietzsche, con clara **vocación heroica**, a la postmodernidad con sus sentidos de la **felicidad cotidiana** y del pacto hay que pasar por el derrumbe de la Guerra Mundial en dos episodios que vivió el siglo XX, quizás hasta el desmoronamiento del mundo soviético. Entonces, paradójicamente, encontraría su culminación el tan criticado **mundo de la utilidad**.

Tal vez, aunque sin quererlo, Nietzsche haya sido uno de los últimos grandes exponentes de la modernidad, pero después de él ya la sed de grandeza no tenía verdadero espacio y debía sobrevenir la “postmodernidad”. Quizás pueda decirse que, con cierta “**dialéctica**” histórica, luego de la negación nietzscheana de la profundidad de trascendencia que tenía el cristianismo vino la negación de la profundidad nietzscheana de la eternidad y se arribó a la “postmodernidad”.

# COMPRESION JUSFILOSOFICA DE LA PERSONA Y LA EMPRESA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## I. Vida y persona

1. La **vida**, como el universo todo, se nos muestra a la vez única y diversa. Esta diversidad se caracteriza por la referencia a distintos valores y la más diversificada manifestación de la vida es la **persona**. El recorte de la vida al constituir distintas personas y el recorte de la personalidad en el marco del conjunto vital producen distintas perspectivas de **seguridad**. El fraccionamiento del complejo vital para reconocer al individuo es especialmente característico de Occidente, al punto que es el apoyo básico de nuestro empuje individualista, pero no se debe ignorar que debajo de la diversidad de cada persona están la vida y el universo en su unidad.

El valor que lleva a diferenciar la vida de manera más intensa es la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser), cuya posibilidad de realización identifica en última instancia a las **personas "físicas"**. La modernidad puso especial intensidad en la diferenciación y la jerarquización de la persona física, a la que consideró plenamente libre para decidir sus actos. Hoy la llamada "postmodernidad" se plantea una crisis de la idea del sujeto así nítidamente diferenciado, pero una fuerte conciencia de los llamados "derechos humanos" lleva, por ejemplo, a rechazar lo que desfraccione la continuidad de la vida en contra del sujeto, por ejemplo, a descalificar la represalia de lo obrado por un sujeto en la sanción dirigida a otro. En lugar de pensar en el desfraccionamiento de la justicia del complejo personal toda proyección más allá del individuo tiende a ser considerada, entonces, como fraccionamiento de la justicia de las consecuencias (1).

Los otros valores a nuestro alcance que permiten diferenciar la vida, aunque sea con menos intensidad, generan la diversificación de las **personas "jurídicas"**, capaces de realizar los valores particulares derivados de la humanidad, pero imposibilitadas de realizar la humanidad de manera directa. La pretensión de realizar el complejo del poder, el orden y la justicia caracteriza en gran medida a la persona Estado; la búsqueda de satisfacer el valor santidad identifica a la persona Iglesia; las pretensiones de los valores amor, verdad, belleza, salud, etc.

(\*) Ideas básicas de las disertaciones pronunciadas por el autor en el Curso de Postgrado sobre "Persona y empresa" dictado en el Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional del Nordeste los días 9 y 10 de diciembre de 1994.

Homenaje del autor a la memoria de Lucía Caldani de Ciuro y Miguel Ciuro en el 53º aniversario de su matrimonio.

(\*\*) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) Acerca 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. 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.



suelen caracterizar a la personas jurídicas asociaciones y fundaciones y la búsqueda de realizar la utilidad es el fundamento diferenciador último de las **empresas**, que muchas veces asumen la figura de sociedades (2).

Si bien en sentido amplio puede hablarse de diversos valores “absolutos” a nuestro alcance, el único valor estrictamente absoluto del complejo axiológico que podemos realizar, es decir el único valor no sometido a otro valor, es la humanidad. Por eso la persona física siempre vale, en tanto las personas jurídicas pueden resultar “disvaliosas”. Todo ser humano como tal, aunque hipotéticamente no realice ningún otro valor, es legítimo, en tanto hay a menudo asociaciones, fundaciones, sociedades, etc. que son ilegítimas.

La diferenciación de las personas permite superar la complejidad básica de la vida en la comprensión de diversas “**simplicidades puras**”, mas urge comprender la vida en su “**complejidad pura**”, integrando debidamente a todas las personas físicas y jurídicas más allá de los límites con que las reconocemos. Hay que tener en cuenta a las personas y también el contexto general de la vida al que pertenecen.

## II. Persona y empresa

2. Desde el punto de vista “estático” la **empresa** es la integración de los elementos naturaleza, capital (incluyendo saber), y trabajo con fines **utilitarios** de producción o distribución. En la perspectiva “dinámica” es un proyecto de satisfacer la utilidad, cuya realización significa riesgo (3). La empresa procura aprovechar las **oportunidades** y pretende el **lucro**, aunque no se identifica con él. Cuando, por ejemplo, se deja que el mero curso de la naturaleza produzca riqueza se lucra, pero no hay empresa. La empresa no es compatible con el paternalismo en que no hay riesgo para el protegido; tampoco con el monopolio en el que lisa y llanamente se imponen las decisiones que brindan ganancias. En un país como la Argentina, donde hubo a menudo monopolios más o menos duros desde la época de la colonia y en el que la actividad económica básica fue la cría “natural” de ganado, hay muy limitada tradición empresaria, quizás incluso muy escasa vocación de empresa.

### a) Dimensión sociológica

3. La empresa es una fuerte apuesta a la capacidad de **conducir**, de elegir beneficiosamente entre las diversas posibilidades. Si bien puede haber beneficios o perjuicios por azar, la empresa se inscribe en el cálculo de que se ha de triunfar por el propio obrar.

En última instancia la identidad de la empresa depende de la existencia de uno o más **empresarios**, que ponen la idea y deciden, aunque excepcionalmente deban responder otros individuos. Empresario es quien realmente controla y no quien en las formas figura como tal (4).

(2) Acerca de la noción de empresa puede v. por ej. SATANOWSKY, Marcos (Dr.), “Empresa y hacienda comercial - Su naturaleza jurídica”, en ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO COMPARADO, “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Leopoldo Melo”, Bs. As., TEA, 1956, págs. 95 y ss.; MARC, Jorge Enrique, “La nueva empresa”, en “Revista da Faculdade de Direito” de la Universidade Federal do Paraná, año 11, 1968, N°11, págs. 19 y ss. En relación con las personas jurídicas puede c. por ej. RINESSI, Antonio Juan, “Estudios de Derecho Civil (parte general)”, Corrientes, del Centro, 1993.

(3) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes para la justificación de la empresa”, en “Derecho y empresa”, N°1/2, págs. 23 y ss. y la bibliografía allí citada.

(4) En relación con el tema del verdadero empresario puede v. por ej. BIGIAMI, Walter, “Difesa dell'“imprenditore occulto””, Padova, CEDAM, 1962

No obstante, los alcances de la empresa se identifican también por los beneficiarios de esa conducción, sobre todo por quienes se benefician a través de ella. Otra perspectiva de identificación de la empresa es el objeto, es decir, las potencias e impotencias respectivas (los alcances en favor o en contra de la vida producidos por la conducción) e incluso también han de tenerse en cuenta los objetos materiales o inmateriales sobre los que recaen dichas potencias e impotencias (v. gr. las maquinarias). Así, por ejemplo, en la continuidad real de la vida quienes arman automóviles y quienes producen sus “autopartes” son en cierto sentido integrantes de una misma empresa. En otro sentido la empresa se identifica por la forma en que se toman y ejecutan las decisiones, incluyendo la organización. Un quinto despliegue para el reconocimiento de la realidad social de la empresa es el móvil que alienta al o los empresarios.

Para que haya desenvolvimiento de la propia conducción empresarial ha de haber autonomía. El empresario es tal si dispone de libertad.

4. La empresa es de cierto modo un **“microorden”** social o mejor, un orden social parcial, diverso del Estado, que en cambio pretende abarcar en definitiva todos los aspectos de la vida. El microorden empresario suele significar una **planificación** que en su marcha realiza el valor previsibilidad. A su vez, exige un juego interno de razonabilidad que haga **“ejemplar”** la propuesta empresarial y realice el valor solidaridad. La empresa necesita a menudo el compromiso solidario de sus diversos componentes.

El orden empresario tiene fuerte **vocación expansiva** en lo material, temporal y espacial, al punto que el despliegue de las empresas transnacionales es uno de los principales motivos de la frecuente marginación de las fronteras estatales. Aunque la empresa no puede borrar los límites necesarios que surgen de la **“naturaleza de las cosas”**, siempre procura hacerlos ceder.

De cierto modo, la empresa es **“revolucionaria”**, en cuanto al hilo del afán de lucro con frecuencia procura romper la **“lógica de los antecedentes”**, pero para poder calcular el riesgo necesita que no haya anarquía. La exigencia de orden de la actividad empresarial es uno de los motivos de que en nuestro tiempo -en mucho tiempo de **“administración social”** por las empresas- no hay revoluciones muy significativas.

La empresa procura que la **finalidad subjetiva** del empresario se imponga a la **finalidad objetiva** de los acontecimientos; que la **posibilidad** se transforme en **realidad**. Como la finalidad objetiva, la posibilidad e incluso la realidad son categorías **“panótmicas”** (pan=todo; nomos=ley que gobierna) que sólo podemos apreciar mediante fraccionamientos productores de certeza, la empresa supone recortes de las tres. La empresa exige sobre todo un eficaz planteo de la finalidad subjetiva y un lúcido cálculo de las posibilidades. En mucho depende de la habilidad para manejar la vida obteniendo al fin alguna certeza donde otros son incapaces de lograrla.

## **b) Dimensión normológica**

5. Las fuentes formales más características de la vida empresarial son los **contratos**. También hay que tener en cuenta por ejemplo a los estatutos, las reglamentaciones empresariales, etc. A diferencia del predominio de la ley, en que muchos de los hombres de Derecho de hoy fuimos educados, entre los cambios profundos que ha de tener la formación jurídica de estos días

está el cambiar el centro de interés dando más importancia a la formación en materia contractual (5). Según hemos señalado, la empresa suele ser una **persona jurídica** distinta del empresario.

La empresa se apoya básicamente en la **negocialidad**, aunque suele ser negociación que tiende a formar una nueva -pero débil- institucionalidad.

6. Entre la **realidad** fáctica empresarial y las **formas** que la captan puede haber relaciones de correspondencia o de divergencia, sea ésta por “hiperformalización” o por “hipermateria-  
lidad”. Cuando la forma es menor que la empresa que al fin desea abordarse suele recurrirse al auxilio de otras formalizaciones, como las concentraciones empresarias.

Cuando la forma es desviada de la realidad material se abre espacio el fraude empresarial, que constituye un desplazamiento en cuanto a la materia, el tiempo o el espacio, sea para burlar a otros integrantes de la empresa, a terceros o a la sociedad (en este caso suele tratarse de fraude a la ley).

Entre la forma y la realidad empresarias puede haber una **crisis normológica**, evidenciada al fin porque los valores de una y otra son distintos. Sin embargo, la crisis más significativa es la **axiológica**, cuando valores superiores requieren superar los marcos de la realidad y las normas empresarias. Todo esto plantea la necesidad de “penetrar” o abandonar la forma de la empresa para encontrar su realidad o los valores que al fin han de satisfacerse (6). Cuando la empresa crece o decrece respecto de los límites de la formalización puede hablarse respectivamente de plusmodelación y minusmodelación (7).

La normatividad empresarial tiende a constituir un “**microordenamiento**” normativo o mejor un ordenamiento normativo parcial, al que es inherente el imperativo de la “legalidad empresarial”. Para constituir el ordenamiento normativo de la empresa hay que tener en cuenta las necesidades de **flexibilidad** o **rigidez** (facilidad o dificultad de la elaboración de normatividades) y de **elasticidad** o **inelasticidad** (adaptación mayor o menor a los cambios de la realidad social) que tenga el despliegue de la misma. Cuando un jurista desea formalizar una empresa ha de adquirir cabal conciencia de la realidad económica respectiva. Una formalización demasiado flexible y elástica ha de provocar el derrumbe de la empresa; otra demasiado rígida e inelástica ha de causar su parálisis.

### c) Dimensión axiológica

7. La empresa posee un **complejo axiológico** cuyo valor específico es, según dijimos, la **utilidad**. A su vez, ésta suscita el despliegue del valor **eficiencia**. Aunque éstos son valores naturales, el afán de asegurarse el lucro suele hacer que la empresa sea productora de **valores fabricados**. Su propósito es que los terceros asuman como valioso lo que conviene al fin de lucro empresarial. Así, v. gr., una empresa productora de gaseosas ha de procurar que los consumidores atribuyan a sus gaseosas un valor fabricado superior al de los valores naturales de las mismas. En tal sentido, la sociedad actual se constituye en mucho en una **sociedad de consumo** en la que se

- (5) Uno de los graves problemas de las Facultades de Derecho en nuestro tiempo es la persistencia de criterios de formación jurídica heredados del siglo XIX para la preparación de juristas que han de vivir en el siglo XXI.
- (6) Puede v. en relación con el tema por ej. DOBSON, Juan M., “El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado)”, Bs. As., Depalma, 1985.
- (7) Es posible c. nuestro estudio “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, págs. 51 y ss

pretende que los consumidores asuman los valores que fabrican las empresas. Esta vocación fabricante de valores ha enriquecido la vida y ha agregado brillo cultural a la naturaleza, pero urge tener en cuenta que si bien las empresas tienden a agregar luz a los valores, en lugar de "iluminar" pueden provocar "deslumbramiento". Hay que advertir que los valores fabricados pueden ser auténticos en tanto no se opongan a los valores naturales, pero si se conflictúan con éstos resultan falsos.

8. Los valores pueden guardar entre sí relaciones de **coadyuvancia** y de **secuestro** y esto puede ocurrir en las vinculaciones internas y externas del complejo axiológico empresarial. En cuanto al **interior** de la empresa, se advierte el pasaje de realidades "puras" de cierto modo "extraempresarias" a figuras de creciente presencia empresarial, al punto de llegarse desde la coadyuvancia al secuestro.

Del abogado liso y llano servidor general de la justicia se pasa al abogado de empresa, al abogado que monta una empresa para la abogacía y el empresario abogado (o sea al abogado que procura centralmente la utilidad en su profesión). Del juez general se pasa al juez de empresas, al servicio de justicia como empresa (v. gr. ya en el arbitraje) y al empresario de justicia. Del médico tradicional se va al médico de empresa, al médico con empresa y al empresario de la medicina (en estos dos últimos casos a través de sanatorios). Del científico que procura lisa y llanamente la verdad se pasa al científico de empresa, al científico que cuenta con una empresa y al empresario de la ciencia (posición en la que se encuentran los laboratorios medicinales más importantes). Del educador que realiza su tarea como un apostolado de vida se va al educador en la empresa, al educador con empresa y al empresario de la educación. De la iglesia como institución de generosa santidad se pasa a la iglesia empresarial y a la empresa eclesiástica.

Las exigencias del mundo empresarial capitalista en que vivimos hacen que todas las actividades requieran apoyo empresarial y uno de los más graves problemas es que parece haber una tendencia incontenible a que dejen de responder al predominio de sus valores específicos de justicia, verdad, desarrollo humano sistemático, santidad, etc. para convertirse lisa y llanamente en empresas que detienen el despliegue de esos valores cuando conviene a la utilidad que secuestra su material estimativo.

El complejo de valores de la empresa ha de integrarse debidamente con los valores **justicia y humanidad**. En definitiva, la empresa ha de ser humanista. Dentro de la empresa ha de tenerse especialmente en consideración que a diferencia del capital, que puede ser entendido en términos de común denominador utilitario, el **trabajo** cuenta con una jerarquía mayor, es de cierto modo heterogéneo, porque posee un valor más elevado proveniente de la humanidad del trabajador. Hay que, considerar que como suele señalarlo el pensamiento cristiano, el trabajo vale porque lo hace el hombre y, en definitiva, no éste porque trabaja.

Los valores inherentes a la actividad empresarial contribuyen a fundamentar el principio de **conservación** de la empresa, pero no se trata de valores absolutos sino relativos. La conservación de la empresa no ha de ser el objetivo último.

Desde el punto de vista **externo**, de la relación de la empresa con la sociedad en su conjunto, es posible que ella sea parte de la sociedad o que al fin haya una sociedad empresarial,

como la que parece imponerse en nuestros días, incluso con alcances de secuestro axiológico. Las diversas actitudes que puede asumir la sociedad respecto de las empresas permite diversificar, respecto de las empresas extranjeras, los problemas de su reconocimiento y de la hospitalidad que se les brinda para realizar actos accesorios o principales en el medio receptor.

9. La integración de los diversos elementos de la empresa hace que deba desarrollarse en ella la difícil vía de descubrimiento del valor que denominamos **justicia “dialogal”** (donde hay diferentes razones de justicia). A su vez, también ha de desplegarse la justicia dialogal entre la empresa y el resto de la sociedad. Sin embargo, también hay un relativo monólogo interno y externo de la empresa y a veces también el monólogo de la sociedad. En diferentes casos se encara la simplificación de la problemática empresarial a través del monólogo de las razones de alguno de los elementos, sea éste el capital (en el capitalismo radicalizado) o el trabajo (v.gr. en el marxismo).

La empresa supone en sí despliegues de justicia **“partial”**, **“sectorial”** y **de aislamiento**, aunque no permite ignorar desarrollos de la justicia **“gubernamental”** (que proviene del todo) e **integral** (que se refiere al todo) y no excluye fenómenos de justicia de participación. Al fin, en alguna medida, la empresa **“es”** de todos.

La empresa tiende a la justicia **particular** en el bien personal del empresario, aunque no pueden desconocerse despliegues de justicia general, por el bien común dentro de la empresa y fuera de ella respecto del conjunto social. El liberalismo suele creer que el bien particular empresarial ha de generar el bien común; el socialismo sostiene que el bien empresarial se aparta muchas veces del bien común. El reconocimiento de la importancia de la actividad empresarial para el bien común ha hecho que a veces el Estado no sólo la promueva sino la asuma, incluso fundando **“empresas”** que, sin embargo, son cabalmente tales en cuanto existe el riesgo que caracteriza a la actividad.

La empresa se proyecta a la justicia **“de llegada”**, que predomina sobre la justicia **“de partida”** de modo que al respecto puede hablarse de cierta legitimación por el éxito.

La necesidad de la actividad empresarial suele generar un deber ser ideal aplicado personal para quienes pueden practicarla. Existe en este aspecto un **“deber de empresa”**.

Entre los diversos sentidos de la pantonomía de la justicia, referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, la empresa tiene sobre todo una proyección **“futuriza”**. No obstante, el desfraccionamiento que así se procura, generador de inseguridad, busca ser compensado con el fraccionamiento de las influencias de otros aspectos de la vida, para que la seguridad así obtenida haga que la inseguridad empresarial no sea insoportable. El empresario asume la inseguridad pero busca seguridad. La burguesía, clase de empresarios, hace de la seguridad uno de sus objetivos fundamentales.

10. La justicia exige que el individuo cuente con la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, o sea para convertirse en persona. La vida y la personalización son de cierto modo empresas, puede hablarse incluso de la **“empresa de vivir”**, pero los valores de la empresa no son todos los de la vida. No hay que disolver la vida en la empresa.

Las calidades especiales del empresario lo jerarquizan como un **aristócrata** para el manejo de la empresa y lo legitiman también para contar con un amplio juego de la **autonomía**. Sin embargo, hay que reconocer la legitimidad de cierto grado de **participación** en el manejo empresarial y en las ganancias de quienes aporten los elementos de la empresa, sobre todo el trabajo, y del resto de la sociedad. Una fuerte línea de tensión es la necesidad de decidir si ha de prevalecer el trabajo o la preservación de la empresa, sin la cual el trabajo al fin se hace imposible.

La existencia de la empresa y en especial el riesgo que ésta produce, que excede al empresario, genera en él una **responsabilidad** especial, aunque también hay una responsabilidad de la sociedad por la empresa. La empresa exige **creatividad** y es opuesta a la burocracia que a veces suele asfixiarla desde dentro o desde fuera.

11. La empresa ha de ser un **“microrrégimen” de justicia** y en este carácter debe asumir sentido **humanista**, tomando al hombre como fin y no como medio, con particular sentido abstencionista. Urge tener en cuenta que la empresa no puede ser un fin en sí, de modo que toda conversión del hombre en un medio de la empresa tiene, en cambio, carácter totalitario. Un régimen de justicia requiere lealtad y así ocurre con la **lealtad empresarial**.

Para que el régimen de justicia sea realidad hay que proteger al individuo contra los demás individuos, respecto del gobierno, en relación consigo mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). En mucho se ha de resguardar a la empresa contra el gobierno, los demás individuos y lo demás; la empresa ampara contra lo demás, sobre todo como productora y distribuidora de riqueza y también hay que proteger contra la empresa (quizás, mejor dicho, frente a los demás como empresarios).

#### **d) La empresa en la “Teoría General del Derecho” como sistema jurídico**

12. La empresa es sobre todo un fenómeno del **Derecho Privado**, signado en última instancia por las exigencias de la justicia particular. No obstante, también importa en muchos aspectos al Derecho Público, caracterizado al fin por los requerimientos de la justicia general. En general la empresa es causa de la progresiva “comercialización” del Derecho en general.

### **III. Horizontes de Derecho Comparado, Historia del Derecho y política general**

13. La realidad empresarial es particularmente fuerte en el sistema **“occidental”**, sobre todo en sus manifestaciones **capitalistas** desarrolladas a partir de fines de la Edad Media. A ella se ha debido la creciente **“aceleración de la historia”**. Hoy, en la llamada **“postmodernidad”**, la empresa posee alcances absorbentes del resto de la vida. El hombre moderno pretendió tanto respecto de diversos valores que desarrolló la utilidad en grado desmesurado y ésta terminó devorando a los otros valores. Sin embargo, parece que ahora la empresa, fuertemente protagonista de la vida social, tiene menos vitalidad que en otras épocas.

El incremento del papel de la empresa está en relación directa con la crisis del régimen estatal, al que a menudo incluso se piensa como una empresa. En estos marcos se inscribe la

política generalizada de privatizaciones.

14. La empresa es un fenómeno principalmente relacionado con la **política económica** (signada en última instancia por las exigencias del valor utilidad), pero para que dicha rama no se desborde hay que comprenderla en integración con las otras áreas de la política, como las de carácter sanitario, científico, tecnológico, artístico, erológico, educacional, de seguridad y en general cultural.

Comprender a la empresa es una manera de hacerse capaz de integrarla como fenómeno imprescindible, pero no excluyente, de la política como realización de la **convivencia** (8).

.(8) Acerca del tema del artículo puede v. también por ej. AS. VS., "Curso Introductorio para Abogados de Empresa (Conferencias)", Colegio de Abogados de Córdoba

# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS CONTRATOS EN GENERAL EN EL MERCOSUR (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. Tres de los países del Mercosur estamos unidos por los Tratados de Montevideo. Sin embargo, una cuestión que merece ser considerada es si estos tratados, elaborados para un Derecho Internacional Privado "entre Estados" **diferenciados** conservan su vigencia en un proceso de **integración** como el Mercosur. Aunque la solución provoca grandes dudas, merece ser tenido en cuenta que ahora nos encontramos en un proceso que cambia fundamentalmente la realidad y que las soluciones que contienen los Tratados, opuestas a la autonomía de las partes para elegir el Derecho aplicable y basadas en el punto de conexión lugar de cumplimiento (1), no corresponden a la nueva situación que nos toca vivir. Quizás pueda sostenerse que en materia de Derecho aplicable a los contratos en general (no por ejemplo en cuanto a régimen matrimonial, porque no hay conflicto con el espíritu de la integración) existe una **carencia histórica por novedad jurídica** (2).

Sea cual fuere la respuesta a la cuestión que antecede, vale tener en consideración que Brasil no está vinculado por los Tratados de Montevideo y que el Derecho Internacional Privado de fuente interna de los cuatro países presenta soluciones en ciertos sentidos discordantes. Aunque no existiera una carencia histórica por novedad jurídica habría una **relativa carencia dikelógica** que, si bien no llegaría a legitimar el abandono de las soluciones positivas por los jueces, exigiría el dictado de nuevas normas.

Creemos que así como la Unión Europea se ha valido de la Convención de Roma, el Mercosur debe contar con una respuesta comunitaria para el Derecho aplicable a los contratos. En cuanto a la reciente Convención de la CIDIP V acerca del tema, que podría resolver el problema desde un marco más amplio, compartimos las observaciones que se le han formulado en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado que no la harían, por lo menos por el momento, idóneas para tal fin (3).

(\*) Ideas básicas de una disertación del autor en la Filial Córdoba del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Universidad Notarial Argentina.

(\*\*) Profesor titular de Derecho Internacional Privado Profundizado en la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) Puede c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988.

(2) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, en que se basa el trabajo, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., 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; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.

(3) En relación con el tema del Derecho Internacional Privado de los contratos en el Mercosur, pueden v. las referencias, de menor y mayor amplitud, que hicimos en las comunicaciones que presentamos en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado y en el II Encuentro de Especialistas en el Mercosur.



2. Entendemos que para la elaboración de la respuesta comunitaria “mercasureña” hay suficiente consenso en tomar en cuenta como referencia básica la autonomía de las partes, pero creemos que corresponde hacer un análisis detallado de las exigencias de la integración, del significado de los contratos en ese marco y de las soluciones que debe brindar nuestra materia.

Desde el punto de vista de la **dimensión sociológica**, a diferencia de los procesos imperiales, la integración significa ampliación del marco de referencia sobre bases más **autónomas y ejemplares**, menos autoritarias y de planificación gubernamental en marcha. En general, la integración se efectúa a través de la vida económica y de la vida privada, no con la marcha de los ejércitos que caracterizó a otros cursos de acercamiento.

En ese marco de autonomía y ejemplaridad, el contrato debe tener amplio desarrollo. El Derecho que ha de aplicársele -sin perjuicio de la preservación que corresponda de los intereses generales y de orden público- ha de decidirse por la autonomía material o conflictual de las propias partes, con referencias subsidiarias de nivel “legislativo” más vinculadas al lugar de celebración -que da cierto espacio amplio a la autonomía de las partes para elegirlo- y al reconocimiento orientado del Derecho más vinculado a cada caso. La orientación para encontrar este Derecho más vinculado al caso -brindada por la Convención de Roma y faltante en la obra de la CIDIP V- es necesaria para que no se introduzca una inseguridad insoportable para las partes.

En cuanto a la **dimensión normológica**, la integración suele significar una permanente **negociación** que a veces constituye nueva institucionalidad. En este ámbito de integración el marco de las fuentes de nuestra materia cambia acentuadamente, de modo que el instrumental tradicional de leyes, tratados y sentencias -ya en crisis en lo internacional- se ve aquí especialmente incrementado por el protagonismo de los **contratos** y el incremento del papel de los tratados y de las sentencias. Para que el protagonismo de los contratos y de las sentencias sea posible se necesitan las soluciones internacionales de autonomía y de referencia concreta que hemos señalado.

Desde la **dimensión dikelógica** la integración requiere una realización de los valores jurídicos en gran medida coadyuvante con el valor **utilidad**. A su vez, significa especiales referencias a la justicia consensual, simétrica (con potencias e impotencias fácilmente comparables), conmutativa (con contraprestación), “parcial”, sectorial y particular y el juego de fraccionamientos que excluyendo la injerencia estatal brinden seguridad a las partes.

Diversos factores, entre los que se encuentra la complejidad concreta de los nuevos problemas, hacen que la legitimación de los repartidores de la integración pase en especial medida por la autonomía de las partes. En la integración la propiedad resulta un objeto repartidero de alta significación. A su vez, ha de desenvolverse el humanismo abstencionista y la protección del individuo contra el régimen tiene alta significación.

Desde todas estas perspectivas se advierte la importancia del contrato y es dado reconocer la exigencia de las soluciones internacionales de autonomía material y conflictual de las partes y de referencia orientada al Derecho más vinculado con cada caso que hemos señalado precedentemente.

En el horizonte **político general**, la integración significa un amplio (aunque no excluyente) juego de la política económica resuelta, a su vez, en términos de libertad, y así llegamos nuevamente al amplio papel que han de tener los contratos y a las respuestas internacionales ya referidas.

En el horizonte **histórico**, la integración guarda grandes afinidades con el sentido de la llamada “**postmodernidad**”, en profundidad utilitaria y de cierto modo adherida a los derechos humanos, y también así se encuentra la importancia de los contratos y de las soluciones internacionales de autonomía material y conflictual de las partes y de recurso orientado al Derecho más vinculado con cada caso.

# EL ORDENAMIENTO JURIDICO Y LA PROTECCION DE LA PERSONA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## I. Nociones fundamentales

1. En general el Derecho debe tender a la protección de la persona (1), pero cabe preguntarse qué significa específicamente el tema del seminario "ordenamiento jurídico y protección de la persona". Entendemos que se trata de la protección contra las **agresiones genéricas** que puede sufrir el ser humano como tal, excluyendo por ejemplo las que puede padecer como trabajador, consumidor, integrante de una minoría, etc., ya que de lo contrario se abordaría todo el Derecho.

Para enriquecer las posibilidades de investigación vale tratar el tema desde una perspectiva **tridimensional**, referida a realidad social, normas y valores y, en particular, desde la **teoría trialista** del mundo jurídico que reconoce en éste repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica a la vida) captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (2). Dado que nos referiremos al tema desde un punto de vista científico -no estrictamente filosófico- el orden de tratamiento de las dimensiones será **normo-socio-dikelógico**. En cuanto a las dimensiones positivas (normológica y sociológica) tomamos como base el Derecho argentino.

## II. La protección en el mundo jurídico en general

### a) Dimensión normológica

2. La protección de la persona parte, como es habitual, de **normas constitucionales**. Los primeros 35 artículos de la Constitución Nacional tienen numerosas normas protectoras tradicionales que provienen del siglo pasado, pero en 1957 se agregó el artículo 14 bis, con diversos derechos sociales, y recientemente se ha incorporado a continuación un capítulo con nuevos

(\*) Notas básicas del Seminario que sobre el tema dictó el autor en el Departamento de Derecho Privado General de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Palermo (Italia).

(\*\*) Investigador del CONICET.

El autor agradece la colaboración de la profesora doctora Noemí L. Nicolau en la búsqueda de material jurisprudencial.

(1) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 446 y ss.

(2) Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.

derechos y garantías. Entre éstos cabe mencionar el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y el deber de preservarlo (art. 41). También vale destacar que el inciso 22 del artículo 75 otorga jerarquía constitucional a **pactos, convenciones y declaraciones** internacionales diversos, referidos a los derechos humanos.

3. Otras reglas de protección de la persona, que constituyen el núcleo tradicional de la referencia al tema, surgen del **Código Civil**. La protección se otorga a incapaces de hecho, inhabilitados y ausentes, aunque en este caso parece referirse más al patrimonio que a la persona. El amparo se relaciona con la imposibilidad de la persona de ejercer debidamente sus derechos y obligaciones por actos propios, sobre todo por inmadurez.

Según el artículo 54 tienen incapacidad absoluta 1) las **personas por nacer**; 2) los **menores impúberes**; 3) los **dementes**; 4) los **sordomudos** que no saben darse a entender por escrito.

Conforme al artículo 126, en el texto que le dio la ley 17.711 -de 1968- son menores las personas que no hubiesen cumplido la edad de veintiún años, y de acuerdo con el artículo 127 son menores impúberes los que aún no tuvieran la edad de catorce años cumplidos, en tanto son menores adultos los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos.

El artículo 128 dispone que desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral, y el menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización (3).

El artículo 131 establece que los menores que contraen matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con ciertas limitaciones y que los menores que hubieren cumplido 18 años podrán emanciparse por habilitación de edad con su consentimiento y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad. Si se encontraran bajo tutela, podrá el juez habilitarlos a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. Entre la habilitación de los menores que maduran más rápidamente y su maduración hay correspondencia por "afinidad", mas entre la emancipación de los menores que contraen matrimonio y éste hay sólo correspondencia por "atracción" de la figura matrimonial.

Para conocer el régimen de los menores adultos vale tener en cuenta principalmente los artículos 55 y 282 a 286 (reformados por ley 23.264, de 1985). El primero legisla que los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar. De los artículos 282 a 286 surgen sus relativas posibilidades de contratar y de defender judicialmente sus derechos y sus facultades de reconocer hijos y testar (4).

Aunque todo el Derecho **Penal** está muy orientado a la protección, cabe tener especialmente en cuenta el artículo 12 del Código de esa materia, según el cual la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal de acuerdo a la índole del delito. El penado queda sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

(3) También hay que tener en cuenta las reglas de autorización para ejercer el comercio contenidas en el Código de Comercio.

(4) En relación con el tema puede tenerse en cuenta por ej. LLAMBIAS, Jorge Joaquín (dir), "Código Civil anotado", Bs. As., Abeledo-Perrot, t. I, 1978, págs. 273/274.

Para muchos este artículo se refiere a la capacidad de hecho, por la imposibilidad de ejercer adecuadamente los derechos y obligaciones por actos propios. Sin embargo, la posibilidad de prolongación más allá de la privación de la libertad arroja dudas acerca de esta interpretación.

Vale recordar que la ley 17.711 agregó el artículo 152 bis que en su momento significó un importante cambio en la filosofía del Código. De acuerdo a sus disposiciones podrá inhabilitarse judicialmente: 1) a quienes por **embriaguez habitual** o **uso de estupefacientes** estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2) a los **disminuidos** en sus facultades cuando, sin llegar al supuesto de demencia, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; 3) a quienes por la **prodigalidad** en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener la inhabilitación de este último punto sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador el inhabilitado no podrá disponer de sus bienes por actos entre vivos. El inhabilitado podrá otorgar por sí solo actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

El Derecho argentino conoce las instituciones tradicionales de protección de la **patria potestad**, la **tutela** y la **curatela**. Conforme al texto que dio al artículo 264 del Código Civil la ley 23.264, la patria potestad es básicamente ejercida por el padre y la madre. La patria potestad se extingue normalmente por la mayoría de edad, pero también, de acuerdo al artículo 307 (texto ley 23.264), el padre o la madre quedan privados de la patria potestad 1) por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo; 2) por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero; 3) por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia. De acuerdo con el artículo 59, a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el ministerio de menores. También como institución de protección cabe tener en cuenta la **adopción**, contemplada en la ley 19.134.

4. El artículo 1071 bis, introducido en el Código Civil por ley 21.173 -de 1975- dispone en relación con los “derechos personalísimos”: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico

del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación” (5).

5. Una característica que diferencia al Derecho argentino respecto del italiano es la existencia de la diferenciación entre menores impúberes y menores adultos. Aunque la distinción ha sido criticada en el país rioplatense (6) señalando que tiene escasa significación porque las dos categorías quedan reguladas por los mismos principios y sometidas a una condición general de incapacidad y porque el régimen de cambio sería gradual, de acuerdo con lo conversado con juristas peninsulares puede resultar útil que se discuta en el marco italiano la conveniencia o inconveniencia de utilizar tal categorización básica.

6. En el Derecho Internacional Privado la protección de la persona se rige en general por el Derecho de su **domicilio**, aunque está ganando consideración la ley de su **residencia habitual** y también se utiliza la ley de la residencia para las medidas urgentes. Se asegura, por vía convencional, la restitución de menores, en trámites de fuerte apoyo administrativo, y se tiende a reprimir el tráfico de menores, tema éste sobre el cual versa una reciente Convención de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado realizada en Méjico (Cidip V).

#### **b) Dimensión sociológica**

7. En el marco jurisprudencial, cabe recordar por ejemplo que respecto de **menores adultos** se ha dicho, en el caso “Pereira, Mabel B. c. Ritiro, Pascual y otro” (Suprema Corte de Buenos Aires, 26-6-1990, “El Derecho”, t. 140, págs. 237 y ss.) que el principio de incapacidad que gobierna el régimen de los menores adultos cesa respecto de aquellos actos que las leyes les autoricen celebrar y para los cuales, por lógica consecuencia, son capaces (arts. 55, 126, 127, 129 y conc., Código Civil).

En cuanto a **inhabilitación**, se ha declarado en el caso “F., E.M.” (Cámara Nacional Civil, sala H, 4-10-1989, en “La Ley”, 1990-B, págs. 103 y ss.) que la misma constituye la realización ordenada de la idea de asistencia, que es esencialmente apropiada para los casos en que el sujeto, si bien dotado de discernimiento para la generalidad de los actos, ostenta fallas indudables en algunos aspectos; de ahí que resulta suficiente someter al inhabilitado al contralor de un curador sólo en esos aspectos determinados. El régimen de inhabilitación o de semicapacidad es el medio técnico escogido para suplir las deficiencias psíquicas de que adolecen ciertas personas, cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y, consiguientemente para su familia. Se ha establecido, asimismo, que la inhabilitación no constituye, en rigor, una incapacidad, sino que consiste en una limitación a la capacidad del afectado, en los términos y condiciones que resulten de la sentencia (“Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del personal del Banco de la Prov. de Bs. As. v. M. de S., I. F.”, Cámara Nacional Civil, sala C, 30-6-1989, en “Jurisprudencia Argentina”, 1993-II, pág. 125, síntesis).

(5) Acerca de los derechos personalísimos cabe tomar en consideración por ej. CIFUENTES, Santos, “Los derechos personalísimos”, Bs. As., Lerner, 1974; NICOLAU, Noemí Lidia, “Vida humana y Derecho civil. Exigencia y posibilidad de una teoría del negocio jurídico personalísimo en el derecho argentino, desde la perspectiva de los actos vinculados al principio y fin de la vida humana”, Santa Fe, tesis doctoral Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, 1990.

(6) Puede v. LLAMBIAS, op. cit., t. I, págs. 274/275.

Respecto de la **emancipación**, en el caso “Alvarez Iglesias, María C. c. Pérez de Muñoz, Dolores” (Cámara Nacional Civil, sala K, 10-4-1989, en “La Ley”, 1991-C, págs. 190 y ss., con nota de Gloria Hilda Arson de Glinberg) se ha indicado que el menor adquiere con su emancipación la capacidad plena propia del mayor de edad, pasando dicha capacidad a ser la regla y la incapacidad la excepción. Así, si bien es cierto que la capacidad del menor emancipado se encuentra limitada por las prohibiciones impuestas por los arts. 134 y 135 del Cód. Civil, una interpretación literal del texto legal permite concluir que estas restricciones y limitaciones rigen sólo para los menores emancipados por matrimonio, pero no para aquellos que lo han sido por habilitación de edad.

En cuanto al **artículo 12 del Código Penal** se ha dicho, en el caso “F., E. A.” (Cámara Nacional Civil, sala B, 29-9-1992, en “La Ley”, 1992-F, págs. 484 y ss.) que la circunstancia de que la curatela prevista en esa disposición se encuentra contemplada dentro de dicho cuerpo normativo no significa que deba atribuírsele a la figura carácter punitivo o represivo, como accesoria de la condena de prisión, sino que se trata de una incapacidad de hecho, regida por el derecho civil, que tiene por objeto evitar perjuicios en los bienes del condenado, o sea que tiende a su protección o asistencia, dado que como éste se encuentra privado de su libertad por un tiempo que el legislador estimó como relativamente prolongado, no se encuentra en condiciones de hacerlo por sí mismo. Es decir, reviste carácter o naturaleza tuitivo, tratándose de un supuesto particular de incapacidad de hecho limitada a determinados actos, sin afectar la capacidad jurídica general del sujeto. En el caso “Videla, Jorge R.” el dictamen del Asesor de Menores de Cámara había dicho: “Practicamente nadie sostiene hoy que la incapacidad de hecho que establece el art. 12 del cód. penal sea una condena accesoria de la pena privativa de libertad que se impone al condenado, porque si así lo fuera, entre otros supuestos, ésta debería mantenerse cuando el condenado recupera su libertad por los diversos motivos establecidos en la ley penal antes del vencimiento de la condena y ello no es así.” Agregaba el referido dictamen “La doctrina y la jurisprudencia se han encaminado definitivamente a sostener que esta limitación de la capacidad de hecho, como las restantes de la ley civil, tiene su fundamento en la protección del incapaz o sea que no es una medida sancionatoria sino tuitiva.” (Cámara Nacional Civil, sala D, 6-2-1989, en “El Derecho”, t. 137, págs. 292 y ss., con nota de Alicia Josefina Stratta).

Respecto de la **patria potestad** se ha establecido en el caso “B., B. c. C.H., V.” (Cámara Nacional Civil, sala F, 30-5-1990, en “La Ley”, 1991-C, págs. 198 y ss.) que si bien el Estado posee un control sobre la forma en la que los padres ejercen su autoridad y decisión respecto del destino de sus hijos, su intervención se debe limitar a aquellos casos en los que la conducta de los padres exige su actuación para preservar el orden público y proteger a los menores. La potestad del poder jurisdiccional del Estado para sustituir a los padres en el ejercicio de los derechos que les son inherentes, sólo se justifica cuando hay elementos que manifiestamente se revelan como peligrosos para los menores. En el caso “T., M. E. c. S., H. A.” (Cámara Nacional Civil, sala J, 28-11-1991, en “La Ley”, 1992-E, págs. 373 y ss.) se dijo que la designación de un asistente social para la realización de un informe socio ambiental con referencia a la situación de los menores, aparece como una intromisión no justificada en la temática referida a la autoridad de los padres, cuando sin razones que la apoyen, a los ojos de los hijos una persona ajena se

inmiscuirá menguando el poder de decisión que les está reservado a aquéllos. Sin perjuicio de las facultades que la ley concede a los jueces (art. 264, ter. Cód. Civil entre otros) a efectos de ser ejercidas en la oportunidad correspondiente, en tanto y en cuanto no se denuncie un abandono en el cuidado y educación de los hijos, o una pérdida de autoridad de los padres, no es aconsejable designar a funcionarios para que indaguen en la relación familiar.

Acerca de la **adopción**, en la especie “M., J.” se indicó que la finalidad de la ley 19.134 ha sido la de proteger a la infancia abandonada y preservar primordialmente el interés del menor a desarrollarse en el seno de una familia, donde sea destinatario de vínculos afectivos; la ley no conoce un derecho intangible de los padres respecto de su propia prole, cuando el interés de ésta resulta claramente comprometido en relación a otras alternativas más satisfactorias. Dentro de ese contexto, la ruptura del vínculo de sangre aparece como una consecuencia determinada por la voluntad legislativa de tutelar, por todos los medios posibles, tanto al adoptado, sujeto de la asistencia, como a aquéllos que lo asisten y que tienen el derecho de asistirlo y educarlo exclusivamente, sin la peligrosa interferencia de quien abandonó al menor y no cuidó de él por largo tiempo (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13-11-1990, en “La Ley”, 1991-B, págs. 470 y ss., con nota de Jorge Adolfo Mazzinghi; en “Jurisprudencia Argentina”, 1990-IV, págs. 574 y ss.; en “El Derecho”, t. 141, págs. 263 y ss., con notas de Germán J. Bidart Campos y Delia M. Gutiérrez)

En cuanto a los **derechos personalísimos** cabe tener en cuenta por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Claudia Graciela Saguir y Dib” (“Fallos”, 302, págs. 1284 y ss.) según la cual el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes es el derecho a la vida. Incluso se dijo que el peligro en la vida de una persona es de gravedad institucional y frente a ella no corresponde la interpretación rigurosamente literal de la ley. Asimismo vale considerar el caso “Aldama, Angel c/Souvenir Publicidad S. R. L. y/u otro” (Cámara Nacional Civil, sala C, 22-4-1981, en “La Ley”, 1981-D, págs. 444 y ss., con nota de Jorge Mosset Iturraspe) en que se condenó al pago de una indemnización y a publicar el fallo ante una publicación falsa que, en sentido de broma, se hizo de la muerte del actor.

Acerca de la **restitución de menores** en el ámbito internacional, en la especie “P. H., M. C. c. N. L., E. A.” (Cámara Nacional Civil, sala B, 26-9-1989, en “La Ley”, 1991-A, págs. 323 y ss., con nota de Alicia M. Perugini de Paz y Geuse y Raúl Alberto Ramayo) se dijo que la carencia de previsión expresa en nuestra ley positiva respecto de las medidas a adoptar para el caso permite utilizar como pauta orientadora las prescripciones del Convenio que sobre la materia se suscribiera con la República Oriental del Uruguay en la ciudad de Montevideo el 31 de julio de 1981 y aprobado por ley 22.546.

8. Para comprender los “repartos” del régimen de protección de la persona y reconocer si sus normas son fieles y exactas hay que apreciar: a) a quiénes se protege; b) quiénes protegen; c) qué se protege; d) cómo se decide la protección y e) qué razones están presentes.

En el primer aspecto, o sea a **quiénes se protege**, en primer término se encuentran los



habitantes en general a los que se refiere la Constitución Nacional, los incapacitados, los inhabilitados y los titulares de los derechos personalísimos. Sin embargo, también cabe reconocer la protección que se brinda a los familiares, principalmente en la inhabilitación del pródigo, y el conjunto de la sociedad cuando cualquier persona del pueblo puede pedir la declaración de demencia de un demente furioso o que incomode a sus vecinos.

En cuanto a **quiénes protegen**, ocupa un lugar muy destacado la familia, aunque el gobierno lo hace a través de órganos muy diversos como el constituyente, el legislador, el juez, el ministerio público y también interviene la comunidad en general. La protección puede tornarse agresiva como, según algunos, habría ocurrido con el amparo que la hermana de Nietzsche habría producido sobre este loco genial al falsificar escritos que se le atribuyen (7).

Acerca de **qué se protege**, es importante tener en cuenta, desde un punto de vista básico, que en la realidad las particularidades de las personas a proteger son infinitas. Vale recordar que un menor o un demente pueden ser superdotados para la creación, como Mozart (8) o Van Gogh (9). A menudo cabe preguntarse cómo proteger a un genio evitando frustrar su genialidad. ¿Podría el padre de Mozart haberle impedido legítimamente que estudiara o creara música?

Para reconocer el objeto de la protección conviene adelantar algo de lo que diremos en cuanto a los valores. Aunque el marco constitucional resguarda las posibilidades de personalización fundamentales, en el Derecho Civil se amparan en general las posibilidades de la persona protegida de realizar la **salud** y la **verdad** para la **utilidad**, como ocurre con los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y los drogadictos. También se amparan la realización del **amor** y la **utilidad** en el pródigo y de cierto modo la **verdad** y la **utilidad** en el penado. Los derechos personalísimos resguardan, en cambio, la **dignidad** y el **misterio** último de la condición humana.

Respecto a **cómo se decide** la protección se advierte la preocupación por dar audiencia a las personas protegidas, aunque quizás la conciencia contemporánea exija una creciente atención a la voluntad de ellas que el Derecho Positivo no alcanza todavía a consagrar.

En cuanto a las **razones** de los repartos protectores, es notorio que los menores impúberes realizan por sí mismos contratos de reducido valor que la comunidad considera plenamente razonables, al punto que puede decirse que hay una costumbre contraria a la ley, que debe prevalecer sobre ella.

La protección de la persona se resuelve en general con **repartos autoritarios**, que como tales realizan el valor poder, pero dentro de tales repartos hay marcos para la posible autonomía que satisface el valor cooperación. Asimismo el amparo suele responder a una planificación gubernamental que cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad, aunque -como ya señalamos- mucho depende de la razonabilidad social y de la consecuente ejemplaridad que satisface el valor solidaridad.

En materia de protección de la persona hay frecuentes **límites necesarios** surgidos de la naturaleza de las cosas, por ejemplo en cuanto a los llamados "derechos sociales" que consagra el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que a menudo no se pueden cumplir. Asimismo es destacado el fracaso en cuanto a la protección real de menores de escasos recursos, llamados

(7) Al respecto cabe recordar v. gr. las investigaciones de Karl Schlechta. Acerca de la vida del filósofo-poeta puede tenerse en cuenta por ej. FRENZEL, Ivo, "Nietzsche", trad. Rosa Pilar Blanco, Barcelona, Salvat, 1985.

(8) Vale recordar no obstante que la niñez de Mozart suele ser descrita como un período encantador (por ej. LARRAN de VERE, A., "Grandes Músicos", Bs. As., Allántida, 1947, págs. 17 y ss.).

(9) Puede v. por ej. FRANK, Herbert, "Van Gogh", trad. Mercedes García de las Heras y Brigitte Meyer, Barcelona, Salvat, 1985.

a menudo los “chicos de la calle”. Tal vez podría decirse que el amparo sólo funciona relativamente bien cuando no se trata de sectores marginales. Además, la fuerza de las inclinaciones psíquicas y de la realidad económica hace que las restricciones a la capacidad de los menores impúberes para realizar pequeños contratos, a las que nos hemos referido, sean dejadas de lado. En estos sentidos las normas son con frecuencia inexactas.

En el régimen de protección del Derecho argentino hay una posible carencia de norma por novedad científico técnica en el caso del **embrión** no implantado, que tiene necesidad de un régimen especial, y una carencia por novedad jurídica de carácter sociológico en cuanto a la situación de los **ancianos** marginados por sus familias.

### c) Dimensión dikelógica

9. Según ya indicamos, a menudo la protección de la persona significa la búsqueda de que la falta de un valor como la **salud** o la **verdad** no dificulte la realización de los valores **utilidad** y **justicia** y, en definitiva, tampoco la satisfacción del valor **humanidad**. Sin embargo a veces, con el importante ejemplo de la escasa protección que pueden brindarse a los derechos sociales y en particular a los menores, se evidencia la falta de integración entre la utilidad y la justicia. Los derechos personalísimos tienden a evitar que los valores inferiores, como la verdad y la utilidad, se subviertan contra el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser).

Toda la protección de la persona requiere importantes despliegues de realización del valor **amor** y en definitiva ha de coadyuvar a la satisfacción del más alto valor a nuestro alcance que es la **humanidad**. En nuestro tiempo, la protección de la persona suele reflejar la **crisis axiológica** que lleva a preguntarse con especial intensidad qué es y debe ser la persona y con qué títulos se puede intervenir para protegerla.

El amparo de la persona suele significar el recurso a clases de justicia (vías para su descubrimiento) muy difíciles de admitir en nuestros días. La protección se basa mucho en la justicia **extraconsensual**, con **acepción** (consideración) de personas, **asimétrica**, **dialogal** y **espontánea**, mas en esta época son más fáciles las referencias a la justicia consensual, sin acepción de personas, **simétrica** (porque todo lo simetriza la moneda), monologal y conmutativa. El resguardo de la persona se apoya en la justicia “**parcial**” o en la justicia gubernamental, pero tiene siempre fuerte significado sectorial. A veces es justicia de participación porque resguarda el patrimonio familiar y no sólo justicia de aislamiento.

En ciertos casos, como en la incapacidad y en los derechos personalísimos, se tiene en cuenta que el complejo real no sea indebidamente fraccionado, haciendo que la superficie prevalezca sobre el fondo. Se procura resguardar la profundidad de la persona. En la falta específica de capacidad por escasa edad hay una relación fuerte con las influencias del futuro, que suele resolverse en términos de fraccionamientos del complejo temporal estableciendo líneas fronterizas generales del tiempo de incapacidad, pero también deben producirse desfraccionamientos de este complejo a través de la emancipación y la habilitación. La aceleración de la historia suele llevar al acortamiento de la minoridad. Es mucho lo que debe hacerse para proteger a la ancianidad y su carga de influencias del pasado y su limitado porvenir. En la

inhabilitación del pródigo suele atenderse en especial al complejo personal de la familia y a las consecuencias. En la emancipación por matrimonio la legitimación proviene de las influencias que ejerce el reparto matrimonial.

La protección se resuelve con frecuencia según **criterios generales orientadores**, pero en verdad se trata de casos en que las **valoraciones** completas suelen resultar especialmente necesarias. ¿Cómo pueden resolverse con criterios generales orientadores la patria potestad de un niño semejante a Mozart o la curatela de un loco parecido a Van Gogh?. ¿Cómo ignorar que de alguna manera todo niño puede ser y en cierto sentido es un Mozart o que de cierto modo todo loco puede ser y en cierto modo es un Van Gogh?. Sin embargo, por otra parte ¿en qué medida puede atenderse a las particularidades de los casos sin caer en una arbitrariedad injusta?.

A lo ya referido respecto de la crisis axiológica actual, cabe agregar que la **protección de la persona** significa que la misma se halla en una **situación crítica** y hay que averiguar en qué consiste esa crisis, pero en nuestros días, de crisis de la misma noción de sujeto, todos y ninguno deberíamos tener protección.

Siempre, pero en este tiempo con particular intensidad, cabe preguntarse con qué **títulos** puede legitimarse la sujeción de una persona respecto de otra, aunque sea con fines de protección. Como ya dijimos, la protección suele producirse autoritariamente y este tipo de solución requiere a menudo la legitimación **aristocrática** surgida de una superioridad moral, científica o técnica. Al interrogarse sobre los valores en que puede apoyarse la aristocracia protectora ocupa un lugar destacado el amor que suele reinar en el marco familiar, pero también hay que tener en cuenta v.gr. la calidad científica que satisface la verdad. También puede haber una legitimación **criptoautónoma** si se coincide con lo que la persona protegida querría en caso de poder resolver. Esta criptoautonomía es en nuestro ámbito uno de los títulos más importantes, de modo que constantemente hay que interrogarse sobre la posible voluntad de la persona protegida. Asimismo debe haber **infraautonomía** surgida del consenso democrático de la sociedad. Ante la crisis de los fundamentos legitimantes de la protección, hoy urge la **confluencia equilibrada** entre padres y familiares en general, maestros, constituyentes, legisladores, jueces, asistentes sociales, etc.

La protección a la persona debe resguardar las potencias de la **salud**, la **propiedad**, la **creatividad**, la **privacidad**, etc. y ha de producirse en un **proceso** en que se otorgue la máxima audiencia a los interesados, sobre todo a los protegidos.

El amparo de la persona ha de hacerse en términos **humanistas**, que han de tomarla como fin y no como medio. Se trata a menudo de un humanismo **intervencionista** (o sea de tipo “paternalista”), pero siempre se corre el grave riesgo de que la persona sea tomada como medio, es decir de que haya totalitarismo. Hay que cuidar que en vez de protección no haya dominación. Por otra parte, hay que procurar que el humanismo intervencionista esté siempre, como corresponde, dispuesto a ceder ante el humanismo abstencionista en que la persona elige su propia personalización y su propia protección.

Todo hombre es único, igual y parte de una comunidad y la protección debe producirse en esos marcos. Cuando impera la igualdad los criterios de emancipación son menos frecuentes. Si prevalece la unicidad impera la solución liberal de no inhabilitar al pródigo; si predomina la

comunidad se opta por la solución más social de inhabilitarlo.

En definitiva, la protección de la persona es una parte del complejo de protección del individuo contra todas las amenazas: respecto de los demás como individuos y como régimen, contra sí mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). Sobre todo se hacen notorios aquí los sentidos de resguardo contra sí mismo y lo demás. Hay que amparar incluso contra la protección, por ejemplo, contra padres, tutores, curadores, etc. y frente al propio gobierno que realiza esa protección secundaria. La familia es en general la protectora más calificada y además suele tener derechos respecto de los protegidos, pero el siglo XIX y el siglo XX fueron tiempos en que resultó dramáticamente significativo el amparo respecto de ella, por ejemplo ante las condiciones de sometimiento de la mujer y el menor. ¿Quién puede olvidar las situaciones de “Madame Bovary” y de “Casa de muñecas” o el clima de “Ana Karénina”? ¿Cómo podría desconocerse la triste vida de “David Copperfield”? Sin embargo, la propia literatura de la época se encargó de dar testimonios de la importancia del amparo familiar en “Las aventuras de Oliver Twist” o en “Sin familia”.

### **III. La protección en la Teoría General del Derecho**

10. Todas las ramas del Derecho confluyen en la protección: así ocurre con el Derecho Constitucional, cada vez más con el Derecho Internacional -Público y Privado-, el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, etc. Un lugar destacado tiene el Derecho de Menores. También, con miras a la protección de la persona en los ancianos, hay que reconocer la necesidad del Derecho de la Ancianidad.

### **IV. Horizontes de Historia del Derecho y Derecho Comparado**

11. Cada cultura tiene su propio estilo de protección de la persona. Los períodos de “cultura” en sentido estricto (axiológicamente más fuertes) tienen más firmeza al respecto, en tanto los de “civilización” adoptan soluciones más débiles. Por ejemplo, en la época de “cultura” de la Edad Media, signada por una gran pretensión de santidad, había, un fuerte sentido de la protección contra el propio pecado. En la Edad Moderna y en la Edad Contemporánea, con crecientes referencias a la salud, la justicia y la utilidad, hubo más desarrollo del amparo contra el propio caer en la locura y el delito. En nuestro tiempo de “civilización” profundamente utilitaria mucho es lo que se duda respecto de la protección y un tema de gran discusión es el amparo contra uno mismo respecto del consumo desviado en la drogadicción. En otras épocas se pensó más en proteger a mayores, hoy el centro del interés se ha desplazado de cierto modo al resguardo de menores y jóvenes, en parte porque no tenemos firmeza axiológica para intervenir en adultos y porque la familia, incluyendo la relación paterno-filial, está en crisis.

En el marco general, si en otros días fue especialmente intensa la necesidad de amparar contra los gobiernos, hoy es muy grande la exigencia de resguardar contra la sociedad de consumo.

En Occidente la especial tensión de la inserción personal en la sociedad se manifiesta en

una particular tensión de la protección de la persona. En **América Latina**, región donde tanto hay que hacer para proteger a la niñez del abandono, se agrega a su vez, en gran medida como resultado de la dependencia cultural, la necesidad de ampararla contra la drogadicción. Se acumulan así las carencias de la pobreza y los desvíos de la riqueza (10).

(10) En relación con el tema abordado y en especial con los derechos personalísimos puede v. por ej. MESSINETTI, Davide, "Personalità (diritti della)", en "Enciclopedia del Diritto" (Giuffrè), t. XXXIII, págs. 355 y ss. También c. v. gr. STANZIONE, Pasquale, "Capacità I) Diritto Privato" y AS. VS., "Minore" en "Enciclopedia Giuridica" (Istituto della Enciclopedia Italiana); asimismo BUSNELLI, Francesco Donato, "Capacità ed incapacità di agire del minore", en "Il Diritto di Famiglia e delle persone", año XI, 1982, págs. 54 y ss.; GIORGIANNI, Michele, "In tema di capacità del minore di età", en "Rassegna di diritto civile" dirigida por Pietro Perlingieri; CENDON, Paolo (ed.), "I bambini e i loro diritti", Bologna, Il Mulino, 1992. Además puede tenerse en cuenta la edición Dalloz "Code Européen des Personnes", París, Dalloz, 1994. Asimismo es posible v. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil - Parte General", t. I, 6a. ed., Bs. As., Perrot, 1980; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil - Parte General", 7a. ed., Bs. As., Perrot, 1980; SALAS, Acdeel Ernesto, "Código Civil y leyes complementarias anotados", t. I, 2a. ed., 6a. reimp., Bs. As., Depalma, 1984.

## ¿IMPOTENCIA DE LA UTILIDAD? (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

Entre las conquistas de los últimos siglos están el avance en el reconocimiento de la importancia de la utilidad y el gran desarrollo que se ha logrado en sus realizaciones. El desenvolvimiento del capitalismo ha correspondido a una inimaginable producción de riqueza y entre sus logros más elogiables figuran la superación de numerosos prejuicios y muchas de las condiciones que permitieron la gran prolongación de la duración de la vida. Hoy, debajo de una superficie plural y segmentada, que parece dar juego al diálogo de diversos valores, es la utilidad el valor que en profundidad caracteriza al **monólogo cultural** de este tiempo, de la llamada "postmodernidad". Sin embargo, la utilidad se muestra impotente para orientar la vida.

La referencia excluyente a la utilidad tiende a hacer que los hombres valgamos sólo en relación con nuestra participación en los procesos económicos. Con prescindencia de nuestras realizaciones de los valores verdad, belleza, justicia, amor, santidad, etc. y de nuestra siempre innegable satisfacción mínima del valor humanidad -entendido como deber ser cabal de nuestro ser- con demasiada frecuencia somos estimados sólo en relación con nuestra participación en la **producción, la distribución** y, sobre todo, el **consumo**. Así puede comprenderse, por ejemplo, la reiterada marginación de los ancianos e incluso de los niños, en cuanto no produzcan ni consuman. Vale recordar que uno de los grandes precursores del espíritu de nuestro tiempo, el conde de Saint-Simon, dividió a los hombres en "útiles" e "inútiles".

En la búsqueda de la utilidad los hombres de nuestros días avanzamos muchas veces por la senda de la **alienación**, vendiendo nuestros otros valores y nuestra propia identidad con miras a una ilusoria satisfacción de necesidades falsas, a menudo fabricadas de manera tramposa para adueñarse de nuestras vidas. La ciencia, el arte, el derecho, la religión, etc. se transforman en productos de consumo de un hombre fabricado para consumir, que suele no comprender que al cumplir con ese rito se está "consumiendo" a sí mismo.

Con frecuencia el hombre de estos días, ansioso de utilidad, consume apresuradamente información que lo aparta de la realidad y de la verdad. La ciencia queda en muchos casos prisionera de la técnica, siguiéndola por los caminos del lucro y llegando a jerarquizar sus investigaciones sólo por su utilidad inmediata. La filosofía se superficializa y se disuelve. Nuestro hombre medio es un ser egoísta, cerrado en su propia utilidad y, en consecuencia, es incapaz de sentir y realizar la justicia y de amar al prójimo, con lo que al fin empobrece el amor

(\*) Homenaje del autor a la memoria de su abuelo Salvador Ciuro por su clara comprensión de los valores no utilitarios.

(\*\*) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

a sí mismo. La utilidad, que significa la realización de medios para el logro de fines, gira alocadamente tratando de reemplazar con medios los fines de otros valores que existen cada día menos.

Los hombres de nuestro mundo utilitario somos seres **divididos** en múltiples roles, de comprador, vendedor, patrón, obrero, etc., con los que se oculta y destruye el sentido de unidad última de la persona. Para estos hombres fraccionados son imposibles el verdadero compromiso y la profunda solidaridad.

Todo valor sirve como criterio de **selección**, pero por sí sola la utilidad no alcanza a brindar los criterios selectivos que den curso a una verdadera aristocracia caracterizada, como tal, por una superioridad moral, científica o técnica. La eficiencia se desorienta e incluso se degrada. No sin motivo, uno de nuestros grandes poetas populares cantó con dolor la mezcla utilitaria de la vida, que le pareció convertida en un gigantesco cambalache. Esto no significa que nuestro tiempo sea democrático, porque ante la infinita complejidad de los valores humanos todo valor unilateralizado es sendero del **privilegio**.

En el curso del desborde de la utilidad se cae en una **corrupción** generalizada, que colma e incluso destruye nuestras aptitudes de asombro e indignación. Es posible que ahora tengamos la fortuna de que se conozcan casos de corrupción que antes quedaban ocultos, pero creemos que ellos son más frecuentes porque cuando nada vale realmente al fin “todo vale”.

La expansión de la utilidad deteriora las diversidades humanas. Patrimonios culturales milenarios, desestabilizados por el ingreso del afán de lucro, se destruyen irreversiblemente, produciendo un enorme “**daño antropológico**” del que poco se habla. La búsqueda de la utilidad ha puesto en peligro también el patrimonio ambiental, generando situaciones de “**daño ecológico**”, respecto de las cuales parece que sí hay una saludable reacción.

Escapando a la tristeza de una civilización rica, pero empobrecida en profundidad, la humanidad de estos días ingresa a menudo en el sendero falso de la drogadicción y, para brindar satisfacción a esa **evasión**, se desarrolla el narcotráfico. Con el pretexto de destruir el mundo de la utilidad e incluso a veces invocando su defensa se llega a la **violencia** y en relación con ella se desarrolla el comercio de armas. Los instrumentos de destrucción puestos en manos de pueblos sumidos en la miseria producen matanzas gigantescas, respecto de las cuales pareciera que no hay más remedio que adormecer la sensibilidad para que no estalle. La ambición y la pobreza contribuyen a que la **inseguridad** se adueñe de la experiencia cotidiana de una humanidad débil para enfrentarla.

Todos los valores aislados son impotentes y peligrosos, pero hoy hay que estar especialmente en guardia contra el monólogo de la utilidad. Si sabemos reconocer en su debida medida las causas de los males sin incurrir en los males que surgirían de la mera inversión de nuestra preferencia utilitaria, estaremos en condiciones de superarlos. Sin utilidad seríamos impotentes, pero también lo somos sólo con ella. Sería suicida renunciar a la utilidad, mas también lo es permitirle que se arroge los lugares que corresponden a otros valores.

Cuando ya se caracterizaba el mundo de nuestros días, Goethe nos habló de un “**aprendiz de brujo**” que produjo un instrumento que luego no supo controlar, superando su difícil situación sólo por el retorno del mago de quien había aprendido el hechizo. El mago es en este

caso el propio ser humano que, sin retornos indeseables e imposibles, debe reconocer en él mismo la senda para la superación.

Para que la utilidad desarrolle todas sus potencialidades hay que reconocer la humanidad de lo verdaderamente útil. Tal vez haya que estimar la **“utilidad” de lo “inútil”**, la utilidad de lo simplemente verdadero, bello, justo, amoroso, santo, etc. y, en definitiva, el valor de lo humano. Vale expresarlo una vez más: la economía hace grandes aportes a la plenitud de la vida, mas los problemas de ésta no pueden resolverse acabadamente si se los considera sólo desde el punto de vista económico y se los aparta del problema general de la cultura.



# **TENSIONES EN LA CONDICION DE LOS MENORES**

## **(La identidad, entre pasado y porvenir - Las cuestiones vitales y la vida cotidiana - Los derechos políticos y la incapacidad de Derecho Privado) (\*)**

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. Cada perspectiva de la teoría trialista del mundo jurídico puede ser utilizada para comprender los alcances de nuestra vida (1). Así, por ejemplo, es posible entender la vida humana según el grado de conducción repartidora o de distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar que se reconozcan en ella; conforme a la mayor autoridad o autonomía que intervengan en su desenvolvimiento; en atención a la aristocracia o la autonomía en las decisiones, etc. Una de esas perspectivas trialistas, que nos parece muy enriquecedora, es la que se refiere a los sentidos de la “pantomía” (pan=todo, nomos=ley que gobierna) de la justicia (2). La dikelogía goldschmidtiana integrada en la teoría trialista evidencia que el material estimativo de la justicia es la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras y su desarrollo evidencia, por ejemplo, un complejo temporal, otro personal y otro real (3).

En este caso hemos de utilizar los despliegues de **pasado, presente y porvenir** y de los **complejos temporal y real** para reconocer las tensiones especiales que se evidencian en la condición de los menores. El despliegue del pasado ha de servirnos para apreciar el derecho a la **propia identidad**; el complejo temporal ha de mostrarnos la posibilidad de distinguir sin escindir las **cuestiones cotidianas** de las **vitales** y el complejo real nos llevará a la necesidad de integrar la **incapacidad de Derecho Privado** con los **derechos políticos** (4).

### **D) La identidad, entre pasado y porvenir**

2. La problemática de la identidad personal -o sea del conjunto de circunstancias que distinguen a una persona de las demás- es siempre muy profunda. En un sentido **amplio**, el

(\*) Partes básicas de una investigación realizada a través de una estadía de estudio del Centro Nazionale delle Ricerche (CNR) en el Dipartimento di Diritto Privato Generale de la Università di Palermo.

(\*\*) Investigador del CONICET. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) En relación con la teoría trialista del mundo jurídico, elaborada dentro de la concepción tridimensional del Derecho, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “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; “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976.

(2) Respecto de la pantomía de la justicia puede c. v.gr. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 390 y ss. y 401 y ss.

(3) Hemos planteado una reordenación de los sentidos de exposición de la pantomía de la justicia diferenciando por una parte los sentidos de pasado, presente y porvenir; por otra lo que proviene del mismo reparto (que en cuanto al pasado es antecedente) y lo que proviene de otros repartos y en cada aspecto la individualización de las consecuencias y el complejo personal, temporal y real.

(4) Respecto de la noción de persona pueden c. v.gr. distintos estudios de “Archives de Philosophie du Droit”, tomo 34 y TRIGEAUD, Jean-Marc, “Persona ou la justice au double visage”, Genova, Studio Editoriale di Cultura, 1990.

hombre va encontrando su identidad a través de una complejidad de **pasado, presente y porvenir**. Esa complejidad puede disolverse de una manera “impura” en la que los momentos se entremezclan y también puede mutilarse en pretendidas simplicidades que aíslan el presente, el pasado y el porvenir, pero sólo se plantea legítimamente cuando los tres momentos se integran en una relación equilibrada. Cada época presenta una identidad diversa, y así, por ejemplo, la ancianidad tiene una mayor carga de pasado, en tanto la niñez posee un mayor significado de porvenir. Sin embargo, en sentido **limitado** la identidad significa el permanecer “idéntico”, o sea a preservar el **pasado** propio, incluso anterior a la propia vida.

Dada la limitada conciencia personal, en la niñez los ataques contra la “identidad” en sentido limitado se hacen muy frecuentes y graves. Es más: a menudo se piensa erróneamente al niño como un ser meramente “futurizo”, sin pasado ni presente que valorar. Sin embargo, la juridicidad de nuestro tiempo ha puesto de relieve reiteradamente la importancia del derecho del niño a su identidad y así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (en nuestro país ley 23.849; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) obliga a respetar el derecho a preservar la identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (v. por ej. art. 8) (5). Esto no excluye, como es obvio, el derecho del niño al desarrollo, contemplado v. gr. también en la misma Convención (c. art. 27).

Aunque para reconocer la identidad se requieren enfoques multidisciplinarios con aportes antropológicos, psicológicos, etc., desde el punto de vista jusfilosófico puede decirse, por ejemplo, que la preservación de la identidad significa conservar integradamente el **pasado del complejo personal, el complejo temporal y el complejo real** en que la persona ha vivido. El complejo personal en cuanto a las comunidades familiar, regional, nacional, religiosa, etc.; el complejo temporal en atención a los momentos en que la persona fue concebida, nació, etc. y el complejo real respecto del marco natural, racial, etc. Una persona es en su familia, su región, su nacionalidad, su religión, su edad, su medio natural, su raza, etc., aunque dicha preservación ha de ser integrada en circunstancias que pueden requerir variaciones en algunos de estos aspectos.

El niño se caracteriza por las especiales posibilidades de apertura al “porvenir”, pero para que éste sea cabalmente tal ha de “venir” sobre el pasado y el presente. La adopción, la nacionalización, la conversión, etc. pueden ser cambios legítimos en esas circunstancias, mas para que sean integrados en la persona han de respetar en principio el derecho a la propia identidad.

(5) En cuanto a otras fuentes internacionales para la protección del niño es posible v. por ej. el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980), la Convención europea sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y el restablecimiento de la custodia de menores (1980), la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (1989), el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (1993) y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (1994). Acerca de la protección internacional de los menores es posible c. v. gr. CONETTI, Giorgio, “Le fonti internazionali”, en CENDON, Paolo (dir.), “I bambini e i loro diritti”, Bologna, Il Mulino, 1990, págs. 33 y ss. Respecto de la Convención de los derechos del niño puede v. por ej. nuestro trabajo “Convención Internacional de los Derechos del Niño. Su aplicación en el Derecho Interno argentino”, en “Investigación...” cit., N°22, págs. 13 y ss. (v. Nota salvando errata del título en este mismo número). En relación con la Convención Interamericana sobre tráfico de menores es posible tener en cuenta nuestro artículo “Dos nuevas convenciones de la CIDIP”, en “Investigación y Docencia”, N°23, págs. 17 y ss. Acerca de esta convención tratarán las próximas III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado.

## II. Las cuestiones vitales y la vida cotidiana

3. Nuestra vida abarca cuestiones “cotidianas”, que en principio no influyen en la existencia de nuestra persona como tal y cuestiones “vitales” que tienen tal influencia de manera directa (6). Los asuntos cotidianos pueden ser **recortados** en el tiempo; los asuntos vitales influyen en el **conjunto** de la vida, a menudo suceden en un instante, pero se difunden en el todo. No obstante, no se trata de compartimientos estancos: las cuestiones vitales suelen componerse de hechos cotidianos y al fin, en más o en menos, los dos niveles se influyen recíprocamente.

Para apreciar el grado de incapacidad que requiere la protección de una persona hay que distinguir las proyecciones cotidianas o vitales de los actos para los que se la incapacita, teniendo en cuenta, no obstante, la interrelación de lo cotidiano que llega a ser vital. Un ejemplo de la diferencia de nivel entre ambos tipos de cuestiones es la distinción que suele hacerse entre los actos de mera administración, que son más cotidianos, y los de disposición, que son más vitales.

En cuanto a la situación de los menores, la fuerza de la diferenciación entre asuntos cotidianos y vitales se manifiesta, por ejemplo, en la admisión consuetudinaria que tiene en la juridicidad argentina la validez de los contratos de muy limitada importancia, muy cotidianos, que realizan menores\*impúberes. Vale tener en cuenta que la única manera de lograr la maduración para cuestiones vitales es dar una creciente capacidad para las cuestiones cotidianas. El **equilibrio progresivo** que ha de lograrse entre la incapacidad y la capacidad, hasta lograr el imperio cabal de esta última, debe tender a que el menor sea cada vez más capaz de decidir su propia vida. Así, por ejemplo, el menor debe poder manejarse en la cotidiana compra de golosinas para luego estar maduro en la ya más vital compra de su vivienda. A veces, como en el Derecho argentino, la gradualidad en la maduración se manifiesta en categorizaciones especiales, como la de menores impúberes y “adultos” (7).

## III. Los derechos políticos y la incapacidad de Derecho Privado

4. Al declarar a una persona incapaz de hecho, en razón de su inmadurez, se suscita una línea de tensión, no sólo entre dicha incapacidad y la capacidad de derecho, que se otorga en razón de la dignidad, sino en relación con los derechos fundamentales que le corresponden desde el punto de vista político (8). Así, por ejemplo, una persona tiene derecho político a aprender, pero si es menor sus padres decidirán qué y cómo ha de aprender; una persona posee derecho político a la libertad de culto, mejor dicho a la libertad de conciencia, mas si es menor serán sus

(6) Puede c. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs.75 y ss.

(7) En cuanto a los niveles crecientes de capacidad de los menores es posible tener en cuenta por ej. CENDON, Paolo - GAUDINO, Luigi, “I problemi generali”, en CENDON, op. cit., pág. 26; BUSSANI, Mario y otros, “I diritti della personalità”, en CENDON, op. cit., págs. 53 y ss.

(8) En relación con la tensión entre los derechos políticos y la incapacidad de obrar del Derecho Privado pueden v. por ej. BUSNELLI, Francesco Donato, “Capacità ed incapacità di agire del minore”, en LOJACONO, Vincenzo (dir.), “Il Diritto di Famiglia e delle persone”, Milano, Giuffrè, págs. 54 y ss.; GIORGIANNI, Michele, “In tema di capacità del minore di età”, en PERLINGIERI, Pietro (dir.), “Rassegna di diritto civile”, Edizioni Scientifiche Italiane, págs. 103 y ss.; . También cabe c. en relación con los menores BONNET, Piero Antonio, “Minore I) Diritto Civile”, en “Enciclopedia Giuridica”, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990.

El artículo 2 del proyecto de ley sobre “Principi di tutela dei diritti dei minori” (Senato della Repubblica - XI Legislatura - N.1792) dice que debe asegurarse al menor, en cuanto sea compatible con su minoridad, el goce efectivo de los derechos y de las libertades constitucionales sin ninguna discriminación o limitación derivada de características raciales, sociales, religiosas, morales o derivantes de “handicap” relativas al menor mismo o a sus padres.

padres quienes resolverán sobre su formación religiosa, etc. Aquí el complejo real de la vida se limita y la **decisión**, real o supuestamente protectora, adquiere significado por la perspectiva de la vida **toda**. En la práctica el derecho a aprender es el derecho a aprender lo que los padres decidan; el derecho a la libertad de culto es el derecho a la libertad del culto que resuelvan sus padres, etc. El bien de la persona, en su conjunto, es representado por lo que se resuelve respecto de ella.

En esta tensión se evidencia a menudo la falta de ajuste entre dos partes del sistema jurídico, el **Derecho Público** y el **Derecho Privado**, que a veces son resueltas como si fueran compartimientos estancos. La incapacidad de Derecho Privado debe comprenderse a la luz de la jerarquía reconocida en el Derecho Público.

También aquí ha de ir resolviéndose la tensión de manera **gradual**, de modo que el menor pueda ir asumiendo desde su incapacidad el pleno ejercicio de sus derechos políticos fundamentales. Quizás no sea del todo legítimo que, por ejemplo, habilitemos para elegir el gobierno a quien no hemos preparado con amplitud para su autonomía en la decisión respecto de sus derechos fundamentales (9).

#### IV. Conclusión

5. Es obvio que los **fraccionamientos** de la justicia que se producen cuando sólo se tienen en cuenta el pasado o el porvenir, cuando únicamente se atiende a separar lo cotidiano de lo vital y cuando se mira con exclusividad a la incapacidad de obrar del Derecho Privado producen, como tales, **seguridad jurídica**. Sin embargo, la seguridad no es la justicia misma y para resolver legítimamente las tensiones en la condición de los menores y de los incapaces en general hay que correr a menudo el **riesgo** del desfraccionamiento, abriéndose a la integridad de las dimensiones del tiempo, del complejo temporal y del complejo real.

Las instituciones protectoras, por ejemplo la patria potestad, se apoyan sabiamente en el complejo personal que ubica a la persona en un conjunto humano mayor, como el de la relación paterno-filial. Sin embargo, este complejo personal no ha de excluir el desfraccionamiento de las consecuencias que han de recaer sobre la propia personalidad.

(9) Lo expuesto en el texto no debe hacer ignorar que el voto de los jóvenes aporta el sentido de la vida nueva y que de cierto modo su inmadurez puede estar neutralizada por el peso del voto de las otras generaciones.

## **“LA INTEGRACION O LA DESINTEGRACION DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN EL ESPACIO COMUNITARIO EUROPEO”**

Ada LATTUCA (\*)

.- Es sabido que los orígenes de la actual Unión Europea se remontarían a la época medieval, más precisamente a la organización del Sacro Imperio Romano Germánico en el que, a instancias del gobierno feudal, la cristiandad europea occidental se sometía al poder dual del Emperador y de la Iglesia. El surgimiento de los Estados Nacionales, cuando *eclosionó* la Edad Moderna suspendió los intentos de uniones comunitarias y los proyectos sobre esta idea se renovaron a razón del impacto de las dos hecatombes mundiales producidas en el siglo XX. Luego de la primera guerra mundial, Europa tomó conciencia de su disminuido protagonismo frente al surgimiento de los Estados Unidos y de la Rusia soviética que, a pesar de hallarse aún fuera de los foros internacionales se estaba convirtiendo en un poder gigantesco y amenazador. De allí que se iniciara la elaboración de una serie de planes, en general utópicos, dirigidos a producir un *renacimiento* de la añorada situación de predominio habida en años precedentes. Además, el ejemplo de la nación norteamericana quiso ser emulado hasta en la denominación aplicada a las nuevas instituciones políticas. Es así, como el conde austriaco Richard de Coudenhove Kalergi propuso en 1923, la formación de los *Estados Unidos de Europa* (1).

Casi una década después Phillippe Lamour lanzó su premonitoria frase: “Haced Europa o haced la guerra”.

Sobre los antecedentes mediatos de la Unión Europea (U.E.) existe un general reconocimiento hacia la actuación de dos estadistas, Robert Schuman ministro de Relaciones Exteriores de Francia y su colega Jean Monnet, quienes en 1950 elaboraron las bases programáticas para la construcción de una Europa unificada.

En realidad, éste fue un verdadero desafío económico y estratégico destinado a superar situaciones conflictivas entre Francia y Alemania por el abastecimiento de la producción siderúrgica y carbonífera, fundamental a las economías del continente. En virtud de ello, se creó la Comunidad del Carbón y del Acero -CECA- en 1951 cuyo Tratado constitutivo fue signado por la República Federal de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos(2).

(\*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) No obstante la claridad de conceptos emitidos por Kalergi su plan estuvo destinado al olvido. Seis años más tarde, el Ministro de Asuntos Exteriores de Alemania, Gustav Stresemann junto a su colega Aristide Briand, formuló un plan destinado a lograr la paz internacional y a olvidar los rencores surgidos a razón del tratado de Versalles. La Gran Depresión que por entonces castigó a importantes países del hemisferio quebró tal aspiración.

(2) Sobre el origen y desarrollo de la Unión Europea existe una amplia bibliografía. Se puede ver: MOLINA DEL POZO, Carlos F. “Manual de Derecho de la Comunidad Europea”, 2a. ed., Madrid, Trivium, 1990; IGLESIAS CABERO, Manuel, “Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo”, Madrid, Colex, 1989; BORCHARDT, Klaus Dieter, “La unificación europea”, 3a. ed., Bruselas, Serie Documentación Europea, 1990, del mismo: “El ABC del Derecho Comunitario”, Documentación Europea. Serie Periódico, Bruselas, 1991. También v. los Boletines editados por la Comisión de la C.E.

La dimensión económica de esta primera armazón comunitaria es evidente en sus objetivos fundamentales. En el mismo sentido, se firmaron los Tratados de Roma en 1957, que originaron la formación de la Comunidad Económica de la Energía Atómica y de la Comunidad Económica Europea - CEEA, o Euratom y CEE.

A medida que tales instituciones arrojaban un balance positivo, atraían la atención de otros países del continente, llegando a conformarse la Comunidad Europea de los Doce, merced a la participación de Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grecia, Portugal y España, y comenzaban a plantearse ante los organismos institucionales comunitarios las solicitudes de otros países deseosos de incorporarse al sistema como medio de lograr una recuperación o un desarrollo en el ámbito de sus economías (3).

- Es de destacar, que la Europa de los Doce, recogida en las cifras estadísticas con una población de alrededor de 380 millones de habitantes, la convertiría en el mercado común mayor del mundo. Sin embargo, en cada uno de los Estados miembros la distribución y concentración es muy dispar, así como la organización y funcionamiento de sus respectivos mercados de trabajo. Se calculaba para el año 1992 la existencia en la C.E., de una población activa (personas que trabajan o que desean trabajar) de 150 millones de personas, siendo las tasas de actividad muy desiguales según los países.

En Irlanda y en España se encuentran las más bajas, con un 37%, mientras que en Dinamarca se sitúa en el 57%. Las desigualdades emergentes de estos y otros índices, como ser el de la evolución demográfica, en general con una tasa de crecimiento por debajo de los porcentajes normales, agudizan la situación del mercado laboral con la presencia de una población joven, situada en la franja de la demanda de trabajo con una prestación de baja oferta del mercado.

Asimismo, el número de empleos en la industria descendió a porcentajes muy bajos, mientras que en el sector agrícola la disminución afectó a todos los países desarrollados motivada, casi exclusivamente, por la creciente mecanización del agro (4). Sólo en el área de servicios se produjo una creación de empleos, si bien es preciso indicar que una importante proporción la constituían empleos a tiempo parcial, de una estabilidad relativa y ocupados, preferentemente, por mujeres. En especial modo son las mujeres casadas quienes disponen de estos empleos: siete de cada diez, mientras que sólo ocupan dos de cada diez empleo a tiempo completo (5).

- (3) Actualmente la U.E. se enfrenta al problema de su ampliación, en especial después del Tratado de Maastrich. Siete países han solicitado su ingreso: Austria, Chipre, Finlandia, Malta, Suecia, Suiza y Turquía, sin contar los requerimientos en ese sentido emitidos por los nuevos estados independientes que integraban la antigua Unión Soviética.
- (4) En la CE, el número de empleos en 1987 descendió en la industria a 7,7 millones menos que doce años antes. En tanto que las industrias japonesas y americanas crearon, para el período, 1,2 y 4,1 millones de empleos, respectivamente. En la agricultura el descenso, si bien es marcado en la C.E. fue también padecido por Japón y Estados Unidos. La disminución se debió, aunque no exclusivamente, a la creciente mecanización del trabajo. V. "Europa en cifras", 2da. ed. Oficina de Publicaciones de las C.E., Luxemburgo, 1989. También v. las publicaciones de Eurostat.
- (5) El tema de la mujer y la discriminación aplicada en razón del sexo, resultan ser muy frecuentes pese a la normatividad explícita en contrario sensu. Salarios más bajos, jubilación anticipada, son algunos de los temas que afectan aún la situación de la mujer que trabaja. Rasmussen aporta en su libro una serie de sentencias del Tribunal de Justicia, sobre casos de discriminación directa e indirecta con el sexo femenino. V. RASMUSSEN, Hjalte, "La constitución de la Comunidad Económica Europea", Madrid, Trivium, 1990. El art. 119 T.CEE, establece que cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución para idéntico trabajo para hombres y mujeres. Posteriormente, tal precepto fue ampliado a temas como el acceso a los empleos, la formación profesional, etc. Pese a la cantidad de normas relativas al tema sólo han sido aplicadas cuatro de ellas con efecto vinculante. "Las disposiciones, ha expresado Molina del Pozo, han servido para que las mujeres puedan hacer valer sus derechos ante los Tribunales". La discriminación entre los sexos es una herencia difícil de ser erradicada, aún continúa con toda su fuerza y operatividad en desmedro de las mujeres y se manifiesta, "...dappertutto nel mondo contemporaneo, si affida più al costume, al sottile pregiudizio non scritto e trasmesso informalmente, che alla sanzione per legge anche dove norme religiose e culturali la formalizzano esplicitamente. Al contrario le pari opportunità tra i sessi costituiscono un obiettivo dichiarato di numerosi paesi che, tuttavia, questo è per noi il punto di effettivo interesse, nonostante ciò non riescono a realizzarlo", V. MELCHIONDA, Ugo "Proposta di un nuovo indicatore dello sviluppo: l'indicatore delle pari opportunità tra i sessi", en Affari Sociali Internazionali, anno XXII, n° 1, Milano, 1994, págs 57-58.

Resulta, además, preocupante el incremento de la cantidad de *parados* registrados anualmente. Las regiones cuya tasa de paro es más elevada se hallan ubicadas en los extremos norte; Irlanda del Norte, Escocia, Gales, norte de Inglaterra, y en el sur de la U.E.; España y sur de Italia. La situación se torna acuciante aún en las zonas con industrias tradicionales en crisis por el considerable porcentaje de sus *parados*. Ello implica un grave problema social al ser acompañado, en líneas generales, por el paro de larga duración, verdadera plaga social en el área de varios Estados Miembros (6).

- Un acontecimiento surgido a instancias del auge económico protagonizado por algunos de esos Estados, fue el acrecentamiento del proceso migratorio desde las zonas de menores recursos. El estudio efectuado por el Centro Studi Investimenti Sociali de Roma -Censis- en 1990, le otorga a estos desplazamientos la denominación de fenómeno "*magnético*" con un movimiento continuo. Es que, a diferencia de la inmigración "*clásica*", que en general era definitiva o de larga duración la que se está produciendo desde hace más de una década en Europa, asume características de transitoriedad. Así, la nueva emigración se reconoce por los flujos breves de "*ida y regreso*", entre el país de origen y el de destino. Ello es particularmente notable en el área del Mediterráneo (7).

Luego de la segunda guerra mundial y en especial durante la década del '60 algunos países de la U.E. - Francia, Alemania y el Reino Unido - alentaron una especie de política de *reclutamiento* de mano de obra, sin que ello significara poner en práctica una política de captación y de integración de la población extranjera. Durante toda esa década la cuestión económica fue prioritaria en la República Federal Alemana a tal punto que una ley sancionada en 1965 procedió a definir al inmigrante como "*un recurso al cual se debía apelar para resolver problemas económicos*". Más allá de algunos aspectos verdaderamente injustificables, el sistema de *rotación* empleado tenía como resultantes ventajas para el país emisor y el receptor. En éste se solucionaban, a través de un *instrumento* rápido y eficiente, los problemas que pudieran emerger en el mercado de trabajo, en tanto en el primero se producía una disminución de sus niveles de desocupación, se beneficiaba con las remesas de dinero de los emigrados y se comprobaba al retorno de éstos, que habían adquirido una formación profesional especializada en aquel país.

No obstante, la amplitud de la etapa de reclutamiento, superada por la emisión de una normativa destinada a tomar ciertas prevenciones y restricciones de la mano de obra extranjera, algunos países se manifestaban reacios a admitir públicamente la existencia dentro de sus fronteras de una población foránea. Un Informe del Ministerio del Interior de la R.F.A., declaraba en 1991 que, "... el hecho que personas extranjeras residan en su territorio por un largo período o de modo permanente no implica que la República Federal Alemana sea un país de inmigración" (8).

- (6) A partir de 1982, se dictaron diversas Resoluciones en el intento de paliar la persistencia del desempleo, promoviendo la creación de nuevas empresas y la ayuda especial a las PYMES, entre otras medidas. En ocasión de presentarse el "Libro Blanco", en 1994, Jacques Delors hizo referencia a la impostergable necesidad de detener la desocupación, calculada en un 12 % para la jurisdicción comunitaria.
- (7) Sobre los flujos migratorios en el Mediterráneo y la tendencia a la "circularidad", V.: COLLICELLI, Carla, "Il "sociale" nel Mediterraneo: un terreno di sviluppo omogeneo", en Affari Sociali Internazionali, cit, págs. 29 a 53. Tab.: LIVI-BACCI, M. y MARTUZZI VERONESI, F. "Le risorse umane nel Mediterraneo: popolazione e società al crocevia tra Nord e Sud", Bologna, Il Mulino, 1990.
- (8) Durante el período 1973-80 las autoridades públicas de los Estados miembros señalados se abocaron a una política restrictiva y aumentaron los controles aduaneros.

A pesar de la buena voluntad, declarada en instrumentos oficiales sobre el tratamiento del inmigrante en condiciones igualitarias al trabajador nativo, la mayor parte de las Convenciones vigentes - negociadas en el ámbito de la OIT - se limitaban a fijar disposiciones mínimas respecto del reclutamiento de mano de obra extranjera, las condiciones de empleo de trabajadores migrantes y las igualdades de tratamiento y de oportunidades. Pero, además de no tener en su mayoría valor vinculante, estas Convenciones no lograron, en muchos casos, un número significativo de ratificaciones y el campo de aplicación fue por tanto muy restringido, extendiéndose solamente a algunos países signatarios.

A principios de 1990, se estimaba en 5 millones el número de asalariados extranjeros, especialmente numerosos en la República Federal de Alemania, Luxemburgo, Francia y el Reino Unido. La elección no obedeció al azar, en estos países el precio por hora de mano de obra, especialmente en los dos primeros, es el más alto de toda la CE. El área de procedencia mayoritaria se ubica en España, Portugal e Italia (9).

En la etapa comprendida entre 1980 y la actualidad, los países de la U.E. se dirigen cada vez más a enfocar de algún modo el problema migratorio, convertido ya en un tema prioritario en la mayoría de ellos. Habida cuenta que los controles y la restricción implementadas no dieron el resultado apetecido, por las evasiones constantes producidas al amparo de oportunistas y traficantes del proceso, se están concibiendo planes de cooperación para los países "expulsores" de mano de obra (10). Con ellos se dirigen a animar y a favorecer el retorno de sus inmigrantes a sus países de origen, merced a las ayudas financieras otorgadas sea en el sector edilicio, asistencial, educativo, etc. En este sentido, cabe destacar que la reconocida exigencia de los Estados Miembros de producir un mejoramiento en la situación económica y en las perspectivas ocupacionales en el área de los países emisores, se enfrenta a la necesidad de una provisión significativa de sus recursos para aplicar a tales destinos en un momento como el actual, signado por una austera política presupuestaria en el marco de los países europeos.

Los resultados obtenidos no han sido lisonjeros. El gobierno francés, por ejemplo, se empeñó a fines de la década del '70 en un programa de aquellas características previendo que se produciría el regreso de 200.000 migrantes. Los datos oficiales arrojaron la exigua suma de 45.000 retornos, en su mayor parte de origen español y portugués. Ocurre que, la decisión del regreso es individual y en ella juegan una multiplicidad de factores evaluados sólo por el actor de estos movimientos.

- La problemática migratoria fue adquiriendo un lugar preferencial en la agenda de los funcionarios europeos a medida que se comprobaba la escasa exactitud de las normas específicas y el fenómeno de una inmigración extracomunitaria en niveles impensables. En los últimos doce años han emigrado hacia la Europa comunitaria alrededor de 15 millones de personas, con lo cual a muchos países de Europa occidental se les ha reconocido ya, la calidad de "país de inmigración de gran importancia". Hacia el año 1986 se calculaba en más de medio millón la cantidad de inmigrantes turcos, seguidos por los yugoeslavos presentes en el espacio europeo. Fuertes cupos provenían, además, de la zona del Magreb, del Africa Negra, Asia, Caribe, etc. fascinados por

(9) Las estadísticas señalan a Francia, Alemania y el Reino Unido como los países con más alto número de ciudadanos comunitarios procedentes de otros Estados miembros. Grecia declara la menor cantidad entre los Doce países que conforman la U.E.

(10) El constante aumento de los ingresos ilegales requiere, cada vez más, el esfuerzo del legislador gravando con penas más severas a los transportadores negligentes o cómplices de este tráfico humano.



el sistema del *welfare*. Este movimiento humano no ofrece, hasta el momento, síntomas de regresión. Por el contrario, los sucesos políticos que afectan a la región del este europeo, las luchas y condiciones subhumanas de los estados africanos arrojan a las costas europeas miles de desheredados ansiosos de obtener un futuro promisorio para sus vidas. La irrupción en la escena de las migraciones de los Estados ex comunistas, plantea además nuevas consideraciones de tipo político y social. En muchos países de la U.E., permanece todavía vigente el recuerdo de todo un sistema de propaganda antisoviética, lanzada en nombre de la libertad y defensa de los derechos inalienables.

Claro está, que tales circunstancias convocaron cada vez más asiduamente a los órganos de la Comunidad con el objeto de proceder al dictado de normas reguladoras del proceso, como asimismo y debido en general a presiones de índole política, a estudiar con mayor cautela lo relativo a las libertades e igualdades de los protagonistas de tal suceso demográfico, sean provenientes de Estados Miembros o extracomunitarios.

Ya en el Tratado de Roma - art. 2 CEE - se inscriben las libertades comunitarias. Junto a la promoción de un desarrollo continuo y armónico de las actividades económicas y la defensa de una creciente y equilibrada estabilidad se recomienda enfocar la cuestión de lograr un sostenido nivel de vida para todos sus habitantes y propender a un sólido acercamiento entre los Estados. En su contenido se anuncia, la realización plena del Mercado Común, fijando por etapas sucesivas los modos de concretar la libertad de circulación de mercancías, de personas, de capitales y la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. Sin embargo, de tales propósitos, en líneas generales, aún no se ha alcanzado una efectiva y continuada praxis de sus estipulaciones.

Si bien, la libre circulación de personas se puede abordar desde dos perspectivas, una referida a aquellas personas que ejercen su actividad profesional por cuenta ajena, es decir, los trabajadores asalariados, y la segunda dirigida a captar las actividades independientes, ya sea desarrolladas por personas físicas o jurídicas, para el tema que nos ocupa se hará referencia a la primera de ellas. En este sentido, es sabido que el art. 48, 2º T. CEE avanza en la accesión de esta libertad aboliendo todo tipo de discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, retribución y demás condiciones anexas al trabajo. Todo lo cual refuerza el principio general de no discriminación contenido en el art. 7 del mismo Tratado (11).

Claro está, que el amplio espíritu de la norma se contrajo en sus efectos, porque en cuanto a la nacionalidad, la determinación sería privativa de los Estados y en consecuencia, "... se regulará según el derecho interno y el constitucional". A medida que aumentaba la competencia laboral ejercida por la presión de trabajadores de otros Estados Miembros, los nativos apelaban en su defensa a ciertas cláusulas, como la de "prioridad del mercado interno" que subordinaba la contratación de un trabajador de otro Estado, por tres semanas, lapso durante el cual debía comprobarse la carencia de ofertas de un postulante nacional (12).

Las medidas sobre restricción y selección de cupos migrantes fueron utilizadas por Alemania,

(11) V. LATTUCA, Ada "La cuestión laboral de los migrantes en la Unión Europea. Base de análisis para el Mercosur", Rosario, archivo CIUNR, 1994.

(12) Reglamento nº 15 de 1965, que reguló durante el periodo transitorio. Este tipo de cláusulas que encubren cierta xenofobia fue desapareciendo a medida que se abría camino una política de seguridad social para todos los trabajadores comunitarios, sin embargo la relación armónica entre los ciudadanos comunitarios suele quebrarse según el barómetro del mercado de trabajo.

Francia y el Reino Unido de manera continua, así como la creación de nuevas instancias administrativas difíciles de sortear por los engorrosos procedimientos estipulados, muy probablemente, para desanimar a los postulantes. Los casos en demanda de trato igualitario o de superación de barreras discriminatorias no han desaparecido en el ámbito del Tribunal de Justicia(13).

Ocurre que, en esos países especialmente las migraciones fueron adquiriendo otras connotaciones, sobre todo después de la guerra. Ya no se producían en momentos coyunturales o alternativamente, eran - y lo son - fenómenos de carácter estructural con gran significación socio política para países "dadores y receptores" (14).

.- La situación de conflicto se torna, por lo general, más agresiva en el caso de los extracomunitarios. La situación planteada por esta "extraña invasión", como la denominan muchos europeos, ha incoado una fuerte resistencia con agudas manifestaciones de violencia, tipificadas bajo la denominación de actos racistas y que, en esencia, se resumen, casi siempre, a un problema de mera utilidad. El hombre, ciudadano de la comunidad o extraño a la misma, no es juzgado sólo por su componente racial. En la mayoría de los casos, salvo las manifestaciones enfermizas ocurridas especialmente en Alemania, tienen un común denominador cual es la disputa del mercado de trabajo al cual es cada vez más difícil acceder.

Durante la época del "bienestar" los extracomunitarios fueron la solución para el ejercicio de las tareas "innobles", aquellas que no deseaban ser ejercidas por el europeo. En razón de su contracción al trabajo, los contratistas y los empresarios aprovecharon esa capacidad "para ejercer todos los oficios" así como la situación de ilegales, en la que se encontraban muchos de ellos, para conseguir mayores réditos (15).

Un entrecruzamiento de necesidades y de urgencias vitales por una parte, así como el interés de lucrar por la otra, tornan aún difícil llegar a una solución en mérito al respeto de los derechos humanos. Es decir, que la política de seguridad social se arroga el valor justicia y subvierte sus principios por razones meramente utilitarias. En la temática, obran intereses de los Estados miembros, renuentes a aceptar el carácter de vinculante de las normas comunitarias emanadas en pro de la igualdad de trato y oportunidades en materia laboral. Y ello se produjo no sólo con los extracomunitarios sino con el resto de la población migrante proveniente de la órbita comunitaria.

La política social de la Comunidad -recogida en la "Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores" (1989), y firmada por once de los Estados Miembros, a

(13) Un caso interesante de discriminación que afectara el acceso a la instrucción universitaria es el caso 293/83 Gravier v. Ciudad de Lieja. La demandante de nacionalidad francesa era una estudiante en la Academia de Bellas Artes de Lieja. Sus padres vivían en Francia. Aquella ciudad imponía a los estudiantes extranjeros una tasa por cursar esa carrera. Gravier solicitó ser eximida, pero su solicitud fue rechazada. Se le negó la inscripción al curso y su permiso de residencia no fue renovado. El TJ consideró un caso de discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 7 del T.CEE.

(14) "In definitiva agli inizi degli anni '70, la situazione di Francia, Rft e Regno Unito (e degli altri paesi dell'Europa nor-occidentale importatori di manodopera) nei confronti della questione migratoria era sostanzialmente simile malgrado i diversi approcci seguiti nel corso dei due decenni precedenti. I suddetti paesi, si trovavano infatti confrontati a flussi migratori su larga scala, rispetto ai quali le capacità di controllo delle autorità pubbliche erano venute progressivamente affievolendosi. Inoltre, si rafforzava la tendenza delle comunità straniere (segnalatamente extraeuropee) ad un insediamento permanente nel paese di emigrazione, indipendentemente dall'evoluzione in quest'ultimo del mercato di lavoro." V. GRASSI, Vincenzo "Le politiche migratorie dei principali paesi dell'Europa Occidentale dal secondo dopoguerra agli anni '80", in Affari Sociali Internazionali, n°2, 1994, pág. 67. También es útil consultar "Atti della Conferenza Nazionale dell' Emigrazione", Censis, Editalia, Roma, 1991.

(15) LATTUCA, Ada "La cuestión laboral..." cit.

excepción de Gran Bretaña- enfatiza el procurar mejoras en las condiciones de trabajo, salvaguardar los derechos de los trabajadores en la empresa, la seguridad e higiene en el trabajo, otorgar protección para los trabajadores migrantes y sus derechohabientes, evitar la discriminación en razón de nacionalidades o sexo, así como el privilegiar la atención y cuidados de los minusválidos y personas en edad avanzada, etc. Sin embargo de declaraciones tan humanitarias, resulta aún de difícil y en unos casos tortuosa aplicación. En el ámbito de los Estados, se suele argumentar sobre el riesgo que implica la *pérdida de independencia* en la resolución de sus problemas específicos si pusieran en práctica el contenido completo de la "Carta".

Sin intenciones de disminuir los factores económicos en la sanción de las políticas restrictivas o selectivas y en las manifestaciones producidas de xenofobia y de racismo, es necesario detenerse en un elemento de índole político social inherente a las conductas y comportamientos asumidos respecto del fenómeno en cuestión.

- En base a nuevas investigaciones y encuestas científicas se ha detectado, en algunos países comunitarios, la producción de aquellas conductas distorsionadas aún en períodos donde en el mercado de trabajo de los países huéspedes no se vislumbraban situaciones de crisis o de recesión. El aporte demográfico de la raza negra, especialmente, comenzó a tener en torno de los años '80 y finales de la década del '70, una repercusión social que comenzó a acentuarse en la medida que acrecía la inmigración de aquel origen. Son numerosos los europeos que responsabilizaron a estos inmigrantes por la pérdida de su identidad cultural, de sus valores tradicionales, de los usos y costumbres, etc. En tanto tal creencia se difunde en sectores cada vez más amplios de la población nativa, la franja de los beneficiarios que padecen tales argumentos se va extendiendo también, a los que provienen del Este europeo.

Es pertinente señalar que, con propósitos mezquinos, un sector de partidos políticos apela - especialmente en períodos de elecciones - a esos argumentos para condenarlos o apoyarlos, según el signo de sus respectivas plataformas. Esto es, a *instrumentalizar* un fenómeno humano para servir a sus propósitos.

Dentro de la Unión Europea, volcada a conseguir los mayores niveles posibles de integración, se avizora una situación de consenso acerca de las carencias evidentes en el marco de una integración de signo cultural y social. Los países permanecen, según las circunstancias, en una actitud casi de *atrincheramiento* frente a la declamada unión supranacional. Recientemente, y con motivo de la presentación del "Libro Blanco" se expresó: "Le economie europee si stanno aprendo ed integrando in un unico mercato; tuttavia le grande innovazioni e la crescita che esse generano continuano "ad essere frenate ai confini degli stati"" (16).

- En estos momentos está cobrando cada vez más espacio la idea de conformar una "arquitectura" europea más sólida y amplia, en el ámbito de la cual todos los países del continente deberían integrarla. En este sentido, se perciben algunos síntomas a tener en cuenta, especial-

(16) PRODI, Romano (presidente del IRI) en "Coordinamento e Cooperazione", en el "Libro Blanco. L'Europa delle reti", Dossier Europa, Commissione delle Comunità Europee, n°14, giugno, 1994. En el mismo sentido ver: SAULLE, Mario R. "L'armonizzazione in Europa: dal Trattato di Roma all'Alto unico europeo", Rivista di Diritto Europeo, n° 3-4., 1989-90. A principios de 1994 apareció el "Libro Blanco", una publicación oficial destinada a lograr en el medio y largo tiempo, un nuevo modelo, basado en tres ejes fundamentales: el crecimiento, la competitividad y la ocupación. Más allá de las reflexiones que su contenido está suscitando, es dable reconocer el puesto de privilegio asignado al área laboral. El Presidente de la Comisión Europea Jacques Delors ha señalado reiteradas veces la necesidad de una nueva organización laboral.

mente en las relaciones cada vez más estrechas con los países del Efta, así como el de la respuesta favorable que elevaran ante una invitación de la CEE para colaborar con el Este europeo (17). Si bien resultaría prematuro hablar de un rol *paneuropeo* del espacio económico europeo, ciertamente los acuerdos han interpretado tales *aproximaciones* como un concepto *abierto*, dirigido a facilitar la adaptación de la Europa del Este en la integración europea, y permitir a esos países acceder más rápidamente al Mercado común. Es por ello, que podría avizorarse, quizás, para el mediano tiempo, el armado de un bloque poderoso, por sus recursos humanos, económicos y tecnológicos con grandes posibilidades de éxito en el desafío competitivo del próximo siglo.

- Ahora bien, ¿cuánto espacio está asignado al hombre en esta futura compacta asociación? ¿El europeo ha captado, aceptado e internalizado su situación de ciudadano comunitario? ¿Su grado de pertenencia se encuentra condicionado a los éxitos económicos obtenidos? Una encuesta promovida en 1992 por la CE, demuestra que quienes la consideran positiva son originarios de países con un nivel de competitividad poco desarrollado y que aspiran, muy probablemente, a superarla a través del sistema comunitario. En tanto que los más bajos índices de aceptación se ubican entre aquellos países con un crecimiento económico sostenido, como Alemania, Francia y Gran Bretaña.

¿Además, se promueve el aspecto de una total y verdadera integración sea dentro del "espacio comunitario", con los provenientes de otros Estados miembros, sea con los extracomunitarios? La xenofobia, y el racismo, el desagrado por la competencia en una Europa alarmada por el grado de desocupación continúa, aunque se quiera disfrazar, a veces, atribuyéndolos a estallidos de signo totalitario. La clase dirigente, en líneas generales, percibe y recibe el problema de las marginaciones y de las discriminaciones. Sin embargo, hay un estancamiento en todo el frente. En fin, una ausencia impresionante y preocupante de las fuerzas políticas, que toman *distancia*, no combaten, han comenzado a ser cautas respecto de los inmigrantes, mientras crece de modo paralelo la zona de hostilidad social hacia los mismos. Producen, en ciertas circunstancias, algún documento declamatorio y retoman a sus tareas. Esta actitud, la denuncian algunos escritores italianos expresando, con ácida ironía: "la classe dirigente alla mattina mette fuori il ditto, sente il vento e si defila".

En realidad, debemos reconocer la publicación oficial de numerosos "dossier" emanados de la Comisión Europea sobre la temática de la integración de los trabajadores migrantes y la apelación a las normas comunitarias vigentes en tal sentido. La sensibilización en los sectores universitarios es muy marcada. Las investigaciones, los congresos y reuniones científicas sobre la temática, abundan (18).

Sin embargo, fuerza es reconocer que mucho de este esfuerzo queda en el ámbito de las

- (17) A partir de mediados de la década del '50 el Reino Unido inició, per sé, una campaña para lograr entre los países del continente, la aceptación de su proyecto sobre la creación de una unidad económica europea. Su idea era la de establecer una zona de libre cambio, sin tener que renunciar a las soberanías nacionales. Asimismo, proponía la eliminación de los controles aduaneros entre los países signatarios y la habilitación para llevar a cabo de manera autónoma negociaciones política económicas con terceros países. En virtud de ello se constituyó, en 1959, la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC o Efta en la nomenclatura inglesa), integrada por el Reino Unido, Noruega, Suecia, Dinamarca, Islandia, Austria, Suiza, Portugal y Finlandia. Es dable señalar que algunos ya han solicitado y obtenido su ingreso a la U.E. y otros esperan respuesta favorable a sus pedidos en tal sentido.
- (18) Son importantes los trabajos producidos por el Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) de Roma al cual el gobierno italiano le confió un rol destacado en la preparación de la "Conferenza Nazionale dell' Immigrazione". Tb. puede consultarse BENTIVOGLI, Franco "Immigrazione: esperienze e proposte del Consiglio Nazionale dell' economia e del lavoro".

“recomendaciones”. Todavía se manifiesta muy fuerte la reticencia de una política estatal frente al efecto vinculante de ciertas directivas que producirían, según lo juzgan, la debilitación de su propia soberanía, y en el caso laboral acentuarían la problemática de una recesión ocupacional. Es por ello que se tiende a “cubrir” el centro del problema con la planificación de un programa de *cooperación* (destinado, en general, a animar a los inmigrantes a emprender el retorno) y de asistencia (¿o beneficencia?). Es necesario excluir, en las propuestas que se dirijan a resolver esta controvertida temática, todo resto de asistencialismo, éste debe ser reemplazado por la convocatoria e integración de los elementos de valorización, de incentivación y, especialmente de atención a la dignidad de los sujetos migrantes.

.- Merced al Tratado de Asunción, nos estamos asomando a una nueva, ojalá definitiva y sólida armazón comunitaria. Es dable esperar que la evolución dolorosa del proceso migratorio de la U.E., a la cual se toma como referente en el aspecto económico e institucional, sea para nosotros un modelo a superar para llegar, no demasiado tarde, a desarrollar una política de convivencia, no de mera coexistencia (19). Esto es, a aprender a vivir en la diferencia.

La constitución de esta nueva realidad jurídica deberá tener como realidades últimas el ser y la vida por ser las referencias más sólidas y amplias a las que puede aspirar para que se convierta en realidad el proceso de integración. “La desintegración siempre es tentadora- a través de los recortes y el empobrecimiento ilegítimos del ser y de la vida- porque con ella se nutren frecuentemente intereses poderosos” (20).



- (19) PLA RODR-GUEZ, Américo y otros, "Los principios del Derecho del Trabajo en la perspectiva de la integración regional", Montevideo, FCE, 1991. También, ERMIDA URIARTE, Oscar, "Carta Social del mercosur", conferencia pronunciada en las Primeras Jornadas Nacionales sobre relaciones del Trabajo y la Seguridad Social en el Mercosur", Vaquerías, Córdoba, 1993. LATTUCA, Ada, "Sobre la discriminación inmigratoria en el marco de la integración", Rosario, archivo CIUNR, 1994.
- (20) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Las referencias al ser y a la vida, orientaciones últimas para la integración", en "Investigación y Docencia", n° 17, órgano del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U.N.R., 1990.