

COMPRESION DE LA GLOBALIZACION DESDE LA FILOSOFIA JURIDICA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. La globalización

1. La historia humana registra sucesivos procesos de **expansión** y de **contracción** y entre éstos ocupa un lugar muy destacado la **mundialización** que tuvo entre sus manifestaciones iniciales el Descubrimiento y la conquista de América y la circunnavegación del Planeta completada en el viaje de Magallanes y Elcano. La mundialización que se inició con la modernidad tuvo un substrato de utilidad, pero se cumplió a través del poder y de un discurso más o menos auténtico de santidad. Como correspondía a la modernidad, si bien el complejo de valores de la mundialidad estuvo referido con gran fuerza a la utilidad tuvo una composición relativamente diversificada (1). Las consecuencias del formidable choque de culturas que entonces se produjo significaron en gran medida la eliminación cultural e incluso física de diversos pueblos.

Ese proceso de mundialización se expresa hoy en la **globalización** que posee, sin embargo, características propias, fuertemente signadas por el predominio radical de la utilidad y adversas al uso de la fuerza física y al discurso referido al valor santidad.

La globalización puede entenderse en dos sentidos diversos pero interrelacionados, uno **espacial**, como expansión de un sistema de vida, sobre todo económico, hasta abarcar toda la Tierra, y otro **material**, en la referencia a un valor, la utilidad, que tiende a someter y al fin ignorar a otros valores.

La globalización espacial excede las anteriores fronteras entre los Estados y acentúa, en cambio, la **estratificación** social en la que una capa participa de la sociedad económica y tecnológica y la otra es marginada de ella, sea cual fuera el lugar físico donde se encuentre (2). Las "fronteras" actuales no pasan por lugares físicos determinados, sino por la diversidad de estilos de vida en un mismo sitio.

(*) Notas básicas de la disertación del autor en las Jornadas Nacionales de Globalización y Orden Jurídico organizadas por las Facultades de Ciencias Políticas y Sociales y de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

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

(1) Puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.

(2) El desempleo es una de las características más graves de los sectores marginales y una de las líneas de tensión entre mercado y democracia que quizás sea superada sólo por una gran manipulación de la opinión pública por los medios de comunicación masivos.

Lo que en mucho no suele advertirse es que esas capas superpuestas tienen **distintos grosores**, según se trate de los países llamados desarrollados, donde quienes participan de la sociedad económica y tecnológica son muchos más y los marginales muchos menos, o de los ámbitos “subdesarrollados”, en los que los espesores de la estratificación son opuestos.

En cuanto a la perspectiva material, la globalización admite muchas **diversidades de superficie**, permitiéndonos particularidades a veces valiosas y otras quizás “desvaliosas” antes inadmisibles, por ejemplo, en materia sexual, pero en lo hondo impone una **extrema uniformidad utilitaria** de modo que, sobre todo quien no produce o no consume, no encuentra un “lugar” vital.

Aunque tienen significados notoriamente distintos, cabe decir, por ejemplo, que en nuestros días se pueden practicar con relativa facilidad relaciones sexuales **extramatrimoniales**, la homosexualidad y la drogadicción, pero es muy difícil ser anciano sin resultar “reubicado” en un centro geriátrico donde se concrete la actividad de consumo o por lo menos no se perturbe al sistema. Al respecto poco se tiene en cuenta que fracturar las relaciones intergeneracionales es **dañino** para la vida, que no es lo mismo un marco familiar, donde la muerte ocurre **más raramente**, que un ámbito de centro geriátrico, donde la muerte es muy frecuente.

2. Las **concausas** a su vez recíprocamente influidas del proceso de globalización son diversas:

a) la fuerte mundialización **capitalista** del mercado:

b) el **desarrollo tecnológico**, expresado en los viajes espaciales, en las comunicaciones satelitales, en las conquistas informáticas que llegan a la llamada “realidad virtual”, en el despliegue biotecnológico que lleva al dominio antes inimaginado de la naturaleza, incluso en la mal llamada “ingeniería genética” humana (3), que puede producir hombres desprovistos de otras particularidades que no sean las requeridas por el sistema económico, y en los a veces denominados “no lugares” que se manifiestan, v. gr., en los centros de “shopping”, diversos del entorno y semejantes en el mundo, y desenvueltos al punto que, por ejemplo, más que el “made in” interesa el empresarial “made by” a través del Globo;

c) el **idioma común**, que significa una misma manera de pensar;

d) la **moneda común**, que representa un mismo estilo de valor;

e) el despliegue abstracto o débil de las influyentes corrientes **filosóficas analíticas y críticas**, centradas en la lógica a veces simbólica y en el lenguaje o en una crítica desprovista de propuestas alternativas, y la marginación, acertada o no, de toda la metafísica y

f) la crisis de los llamados “**grandes relatos**”.

En gran medida se trata, a diferencia del tiempo de las diversidades del “Estado moderno”, de la llamada “**postmodernidad**” (4).

(3) Es posible v. nuestro estudio “¿Ingeniería genética humana?”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 21, págs. 49 y ss.

(4) Puede v. nuestro estudio “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín...” cit., N° 19, págs. 9 y ss. A diferencia de la vocación totalizadora del Sacro Imperio medieval, que se desarrolló con una visión limitada del Planeta, los Estados modernos correspondieron a un fenómeno de particularidad momentánea pero de perspectiva crecientemente mundializada.

La actual superficialización globalizadora de la cultura es de cierto modo afín a la superficialidad de la cultura romana.

II. La globalización en el mundo jurídico (5)

1) El mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

3. En sentido jurídico-sociológico la globalización se manifiesta en primer término en el gran despliegue de las **influencias humanas difusas** y en el debilitamiento de la vocación de conducir los repartos y de las causas naturales. En nuestro tiempo casi se ha extinguido el sentido heroico de la vida, que caracterizaba a los grandes conductores de otras épocas. Figuras de grandes conductores como las de Napoleón, Hitler, Stalin o incluso Churchill o De Gaulle serían hoy anacrónicas. Quizás nadie podría decir, como lo hizo un prócer argentino al sentir el frío de la muerte, que se trata del “frío del bronce”.

4. En estrecha relación con la globalización, en nuestros días reina por lo menos en apariencia una gran **autonomía** de los particulares, aunque cabe preguntarse si en profundidad esa autonomía es tan grande o existen grandes imposiciones ocultas.

Hoy no hay una muy nítida planificación gubernamental como la que se manifestó a menudo tradicionalmente en las Constituciones escritas y caracterizó al tiempo de los Estados y sobre todo al desarrollo medio del siglo XX, aunque esto no excluye que quizás haya una muy fuerte **planificación mundial empresarial**.

Vale señalar que cuando en última instancia el sistema global profundo se siente amenazado se producen reacciones incluso de fuerza física muy importantes, como la de las potencias dominantes ante la legítima en cuanto a la causa pero estratégicamente errónea Guerra de Malvinas. Entonces se advirtió cómo, por sobre las lealtades que debían producir los lazos históricos, imperan las conveniencias económicas.

La ejemplaridad, manifestada de manera frecuente en la costumbre, se muestra en sentido global por ejemplo en la llamada “**lex mercatoria**” que constituyen los usos de los comerciantes, tengan o no larga consagración temporal.

5. La globalización encuentra ciertos límites necesarios surgidos de la naturaleza de las cosas que se expresan, por ejemplo, en conflictos locales, pero sobre todo produce otras limitaciones que, por el contrario, quizás la hagan en definitiva inevitable. La presencia del mercado mundial es un requerimiento que **se impone** frente a todo intento de conducción en contrario, sobre todo si quienes desean excluirlo han sido por lo menos parcialmente incluidos en el, v. gr. por la introducción de la “sociedad de consumo”. Quienes tuvimos noticia acerca de la introducción de productos de la sociedad de consumo en la U.R.S.S. debimos entender que se acercaba la gran crisis del régimen soviético.

5) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, elaborada en el marco de la concepción tridimensional del Derecho, cabe tener en cuenta 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.

b) Dimensión normológica

6. En la perspectiva jurístico-normológica la globalización se muestra en una gran **crisis de la institucionalidad** y en el avance de la **negocialidad**. Las instituciones, como ideas que se realizan en el tiempo, se debilitan y el Estado está en crisis, desarrollándose sólo la institucionalidad débil económica que responde a la realidad empresarial. Se trata de un tiempo caracterizable como el paso del protagonismo del **Estado** al de la **empresa**.

En correspondencia de sentido inverso al de su nacimiento, el Estado de la época de la globalización se enfrenta en lo externo y en lo interno, no ya con el Imperio y el Pontificado y con los señores feudales inferiores, sino con el acoso del **poder económico mundial** y de los **regionalismos**.

Aunque dentro del Estado el gobierno siga teniendo poder, es importante reconocer la crisis de la noción de **soberanía**, que evidencia que al fin el Estado y su gobierno se hallan sometidos a un sistema global, cuyo último sentido es utilitario.

En nuestros días se llega, con un significado en gran medida justo, a un mundo de “**derechos humanos**” contra el Estado, pero que casi no reconoce el marco también legítimo de los deberes. De esa manera se arriba al tiempo de las **privatizaciones** y de la crisis de la **jurisdicción estatal** manifestada en mucho en el desarrollo del **arbitraje**.

En el ámbito de las fuentes formales, el protagonismo de la verticalidad local de las constituciones formales y de las leyes es reemplazado por la horizontalidad expansiva de los “**contratos**” (de lo que se trata en común) y de los “**tratados**”. Las sentencias ganan espacio sobre las constituciones y las leyes, pero a su vez sufren competencia de los laudos.

Las fuentes formales de este tiempo de la globalización tienden a ser más **elásticas**, constituyéndose con más frecuencia como meros marcos, y más flexibles, o sea más fácilmente **modificables**.

El ordenamiento normativo de la globalidad se modifica porque la pirámide tiende a fracturarse y a tener su norma hipotética fundamental en el nivel “internacional” o, mejor dicho, mundial.

En otro sentido puede decirse que el ordenamiento normativo mundial de este tiempo es, a semejanza con lo que ocurrió antes de las codificaciones nacionales, un zócalo de Derecho común del mercado y los derechos humanos, sobre el cual se desarrollan particularidades que en este caso están claramente sometidas a él.

En el terreno de las fuentes de conocimiento, la globalización utilitaria se abre camino en la crisis de los sistemas y de los tratados que los expresaban. La doctrina de la globalización suele manifestarse en términos de **comentarios** a menudo exegeticos y de **monografías**.

c) Dimensión dikelógica

7. En la dimensión jurístico-dikelógica, es decir, referida al valor justicia y a los otros valores del mundo jurídico que han de culminar en él, la globalización tiene una importante manifestación en el **relativismo**.

Nosotros creemos que las exigencias de los valores varían con las situaciones y su conocimiento se diversifica con las personas, pero entendemos que los valores tienen por lo menos cierta objetividad. En cambio hoy predomina el relativismo que aparentemente favorece la coexistencia pero debilita los planteos axiológicos según lo exige la globalización.

En apariencia la globalización abre camino al más elevado valor a nuestro alcance, que es la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), pero quizás en realidad se trate de una humanidad solo del discurso, mutilada por la subversión de la **utilidad**, que la priva del aporte de otros valores distintos.

El proceso de globalización se manifiesta también en las clases de justicia (o sea en los caminos para el descubrimiento del valor) que más se utilizan en nuestros días. Así, hoy prevalecen la justicia **consensual** (reconocida por el acuerdo), **sin acepción** (consideración) de personas y como tal limitada a los roles, **simétrica** (porque la moneda facilita la comparación de todas las potencias y las impotencias), **monológico** (de una sola razón de justicia, utilitaria), **conmutativa** (con contraprestación, para que no haya compromiso por lo recibido sin ésta), **“partial”** (proveniente de las partes), **sectorial** (referida a sectores), **de aislamiento, relativa y particular** (dirigida al bien particular y distinta de la justicia general, que se refiere al bien común).

Pese al discurso y a la consensualidad, la época de la globalización es un tiempo del monólogo utilitario. La crisis del Derecho Público, signado en definitiva por los requerimientos de la justicia general, es evidente, sobre todo en el mundo de la privatización que incluso, como tal, debilita el equilibrio entre Derecho Privado y Derecho Público. Los países dominantes tienen asegurado de cierto modo su bien común, pero el de la humanidad en su conjunto tiene en los organismos internacionales un resguardo muy limitado. Cuando los norteamericanos votan su gobierno aseguran en cierta medida su bien común, pero ¿quién atiende al de los millones de hombres del Planeta sometidos a ese país?

La globalización se vale de la fractura de los momentos del tiempo, que exige tener en cuenta la justicia, y se remite casi con exclusividad al **presente**, prescindiendo del pasado y del porvenir, que comprometen mucho más con cursos vitales particularizados. El hombre de la globalización abandona las raíces en el pasado y las proyecciones de futuro, por esto al fin no tiene nacionalidad. A través de ese presente en la globalización coexisten, aunque sea sin comprenderse, hombres que corresponden a tiempos diversos.

En la globalización se rompe el complejo personal en que los seres humanos se vinculan profundamente por diversos valores, no sólo al hilo de la utilidad. En este sentido, los hombres

pueden ser mejor mundializados porque están cada día más **solos** y porque está **permitido** todo lo que no sea contrario a la utilidad.

La globalización se vale de la **crisis de la eticidad** familiar y estatal, pero se origina la duda acerca de si éstas serán reemplazadas por la generación de alguna **humanizante eticidad** de origen empresarial.

8. Como pone en crisis todas las otras referencias a valores, el **monólogo utilitario** de la globalización excluye la plenitud de la aristocracia y la somete a la **tecnocracia**; reduce el reconocimiento de los méritos; impulsa la **rutina** y la **corrupción**, en que todo está en venta, empobreciendo en cambio la creatividad y dificulta la audiencia del **verdadero proceso**, que es reemplazada a menudo por el rápido enjuiciamiento hecho en los medios masivos de comunicación. El avance insoportable de la rutina globalizadora suele contribuir a la **producción** de estallidos personales y sociales. La conciencia planetaria se manifiesta, sin embargo, en una a menudo legítima referencia **ecológica**.

Pese a valerse de fórmulas humanistas abstencionistas, la globalización abre con frecuencia camino a la mediatización de los seres humanos, sea en el **individualismo** que los somete a otros individuos o en el **totalitarismo** que los sujeta al conjunto.

En el difícil equilibrio entre la unicidad, la igualdad y la comunidad, que requieren respectivamente liberalismo político, democracia y "res publica", la globalización se inclina por una **unicidad de superficie** y una **igualdad recortada** que excluye la unicidad profunda y la comunidad. Por esto se vale en mucho no sólo de la democracia electoral sino de la "democracia" de la "libre elección" del mercado que a veces, sin embargo, tienen grandes tensiones entre sí.

En cuanto a los frentes para la protección del individuo, la globalización acentúa el resguardo contra los regímenes gubernamentales y de cierto modo (para algunos y en aspectos puntuales) respecto de "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). En cambio, se deja a los individuos **débiles** a merced de los fuertes y esto se expresa no sólo en la indefensión frente a los económicamente poderosos sino en el desarrollo de la criminalidad.

2) El mundo jurídico en particular

9. La globalización convierte las diversidades de que daba cuenta el **Derecho Comparado** en mera historia (6) y a su vez "agota" la **Historia del Derecho**. Algunos grandes sistemas jurídicos (7), como el del Islam, muestran mayor capacidad de resistencia, pero otros, como el del Africa Negra parece haber sido sumido en mucho en la anomia, en que ya no es lo que fue pero tampoco es "occidental".

10. Una de las ramas jurídicas en que más se expresa la globalización es el **Derecho**

(6) Puede v. nuestro artículo "Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho", en "Investigación y Docencia", N° 20, págs. 107/8

(7) Es posible c. nuestro estudio "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal" Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

Internacional Privado, crecientemente convertido en Derecho Privado Internacional (8). En él hay creciente despliegue de la **autonomía de las partes**, sea material (que incluso llega a la “no territorialización” de la autonomía universal -9-) o conflictual; está en crisis la “puntualidad” de los puntos de conexión, llegándose a la elección judicial del Derecho **más vinculado** a cada caso concreto y se desenvuelven el Derecho Uniforme y el Derecho Unificado y la cooperación jurídica internacional. Los tratados internacionales adquieren creciente protagonismo y el orden público llega incluso a “invertirse” para desarrollar una perspectiva global de libertad de mercado y derechos humanos (10).

Otra de las ramas en que se refleja la globalización es el **Derecho Constitucional**, en el que la última reforma constitucional argentina ha llegado a incluir en la jerarquía de Ley Máxima a numerosos tratados internacionales. También en el Derecho interno una rama en mucho afectada por las condiciones tendientes a la globalización es el **Derecho de Familia**, e incluso quizás esto suceda más todavía en el **Derecho del Trabajo** (11).

Para comprender el Derecho de este tiempo es imprescindible reconocer la realidad del **Derecho Universal** que abarca la plenitud del fenómeno jurídico en el Planeta (12).

11. Quizás la **Argentina** sea hoy, por la particular radicalización del poder del capitalismo internacional, una muestra especialmente calificada del mundo de la globalización, pero urge comprender que puede no ser del todo representativa del resto y puede provocar reacciones bastante imprevisibles.

En países como el nuestro, donde las tendencias globalizantes son de **recepción**, los riesgos del fenómeno son particularmente graves, en mucho porque pueden generar mala asimilación y desajustes más dañinos. La Argentina corre peligros de no llegar a ser capitalista, de no tener desarrollo tecnológico utilizado en condiciones de “desarrollo” (13), de rechazo explosivo del sistema, etc.

III. Conclusión

12. Ante la globalización pueden adoptarse diversas actitudes con distintas posibilidades de éxito. Su rechazo parece inviable, aunque no pueden descartarse explosiones en ese sentido. Las grandes alternativas parecen ser su **aceptación** lisa y llana o los esfuerzos para su **adecuación** con miras a la justicia y la humanidad, opción ésta por la que nos inclinamos. En este sentido puede ser recomendable el fortalecimiento de las parcialidades mediante la **integración** y se ha de procurar

(8) Pueden v. nuestros estudios “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, 1994-I, págs. 878 y ss.; “Filosofía de la Parte Especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación ...” cit., N° 26, págs. 20 y ss.

(9) Es posible c. nuestro estudio (con colaboración) “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

(10) Puede v. nuestro estudio “Filosofía del orden público en la postmodernidad”, en “Boletín ...” cit., N° 21, págs. 24 y ss.

(11) Otra de las ramas modificadas, por la globalización del delito, es el Derecho Penal.

(12) V. nota 6.

(13) Es posible c. nuestros estudios “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8, págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín ...” cit., N° 9, págs. 33 y ss.

en todo momento evitar las consecuencias deshumanizantes del proceso (14).

La globalización, que es complejidad impura, debe ser reemplazada por la **universalización**, en que las particularidades confluyen en una **complejidad pura**. Para lograr la universalización es imprescindible el protagonismo del **Derecho**. A los **hombres del Derecho** nos corresponde comprender el fenómeno económico y la globalización, pero no para ser meros instrumentos de ellos sino para superar sus sentidos con miras a la **justicia** y la **humanización** (15).

Para el "Uso Subdesarrollado de Técnicas Desarrolladas" suele utilizarse la sigla U.S.T.E.D.

- (14) El esfuerzo de quienes como Bartolomé de Las Casas y Francisco de Vitoria al comienzo de la mundialización procuren limitar sus consecuencias negativas, vale aunque más no sea como testimonio histórico de respeto a la dignidad humana, pero sobre todo porque cabe esperar mejores resultados porque las condiciones de respeto a la condición del hombre pueden haber mejorado.
- (15) Entre los cauces para conseguir sustituir con sentido humanista a la globalización por la universalización se encuentra el cultivo de la **interdisciplinariedad** y de la **filosofía**, aunque a nuestro parecer ésta debe encontrar el equilibrio necesario para no recaer en afirmaciones acerca de lo que no se sabe.
- En relación con la globalización puede v. por ej. RAPOPORT, Mano (preparador), "Globalización, integración e identidad nacional", Bs. As., GEL, 1994.

COMPRESION JUSFILOSOFICA DE LA NEGOCIACION, LA MEDIACION Y EL ARBITRAJE (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. La negociación, la mediación y el arbitraje en la Filosofía Jurídica

1. El creciente desarrollo de la negociación, la mediación y el arbitraje evidencia el despliegue, más o menos consciente, de una **nueva concepción del Derecho**, de modo que es muy significativo reconocer cuáles son las posibilidades de las teorías jusfilosóficas para dar cuenta del nuevo fenómeno (1). En esta perspectiva lo abordaremos a la luz de la **teoría trialista del mundo jurídico** (2).

* Ideas básicas de la disertación del autor acerca del tema en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario.

** Investigador del CONICET. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

1. En relación con el tema pueden v. por ej. SARAVIA, Fernando Ignacio, "Reflexiones acerca del valor ético de la mediación", en "El Derecho", t. 165, págs. 1377 y ss.; PORTELA, Jorge Guillermo, "Una reflexión en torno a la mediación", en "El Derecho", t. 165, págs. 1380/81; CAIVANO, Roque J., "Los medios alternativos de resolución de controversias y la formación profesional de los abogados", en "La Ley", 1995-D, págs. 1052; "Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos", Bs. As., Ad-Hoc, 1993; MOORE, Christopher, "El Proceso de Mediación", trad. Anibal Leal, Bs. As. - Barcelona, Granica, 1995; GAY BARBOSA, Daniel - MAGRIS, Gabriela, "Mediación", Córdoba, Lerner, 1996; SINGER, Linda R., "Mediación", trad. Paloma Tausent, Barcelona - Bs. As., México, Paidós, 1996; BIANCHI, Roberto A., con colaboración de Gisela KOTLIAR, "Mediación prejudicial y conciliación", reimp., Bs. As., Zavallia, 1996; LERIZ, Len, "Negociación infalible", trad. Irene Cudich, Barcelona - Bs. As. - México, Paidós, 1993; BUSH, Robert A. Baruch - FOLGER, Joseph P., "La Promesa de Mediación", trad. Anibal Leal, Barcelona - Bs. As., Granica, 1996; GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "Mediación y reforma procesal", Bs. As., Ediar, 1996; GEAMANU, Grigore, "Théorie et pratique des négociations en droit international", en "Recueil des Cours" de la Académie de droit international, t. 166, págs. 365 y ss.; BELTRAMINO, Juan Carlos M., "Cómo negociar internacionalmente", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994; INDIJ, Alberto Teodoro, "La mediación: solución de conflictos sin violencia", en "La Ley", 1995-D, págs. 1493 y ss.; asimismo es posible c. v. gr. MORELLO, Augusto M., "Las vicisitudes de la reforma procesal y tres puntos claves sobre el arbitraje", en "El Derecho", t. 163, págs. 761 y ss.; UMASCHI, Héctor Gerardo, "Las recientes reformas al Código Procesal Civil (ley 24.573)", en "La Ley", 1995-E, págs. 772 y ss.; COLERIO, Juan Pedro - ROJAS, Jorge Armando, "La ley de mediación obligatoria y las modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", en "La Ley", 1996-A, págs. 1205 y ss.; PERAZOLO, Marcelo Pablo, "La mediación como sistema de prevención social", en "La Ley", 1995-B, págs. 919 y ss.; LERER, Silvio, "Los nuevos métodos de solución de conflictos. Los A. D. R. ¿Privatización o mejoramiento de la justicia?", en "La Ley", 1994-A, págs. 893 y ss. En cuanto a la discusión suscitada por la mediación v. además por ej. "Cuestionamientos a la mediación obligatoria", en "La Capital", 8/X/1995; JALFON, Marta, "La mediación y la interdisciplina", en "La Capital", 31/X/1995; SUPERTI, Héctor, "La mediación y el sistema penal", en "La Capital", 3/V/1996; O'FARRELL, Ernesto, "Es parte del proceso judicial, pero debería ser voluntaria", en "La Nación", 12/X/1995.

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

La mejor comprensión de la negociación, la mediación y el arbitraje requiere su comparación con el fenómeno judicial y todas estas vías han de **contribuir** a la más valiosa realización jurídica (3).

a) Dimensión sociológica

2. Para comprender y desarrollar en la práctica la negociación, la mediación y el arbitraje y también en el sentido de sus relaciones con la judicialidad, vale tener en cuenta la diversidad de los caracteres de los repartos, evidenciados en cuanto a quiénes **conducen** (con más propiedad “reparten”, o sea, son “repartidores”), quiénes **reciben** (es decir, son “recipiendarios”), qué **se reparte**, en qué **forma** se decide y cuáles son las **razones** respectivas. En cada caso a resolver hay que encontrar el equilibrio más adecuado en todos los caracteres para que al fin se realicen con la mayor plenitud los valores jurídicos, que culminan en la justicia.

Para la negociación y la mediación es necesaria una alta capacidad en cuanto a **imaginación** e **inteligencia**, que se manifiesta en el **método de las variaciones**. Mucho depende de la posibilidad de imaginar y comprender nuevas posibilidades en cuanto a todos los caracteres de los repartos, aunque vale reconocer que la educación, sobre todo en nuestro tiempo, suele hacer poco en este sentido y en cambio tiende a atrofiar la imaginación y la inteligencia.

La negociación, la mediación, el arbitraje y la judicialidad constituyen un arco de soluciones en que se van modificando los **repartidores**, desde la más nítida actuación de los propios interesados a la intervención de alguien en el “medio” encargado de acercarlos, la instalación desde ellos mismos de un árbitro para la solución y la intervención de un tercero establecido externamente, que es el juez. En cierto sentido puede decirse que en la negociación y la mediación se “hace” el Derecho y que el árbitro y el juez “dicen” un Derecho de cierto modo “preexistente”.

La variación de los **recipiendarios**, agregando o excluyendo interesados, puede ser muy significativa para el éxito de la negociación y la mediación. Es también altamente relevante la posibilidad de comprender que lo que se adjudican en definitiva son “**potencias**” e “**impotencias**” (es decir, respectivamente, lo que favorece o perjudica a la vida y el ser), de modo que ellas pueden ser modificadas con miras a llegar más fácilmente a un acuerdo.

La **forma** en que se arriba a la solución de un caso puede ser de más o menos audiencia, o sea, de más negociación o mera adhesión, de más proceso o mera imposición. La importancia de la negociación ha llevado al alto interés que motiva en estos días, aunque vale reconocer que el mundo actual es en mucho un tiempo de la adhesión. La negociación y la mediación se vinculan más con la forma, en tanto el arbitraje y la judicialidad se caracterizan más por los repartidores.

Para la más fructífera marcha de este arco de soluciones vale reconocer, dentro del ámbito de las “**razones**” en sentido amplio, los **móviles** de los repartidores, sobre los que hay que influir, por ejemplo, para una negociación o una mediación exitosas; las razones que **alegan**, que abren el camino al **discurso** y a la **argumentación** que pretende superar la mera lógica tradicional, y las

³ “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

(3) Es posible tener en cuenta nuestro estudio “La necesidad de la “complejidad pura” de la jurisdicción judicial y arbitral”, en “Zeus”, 31/X/1995, t.69, págs. D. 83/84.

razones que adjudique la sociedad, de las que depende en mucho el éxito de la solución. En relación con el discurso hay que saber reconocer cuál es el texto de las posiciones y cuáles son los “pre-textos”.

3. El reconocimiento de la importancia de la negociación, la mediación y el arbitraje significa, en diversos grados, la admisión de la significación de los repartos **autónomos**, realizadores del valor cooperación, cuya juridicidad, según lo viene sosteniendo desde hace décadas la teoría trialista del mundo jurídico, no depende de los repartos autoritarios que satisfacen el valor poder. El trialismo ha tenido siempre en claro que ni la coacción ni la coercibilidad identifican al fenómeno jurídico. Es jurídico todo fenómeno en el que **puede realizarse la justicia** respecto de los seres humanos, sobre todo por la conducción de los hombres. Como lo señalamos al comienzo de la disertación, hay en juego una nueva y más completa concepción del Derecho.

Urge tener en cuenta que las expresiones son multívocas y la negociación significa a veces la audiencia que conduce al reparto autónomo, también desarrollada en términos de autonomía, pero además nombra con frecuencia a todo el curso previo para arribar al acuerdo, aunque muy a menudo se **presione** para alcanzarlo.

La mayor atención a los fenómenos autónomos, que tanto jerarquiza a los planteos jurídicos de la actualidad, no debe llevar a ignorar que nuestro tiempo es profundamente autoritario y que con frecuencia debajo de apariencias de autonomía se esconden importantes despliegues de autoridad, por ejemplo, de los conductores de las empresas (4).

Los repartos autónomos, a los que se puede llegar por la negociación y la mediación y en cierta medida por la “paraautonomía” del arbitraje, tienen **preferencia** óntica y dikelógica sobre los autoritarios. La primera se debe a que en principio son capaces de organizar íntegramente una sociedad sin recurrir a repartos autoritarios. La segunda surge de que son más justos desde el punto de vista de los repartidores, por la legitimidad que sus conductores tienen como interesados para resolver las situaciones y de que tienen una función indiciaria respecto de la justicia del resto de cada reparto.

En cuanto a la eficacia, los repartos autónomos, más o menos presentes en el ámbito de la negociación, la mediación y el arbitraje, pueden ser más exitosos que los autoritarios, ya que los propios interesados suelen tener más conciencia que los repartidores autoritarios respecto de los **límites necesarios** impuestos a los repartos por la naturaleza de las cosas.

4. El avance de la negociación, la mediación y el arbitraje corresponde a una concepción mas rica del orden de repartos, constituido más horizontalmente, desde la razonabilidad social que se manifiesta en la **ejemplaridad** realizadora del valor solidaridad, y no desde la planificación gubernamental en marcha, que se desenvuelve verticalmente y satisface el valor previsibilidad. En este sentido vuelve a plantearse el viejo conflicto entre la ejemplaridad, manifestada a menudo en la costumbre, en los usos de los comerciantes, etc., y la planificación gubernamental, expresada

4. Puede ver nuestro estudio “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N°19, págs. 9 y ss.

en las constituciones formales, las leyes, etc., pero ahora gana posibilidades la ejemplaridad.

Aunque no hay que confundir ni la cooperación ni la solidaridad ni el orden con la justicia, vale tener en cuenta que en muchos casos la negociación, la mediación y el arbitraje pueden contribuir a que haya un orden justo, o sea a la **pacificación**.

En países como el nuestro, en gran medida productos inconclusos de planificaciones sucesivas, aunque fueran a menudo con fines liberales, el reconocimiento de las raíces últimas del Derecho en los hombres y en el pueblo adquiere particular significación.

5. La negociación, la mediación y el arbitraje corresponden en diversos grados al tiempo actual de la llamada **postmodernidad** y del capitalismo "avanzado", que es una época de la **empresa** y el contrato, en el que más vale convencer que "tener razón" y se desenvuelven una razón y un sujeto "débiles" (5). La judicialidad expresa más el tiempo de la modernidad, del **Estado** y de la ley, que en nuestros días están en una "retirada" quizás excesiva, con sus marcos históricos de razón y sujetos "fuertes" (6). En lugar de la división espacial estatal, que organizó al fin la función judicial, hoy vivimos en días de una mundialización **globalizadora** donde los negocios tienen cada vez más por escenario el Planeta todo.

6. La negociación, la mediación y el arbitraje se desenvuelven mejor cuando se comprende que la **posibilidad** y la **finalidad objetiva** de los acontecimientos, que son categorías básicas del Derecho, son "pantónomas" (pan=todo; nomos=ley que gobierna) y brindan infinitas perspectivas que al fin debemos fraccionar pero que a su vez proporcionan muchas oportunidades para la realización de nuestras finalidades subjetivas y no las pocas a las que suele referirse el pensamiento consagrado (7).

En la negociación y la mediación es importante saber si las discrepancias generadoras de los casos se refieren a los **fines** o sólo a los **medios** y vale tener en cuenta que sobre todo los segundos pueden ser modificables.

b) Dimensión normológica

7. El éxito en las tareas de negociación y mediación depende en mucho de la destreza para la construcción de las normas y sobre todo de sus antecedentes. Los alcances con que resulte el **problema** condicionan en gran medida las posibilidades de la **solución**.

8. Para el éxito de la negociación y la mediación y para el desarrollo del arbitraje es importante reconocer que el funcionamiento de las normas, que abarca tareas de interpretación,

(5) Es posible v. nuestro estudio "Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)", en "Investigación y Docencia". N° 26, págs. 20 y ss.

(6) En cambio en cuanto al sentido moderno de la **lucha por el Derecho**, correspondiente a una individualidad fuerte, diversa del individuo casi "disuelto" de la postmodernidad, puede v. por ej. IHERING, R. von: "La Lucha por el Derecho", trad. Adolfo Posada, Bs. As., Tor, también trad. Luis M. de Cádiz, Bs. As., Atlántida, 1954. Acerca de la guerra económica y del Derecho y el pacto como base de la paz, c. por ej. CARNELUTTI, Francesco, "Cómo nace el Derecho", trad. Santiago Sentís Melendo - Mariano Ayerra Redín, Bs. As., EJE, 1959, págs. 19 y ss.

(7) Puede v. nuestro estudio "Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales", Rosario, Instituto Jurídico-Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967.

determinación, elaboración, aplicación, síntesis y conjetura, puede dar **diversos resultados** y está lejos de responder a la rigidez silogística con que lo pensó la exégesis.

Así, por ejemplo, las posibilidades interpretativas y de aplicación son diversas, sea en marcos legítimos o ilegítimos, de modo que urge **conjeturarlas** en todos sus alcances positivos y negativos para evaluar la conveniencia de esas soluciones de cierto modo “alternativas”. Es cierto que la sociedad funciona en mucho sin pleitos por la conjetura de lo que con regularidad harán los tribunales, pero esa posibilidad de previsión no es tan clara y no es sin motivo que la sabiduría popular suele decir que más vale un mal arreglo que un buen pleito.

Para realizar de manera más plena las tareas respectivas importa tener en cuenta que la negociación y la mediación son particularmente afines a la **elaboración** de normas, en tanto el arbitraje y la judicialidad se remiten más a la **interpretación** y la **aplicación**.

9. Como el propio nombre de la negociación lo indica, la negociación, la mediación y el arbitraje llevan a una formación normativa más **negocial** y menos institucional y toda sociedad necesita de esa negocialidad, como asimismo de la institucionalidad, que se expresa más por vía judicial. En este tiempo, de crisis de las grandes ideas y del Estado, la institucionalidad pierde espacio y lo gana la negocialidad.

La negociación se apoya en la destreza de la parcialidad de las partes, es “**partial**” y **parcial**; la mediación es “**impartial**” y requiere gran esfuerzo para construir la propia **imparcialidad** superando los “pre-juicios”; el arbitraje se inicia en las “**partialidades**” pero tiende a la **imparcialidad** y la judicialidad es “**impartial**” y también tiende a la **imparcialidad**.

10. La negociación, la mediación e incluso el arbitraje ponen en evidencia la función esclarecedora que tiene la comprensión del carácter **disyuntivo** de la norma hipotética fundamental, donde corresponde enunciar la predicción del cumplimiento de los acuerdos y el deber de obedecer al constituyente histórico.

c) Dimensión dikelógica

11. Las posibilidades de la negociación y de la mediación suelen enriquecerse, aunque también pueden frustrarse, con el **relativismo** axiológico subjetivista que prevalece en nuestros días. Creemos en cierto objetivismo axiológico, por lo menos en relación con cada ser, y entendemos que es en él donde debe encontrarse el equilibrio legítimo entre negociación, mediación, arbitraje y judicialidad. No obstante reconocemos la amplia difusión del subjetivismo y en relación con él vale advertir que si bien cada uno puede empecinarse en sus estimaciones y bloquear los arreglos, también debería reconocer que desde esa perspectiva las opiniones de cada sujeto valen en principio tanto como las de los demás.

12. La negociación, la mediación y de cierto modo el arbitraje muestran en nuestros días una mayor relación de la justicia con la **utilidad**, que acorta la relación entre los medios y los fines, en tanto la judicialidad expresa una **justicia** más específica. En circunstancias diversas esas vías alternativas pueden responder al despliegue de otros valores, también distintos de la justicia, como el amor. No es sin motivo que uno de los países de Occidente donde antes y más se ha desarrollado la mediación, con sentidos religiosos y utilitarios y menos referencia a la justicia, son los Estados Unidos de América.

Sin embargo, la plenitud del complejo axiológico exige que la utilidad y el amor se integren con la justicia y los tres contribuyan a la realización del más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), sin que ninguno se arrogue el lugar que corresponde a los otros valores de su mismo nivel ni se subvierta contra la humanidad.

Como ya señalamos, resulta necesaria la relación de contribución de las diversas vías de solución de conflictos que pueden aportar a la realización de la justicia y la humanidad. Hoy hay que lograr que la utilidad de la negociación, la mediación y el arbitraje enriquezca a la justicia, pero también importa evitar que la devore.

13. El diálogo entre los valores que intervienen en la negociación y la mediación hace a nuestro parecer conveniente que confluyan en esta tarea los **profesionales** del Derecho, que tienen la mayor comprensión del valor superior que deben realizar las relaciones interhumanas, que es la justicia, con la **colaboración** de auxiliares que comprendan mejor las perspectivas fácticas y los otros valores de los casos a resolver (psicólogos, médicos, ingenieros, arquitectos, etc.). Así la solución de los conflictos puede alcanzar la plena inserción en la complejidad del universo. Se trata de un fenómeno relativamente análogo al del peritaje en los juicios, aunque quizás más abierto a diversas posibilidades.

14. El reconocimiento de las clases de justicia permite apreciar que la **justicia simétrica**, que se desenvuelve en la más fácil comparabilidad de las potencias e impotencias y se favorece con la intervención de la moneda, es una vía significativa para la negociación y la mediación. Una y otra se hacen más viables cuando se reconocen la justicia "**partial**" y la justicia **dialogal**, que se vale de la admisión de diferentes razones, e incluso pueden encontrar cauces especiales en la justicia de participación.

La negociación, la mediación y el arbitraje son especialmente afines a la justicia **particular**, cuyas exigencias individualizan al Derecho Privado, en tanto la judicialidad es más necesaria, aunque no excluyente, en el desarrollo de la justicia general, cuyos requerimientos identifican al Derecho Público.

Es claro que en nuestro tiempo de las privatizaciones ganan mucho espacio la negociación, la mediación y el arbitraje, pero vale tener en cuenta que la privatización exagera y desfigura el rol del Derecho Privado. Sin Derecho Público el propio Derecho Privado pierde su última caracteri-

zación. Justicia particular y justicia general son dos de las vías complementarias para el descubrimiento de la justicia.

Para elegir entre las vías de negociación, mediación, arbitraje y judicialidad vale tener en cuenta más que la justicia de partida la justicia **de llegada**, o sea, el valor de la solución a la que en definitiva se arriba (8).

15. La justicia es una categoría **pantónoma** y reconocer sus influencias “infinitas”, de **todo el pasado, el presente y el porvenir**, contribuye a comprender que a menudo todos los protagonistas tienen a su favor exigencias de valor importantes, de modo que no sólo urge considerarlas sino que las soluciones legítimas son muy difíciles de descubrir. Aunque muchas influencias de justicia deben ser fraccionadas porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes, se ha de tener en cuenta que son posibles discrepancias fundadas que den lugar a diversas soluciones gradualmente “justas”. También se ha de considerar que cuando a alguien no le es posible realizar el reparto justo le corresponde realizar el **reparto justificado**, que es el más justo que él puede producir.

Una de las perspectivas para comprender la pantonomía de la justicia es reconocer el complejo **personal**, el complejo **temporal** y el complejo **real**. En estos sentidos se pueden mejorar las posibilidades de la negociación y la mediación recortándolos con diversos alcances: ampliando o reduciendo las proyecciones temporales, personales o reales de los trámites y de los casos a resolver. La paciencia, en que la negociación y la mediación se enriquecen con el tiempo, es una de las cualidades importantes para llevarlas al éxito.

16. La justicia como valor descubre su deber ser ideal aplicado a través de **criterios generales orientadores** y de **valoraciones** completas. El éxito de la negociación y de la mediación depende en mucho de la capacidad de superar los criterios generales orientadores para alcanzar las valoraciones completas de los casos.

Las valoraciones se producen mediante un **sentimiento racional**, o sea un sentimiento que obedece a razones, y el reconocimiento de la complejidad de su composición puede contribuir a que apoyándose en uno u otro de los despliegues el acuerdo sea mejor logrado.

También en las valoraciones puede ser de gran utilidad el **método de las variaciones**. A través de las modificaciones imaginarias de los casos pueden reconocerse cuáles son los elementos dialógicamente relevantes de las soluciones sostenidas y en qué se apoya esa importancia. Sobre esta base la negociación y la mediación se hacen más fáciles.

17. La negociación y la mediación procuran la legitimación **autónoma** por el acuerdo de los interesados y el arbitraje tiene una legitimación **paraautónoma**, en que el acuerdo consiste en la designación de los repartidores. En cambio la judicialidad posee un mayor significado de legitimación **aristocrática**, es decir, por superioridad moral, científica y técnica que legitima, así,

8. Es posible ver nuestro estudio “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.

a repartidores designados externamente. La justicia exige al fin la complementación de ambas vías de legitimidad de los repartidores.

Vale tener en cuenta, además, que actualmente se esta desarrollando una “aristocracia” de especialistas para la negociación, la mediación y el arbitraje. es decir, para la autonomía y la paraautonomía.

Si bien la negociación, la mediación y el arbitraje tienen en principio preferencia en cuanto a la legitimidad de los repartidores, vale tener en cuenta que un reparto justo ha de serlo también desde las perspectivas de los merecimientos de los beneficiarios, de las potencias e impotencias recibidas, de la audiencia con que se constituye su forma y de las razones respectivas, y en estos sentidos puede resultar superior la judicialidad.

18. La negociación, la mediación y el arbitraje son, en diversos grados, especialmente afines al **humanismo abstencionista**, que es una de las exigencias mas específicas del régimen de justicia, pero urge tener en cuenta que a menudo el régimen justo requiere además el humanismo intervencionista más presente en la tarea judicial. Un excesivo abstencionismo puede llevar con facilidad a la mediatización individualista y un desbordado intervencionismo puede conducir fácilmente a la mediatización totalitaria.

La negociación, la mediación y el arbitraje se vinculan mas, en diversos grados, con la **unicidad** que requiere el liberalismo político y con la **igualdad** que exige la democracia, en tanto la judicialidad se relaciona más con la **comunidad** afín a la “res publica”, pero el humanismo significa satisfacer la unicidad, la comunidad y la igualdad de todos los seres humanos.

La negociación, la mediación y el arbitraje sirven especialmente a la protección del individuo contra el régimen, en tanto la judicialidad realiza mas el amparo del individuo respecto de los demás y sí mismo. La realización del regimen de justicia exige resguardar al individuo frente a todas las agresiones que puede recibir.

II. La negociación, la mediación y el arbitraje en la Filosofía general

19. En el horizonte filosófico general el desarrollo de la riqueza de posibilidades de la negociación, la mediación y el arbitraje requiere el despliegue del **realismo genético**, que reconoce que el sujeto no crea sino descubre al objeto. Sólo desde un punto de vista realista puede comprenderse la complementación de todas las vías para la más justa solución de los distintos casos. En cambio el idealismo genético, que cree que el sujeto es creador, desarrolla una pretensión de omnisciencia que cercena el marco de las posibilidades.

La negociación, la mediación y el arbitraje contribuyen a la **apertura del cosmos** más allá de los cauces gubernamentales que suelen comprimirlo.

III. Conclusión

20. Además de las más amplias y mejores posibilidades de solución para ciertos casos, que satisfacen una visión “microjurídica” que se ha venido imponiendo en la comprensión de los hombres de Derecho, el desarrollo de las vías “alternativas” (tal vez mejor “complementarias”) para la solución de conflictos significa también un enriquecimiento de la perspectiva “**macrojurídica**” que se debe desarrollar. Las soluciones complementarias enriquecen el panorama de conjunto del Derecho y mejoran al fin el despliegue de la condición humana.

La mejor comprensión de la negociación, la mediación y el arbitraje es una muestra más de la idoneidad de la teoría trialista del mundo jurídico para dar cuenta del Derecho de manera amplia y profunda.

COMPRESION JUSFILOSOFICA DE LAS CARACTERISTICAS DE LA INTERNACIONALIDAD EN NUESTRO TIEMPO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) Nociones fundamentales

1) La comunidad internacional y el cambio del período histórico

1. La existencia del fenómeno internacional requiere que haya **Estados independientes** respetuosos de la independencia de los demás y **relaciones** económicas, artísticas, científicas, religiosas, etc. que hagan necesaria una compleja regulación jurídica (1).

El cambio de estilo cultural que corresponde al paso de la **“modernidad”** a la denominada **“postmodernidad”** (2) significa grandes variaciones en la internacionalidad, que nació en la modernidad y ahora posee relevantes caracteres diferentes. Ese cambio de estilo cultural tiene uno de sus momentos iniciales en la conclusión de la llamada **“Segunda”** Guerra Mundial (o segundo episodio de la Gran Guerra Mundial), quizás en el estallido de la bomba atómica en Hiroshima el 6 de agosto de 1945, pero queda claramente configurado a partir de los años **“setenta”**.

2) La comunidad internacional en la modernidad

2. La aparición de la internacionalidad referida al Derecho Público, alrededor del siglo XVI, es casi coetánea con la formación de los **Estados modernos** producida en un proceso que va desde fines de la Edad Media a los primeros siglos de la Edad Moderna.

Como ocurre en todos los fenómenos de causalidad, las causas de la aparición de los primeros Estados modernos son también muy diversas, pero quizás la más significativa sea la alianza de la burguesía con los reyes en busca de los mercados nacionales, que permitió una lucha exitosa contra los señores feudales inferiores y contra el Emperador e incluso el Papa (3). Los

(*) Notas básicas de la disertación del autor en el Seminario Permanente de Profundización de Derecho Internacional Público que se dicta en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (23 de mayo de 1996).

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

(1) En relación con el tema cabe recordar por ej. VERDROSS, Alfred, **“Derecho Internacional Público”**, 4a. ed. alemana, en colaboración con Karl Zemanek, trad. Antonio Truyol y Serra, 4a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.

(2) Es posible v. por ej. nuestro estudio **“Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”**, en **“Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”**, N° 19, págs. 9 y ss.

(3) Pueden v. nuestras **“Perspectivas Jurídicas”**, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.

Estados modernos correspondieron al tiempo de la imprenta de tipos móviles y del libro, a la época del desarrollo de los caminos y del ferrocarril y a los primeros días de la aviación.

Con el tiempo la alianza entre la burguesía y los señores feudales se rompió, como lo muestran las revoluciones inglesas y francesas, pero sobre todo en el siglo XIX los Estados modernos se convirtieron a menudo en **Estados nacionales**.

3. El surgimiento y el desarrollo de los Estados modernos fueron acompañados por todo un proceso ideológico referible de cierto modo a las tres **dimensiones jurídicas** (4).

Por una parte, en relación con la **dimensión sociológica** del Estado, cabe reconocer el pensamiento del **poder**, que posee entre sus principales exponentes a Maquiavelo, Bodin, Hobbes e incluso Nietzsche. De cierto modo, Maquiavelo expresó la liberación de la teoría del poder respecto de la moral y los otros valores que podían vincular al mundo viejo; asimismo acuñó la voz "Estado", que tiene mucho más afinidad con lo establecido que la "república", donde hay despliegues de bien común y de esos valores marginados. Bodin desarrolló la idea del poder sin límites, que alcanza la condición de soberano. Hobbes defendió el monopolio del poder en manos de los gobernantes. Nietzsche al fin se refirió a una voluntad de poder más allá del bien y del mal, más allá incluso del Estado.

Con miras a la **dimensión dikiológica** del Estado vale recordar que a fines del siglo XVII y en el siglo XVIII, luego de la doctrina del monopolio autoritario hobbesiano, se desarrollaron las ideas liberales y democráticas y que además se llegó a la noción de Estado de Derecho (5).

Quizás la más fuerte expresión del pensamiento del Estado en cuanto a esta dimensión esté en la idea de la **eticidad estatal**, que desarrolló Hegel como momento dialéctico superador, dentro del espíritu objetivo, del Derecho y la moral e incluso de la familia y la sociedad civil. La teoría hegeliana del Estado tuvo diversas proyecciones según se tratara de las líneas predominantes de derecha o de izquierda o incluso del centro liberal, pero significó, sobre todo en los dos primeros casos, la honda creencia en una misión histórica estatal.

En vinculación con la **dimensión normológica** cabe tener en cuenta la concepción de Kelsen, que termina identificando al Estado con el **ordenamiento normativo**. A diferencia del fuerte contenido de la concepción alemana de Hegel, Kelsen, un austrohúngaro de origen judío, pensó en un Estado relativamente "vacío", como era el del Imperio en que nació. Los grandes conflictos que estallaron en la región apenas se produjo el debilitamiento de los aparatos estatales, sea luego de la caída de los Habsburgos o de la disolución del imperio ruso-soviético son una muestra de la mera formalidad que en mucho imperaba en la estatalidad respectiva.

Importa tener en cuenta que en ciertas áreas el Estado moderno fue una formación

(4) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico y de las dimensiones jurídicas 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.

En cuanto a la historia de las ideas jusfilosóficas es posible v. nuestras "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94. Acerca de la historia de las ideas políticas c. por ej. GETTELL, Raymond G., "Historia de las ideas políticas", trad. Teodoro González García, 2a. ed., México, Nacional, 1967.

(5) Puede v. por ej. SANCHEZ VIAMONTE, Carlos (Dr.), "Estado de Derecho", en "Enciclopedia Jurídica Orbea", Bs. As., Bibliográfica Argentina, t. X, 1969, págs. 891 y ss.

autóctona y en otros países, entre los que se encuentran incluso algunos europeos y muchos hispanoamericanos, fue un producto **recibido** y no bien asimilado. Muchos “Estados” marginales fueron y son prehobbesianos, lo que quiere decir en gran medida “preestatales”.

4. Es sobre esa base de estatalidad diversificada pero a su vez dotada de relaciones económicas, artísticas, científicas, etc. e incluso religiosas heredadas de muchos siglos de vida en común, que primero apareció la **comunidad internacional juspublicista** y luego surgió la **comunidad internacional jusprivatista**. Según ya indicamos, la primera se constituyó de modo nítido sobre todo a partir del siglo XVI entre algunos países europeos. Contó entre sus principales ideólogos a Vitoria, Suárez y Grocio (6). Luego, en mucho por el desarrollo de las relaciones económicas que excedían los marcos estatales, se desenvolvió desde el siglo XIX la comunidad internacional jusprivatista, que tuvo entre sus primeros grandes expositores a Savigny.

Muchos factores, entre los que se destacan la **dependencia** y la **mala recepción** del fenómeno estatal en numerosas áreas, hicieron que la internacionalidad al respecto no resultara fácil e incluso no fuera del todo una realidad. La difusión del Estado local, que al fin comenzó a sustituir ampliamente al colonialismo en las postrimerías de la modernidad, fue a menudo una manifestación estratégica de la dominación internacional. En los años que siguieron inmediatamente a la modernidad la existencia de Estados independientes y el respeto entre ellos alcanzaron formalmente a todo el Planeta, sobre todo llevados por las ondas de la común cultura económica capitalista, pero quizás las discordancias entre las estructuras estatales y las diferencias sociales y culturales eran demasiado significativas. El respeto **invocado** estuvo lejos de ser respeto **realizado**.

5. La **realidad básica** de la internacionalidad, en la que ésta encuentra al fin su mayor fundamentación, son las diferencias culturales, los distintos estilos humanos de los que da cuenta en parte el **Derecho Comparado**. El estudio profundo de la comunidad internacional sólo puede hacerse sobre el conocimiento del panorama comparativo.

La comunidad internacional europea permitió en cierto momento una **diversidad cultural** referida de modo predominante a la utilidad, pero que toleraba otros valores como la verdad, la belleza, la santidad, etc. En la modernidad europea hubo un difícil equilibrio entre la mística rusa de Tolstoi, los extremos de la razón sistemática alemana de estilo hegeliano, el pensamiento cartesiano francés y la experiencia anglosajona alimentada desde el occamismo.

El panorama planetario de la modernidad mostró asimismo un complejo panorama en el que, además de la cultura “occidental”, llegaron a existir, en el área rusa, la cultura soviética, de cierto modo derivada de ella y, en marcos más “distantes”, las culturas del Islam, de la India, del Extremo Oriente y del Africa Negra. De la pluralidad de esas culturas dependía en mucho la subsistencia de la auténtica internacionalidad.

6. El **poder** de la comunidad internacional de la modernidad quedó en el nivel que brinda la comprensión **maquiavélica**, pero no alcanzó al monopolio en un gobierno como lo requirió el planteo hobbesiano. En relación con esta dispersión del poder se ha sostenido la falta de carácter

(6) GROCIO, Hugo, “Del Derecho de la Guerra y de la Paz”, trad. Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925.

jurídico del Derecho Internacional Público que, sin embargo, a nuestro parecer está totalmente a salvo porque la juridicidad no depende del monopolio gubernamental de la coacción, sino de las posibilidades de realizar la justicia. Se ha entendido que en ese “estado de naturaleza” internacional no existiría el “Derecho” Internacional, sin apreciar que al hombre le es imposible estar fuera del fenómeno jurídico.

A fines de la modernidad se intentó cierta gubernamentalización de la internacionalidad a través de la Sociedad de las Naciones, continuadas por las Naciones Unidas, para que brindara un monopolio del poder e incluso hubiera una división de poderes, pero en la realidad los resultados no fueron satisfactorios.

La internacionalidad de la modernidad significó cierta **eticidad débil**, derivada de la de los Estados. Hegel dijo que se trataba de una referencia “negativa” del Estado consigo mismo, como relación de un Estado con otro y como si la negación fuese algo exterior (7). Sin embargo, la existencia de una comunidad pública y al fin también privada reflejaba que en alguna medida esa eticidad existía. Mucho se discutió si la **norma hipotética fundamental** correspondía a los ordenamientos estatales o a la misma comunidad internacional (8).

3) La comunidad internacional en la postmodernidad

7. La **estatalidad radicalizada**, en mucho en base al despliegue de la voluntad de poder y a fuertes pretensiones de eticidad, que en los extremos fueron racistas o clasistas, llevó al **estallido bélico** de la modernidad. De cierto modo puede decirse que la modernidad culminó con una “explosión” cultural. El incremento de la oposición “amigo-enemigo” llegó al enfrentamiento total.

En los grandes episodios guerreros de este siglo que fenece se evidenciaron conflictos insalvables entre las diversas subculturas más o menos “occidentales” y al fin triunfó ampliamente la vertiente **anglosajona**, que derrotó a la alemana, absorbió a la francesa y luego provocó -por lo menos hasta el presente- el desmoronamiento de la rusa.

Puesta en la opción, oportunamente Francia se inclinó, como era previsible, por la vertiente anglosajona, pero parte de ella, porque de cierto modo fue “a mitad de camino” entre Inglaterra y Alemania, también perdió la guerra. Con aspiración ilustrativa, podría decirse que Hegel y de cierto modo Descartes, pero incluso Santo Tomás de Aquino y también Tolstoi perdieron, antes o después, la guerra “caliente” o “fría” frente a Occam.

Es más, con el desarrollo de sus propias contradicciones internas, también la Inglaterra victoriana y de cierto modo la propia raíz sajona “histórica” han resultado derrotadas. La “guerra civil” de Occidente rompió el momento de equilibrio que había significado el tiempo de los Estados y, por lo menos por ahora, hay un bando vencedor que en mucho constituye el estrato económico y tecnológico dominante de la cultura postmoderna.

No es sin motivos que ahora son corrientes muy influyentes la **cultura analítica**, que va

(7) HEGEL, Guillermo Federico, “Filosofía del Derecho”, trad. Angélica Mendoza de Montero - Francisco Messineo, 3a. ed., Bs. As., Claridad, 1944, pág. 268 (párrafo 323).

(8) Acerca de la historia de la comunidad internacional cabe recordar por ej. PUIG, Juan Carlos, “Derecho de la Comunidad Internacional”, reimp., vol. I, Parte General, Bs. As., Depalma, 1975, págs. 41 y ss.

desde la “filosofía” a la música (9) y dista tanto del peso estatal de una filosofía como la de Hegel o de una sinfonía y la **filosofía crítica**, que tan a menudo cuestiona a la estatalidad.

8. Los teóricos de la llamada **postmodernidad** (10) suelen limitarse a considerar la **superficie de debilitamiento** de la razón y del sujeto, considerado en mucho un **producto** socioeconómico circunstancial. No obstante, pese al imperio del discurso y a la fractura de diversas manifestaciones de la vida, en su realidad **profunda** la postmodernidad tiene una estructura monolítica donde imperan el despliegue de la **economía** y su valor **utilidad**. Todo se resuelve en el juego de los intereses (11).

Una sola **lengua** y un solo **mercado** constituyen realidades básicas en un mundo donde los lugares sólo surgen de la economía pero no de la situación geográfica natural, donde luego de imponerse, en la misma lengua inglesa, el “made in ...” hoy sólo es significativo el “made by ...”.

En la postmodernidad se **permiten**, aunque sea en diversos grados y con distintas legitimidades, realidades que antes ni siquiera podían mencionarse o imaginarse, como el amor libre, la homosexualidad, la drogadicción e incluso las técnicas que intervienen en la reproducción humana, pero no es admisible que alguien sea **inútil**, que no participe de la **producción**, de la **distribución** y sobre todo el **consumo**. Se puede hacer o “ser” fácilmente todo lo que hemos referido, lo cual en parte puede ser un adelanto, pero en cambio, por ejemplo, es muy difícil ser anciano sin resultar “reubicado” en una guardería, contra todas las exigencias intergeneracionales de la vida, para que consuma como le corresponde o por lo menos no estorbe. En la postmodernidad los que no tienen un lugar en el sistema económico, sean ancianos, niños, científicos, artistas, lisos y llanos desempleados, etc. resultan francamente marginales.

En la actualidad más que saber importa convencer y más que convencer se quiere **seducir**. La ciencia, con la que la modernidad terminó sustituyendo a la filosofía, es hoy reemplazada por la **técnica**, que muchas veces deja de dirigirse al dominio del mundo y se refiere al manejo de los hombres. La selección sólo se hace con criterios utilitarios y los merecimientos se crean según convenga a los medios económicos, no sólo de las empresas institucionalizadas, sino de los hombres en particular.

A diferencia de la modernidad, que centró sus intereses en el propietario y en el productor, ahora la figura paradigmática es el **consumidor**, “fabricado” según las necesidades sociales, y no es por casualidad que también tanto se habla de su protección. El propietario y sobre todo el productor son básicamente adultos, pero quizás el más fácil consumidor sea el **adolescente**. La postmodernidad parece generar una sociedad adolescente.

(9) En este sentido cabe tener en cuenta, por ejemplo, al “**minimalismo**” desarrollado como corriente musical desde los años sesenta, apoyado en la fragmentación.

La ruptura de los complejos estatales guarda correlación con el imperio de los ritmos, interrumpible en cualquier momento, y con la decadencia de las melodías. Es significativa la “lógica” simple de la musicalidad actual.

(10) C. v. gr. LYOTARD, Jean-François, “La condición postmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, 2a. ed., Bs. As., REI Argentina, 1991.

(11) El hombre de la postmodernidad puede sucumbir fácilmente ante la tentación bíblica expresada, por ejemplo, cuando se dijo a Jesús “Si eres el Hijo de Dios, di que esas piedras se conviertan en panes” (Mt., IV, 3). Parece vender, tal vez más que nunca, la libertad por el pan y el milagro, en este caso tecnológico. Como quizás lo diría Dostoiewski, se suprime la libertad para hacer a los hombres “felices” y no existe ninguna “ciencia” que dé pan mientras se permanezca libre. El hombre postmoderno enajena la libertad en un sistema económico cerrado que paradójicamente hace la apología de la libertad. Según lo señalaría el ruso genial -haciéndose eco de un problema que excede ampliamente a la circunstancia de la

Frustrado ya el propósito hobbesiano de sacar el **maquiavelismo** de la masa social, éste es muy a menudo el criterio último de las relaciones interhumanas, que se hace más notorio y quizás más grave cuando es prehobbesiano, o sea cuando no ha mediado la sólida constitución gubernamental del Estado, y no cuando es de cierto modo posthobbesiano, es decir, cuando llegó a haber una estatalidad consistente.

En la sociedad postmoderna mucho se desarrolla en el poder del **discurso** y en el mero juego de los **intereses**; las ideologías son con frecuencia sólo instrumentos de negociación de las conveniencias. La lealtad se extingue y el honor y la virtud se hacen cada día más raros. En muchas áreas la responsabilidad es sólo pecuniaria y a menudo es hipertrofiada, adjudicándola por el sólo tener recursos económicos, o termina siendo nula para quienes no los poseen. La corrupción es más evidente que en otras épocas por la difusión de los medios de comunicación, pero también es mayor.

Al fin todo se **pacta** y, conforme sea conveniente, puede resultar más valioso acordar con un delincuente que restablecer y resguardar la condición de sus víctimas. La sociedad postmoderna no tiene la nitidez necesaria para diferenciar al amigo del enemigo y resulta particularmente **viscosa**. El espacio que dio a la vida el desarrollo de la modernidad resulta al fin **comprimido** en un sentido material, como la medievalidad lo hizo pretendiendo una vertiente espiritual (12). El potencial tecnológico hace que el cerramiento actual sea mucho más estrecho.

El desarrollo de la utilidad, la propiedad privada, el espíritu empresario y la economía han enaltecido la vida en muchos aspectos pero, sin negarlos, vale procurar **superarlos** con un sentido al fin justo y humanista. La postmodernidad significa una gran crisis del sentido humanista que difundió la modernidad (13).

9. En este clima el **Estado**, que fue bastión de muchos de los caracteres que desaparecen, se **desintegra** en la sociedad civil (14). Reiteradamente hemos destacado que en nuestro tiempo la presencia del Estado de la modernidad se encuentra desafiada, desde **afuera**, por poderes económicos y otros despliegues culturales mundializados que lo exceden, y desde **adentro**, en mucho por otras fuerzas económicas sectoriales y por regionalismos.

Los **medios de comunicación** satelitales, la **informática**, los **viajes interestaciales** e incluso las posibilidades de la **ingeniería genética**, también en el marco de su aplicación a los seres humanos, significan tal vez la mayor crisis básica de los marcos de los Estados modernos.

Una de las manifestaciones más claras de la situación de crisis del Estado moderno es la fuerte tendencia a la **privatización**. Entre los grandes interrogantes promovidos por ella está el de saber si el Estado se contrae para sanearse, como suele invocarse, o se disuelve en la sociedad civil. Vale tener en cuenta que el sentido "privado" sólo existe de modo pleno en equilibrio con lo

Inquisición, a la que él se refería- Jesús en cambio había rechazado la bandera del pan de la tierra por el pan del cielo y la libertad del hombre (DOSTOIEWSKI, Fedor, "Los hermanos Karamazov", trad. José Baeza, 2a. ed., Barcelona, Juventud, 1988, "El gran inquisidor", págs. 244 y ss.).

(12) Puede v. 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.

(13) Es imposible la calificación final de la postmodernidad, en gran medida por la falta de perspectiva, pero creemos que, sin desconocer algunos avances muy importantes, de cierto modo puede decirse que en diversos aspectos es un período de **decadencia** que ha sucedido a la cultura y la civilización reinantes en la medievalidad y la modernidad.

(14) Es posible v. nuestro artículo "Jusfilosofía de la disolución del Estado en la "sociedad civil", en "Investigación ..." cit., N° 23, págs. 33 y ss.

“público” y es diverso de la radical privatización que se difunde en tantos países.

Otra expresión de la crisis estatal es la frecuente sustitución práctica de los procesos judiciales por las apreciaciones de los medios de comunicación de masas (15). Por lo menos en países como el nuestro, la crisis del Estado se expresa también en el debilitamiento de la división de poderes, con la tendencia a sumergirlos por igual en las componendas de partidos y sectores. Asimismo la crisis estatal se evidencia en la reiterada exclusión de las funciones militares, en gran medida resignadas a la labor de policía mundial de las grandes potencias, en especial de los Estados Unidos de América.

El mundo tal vez adolescente fabricado con fines de promover el consumo por la postmodernidad tiene muy poco compromiso nacional, mas el Estado sin nación es muy difícil de mantener, sobre todo cuando hoy las decisiones son adoptadas por un gobierno más o menos popular.

10. En la postmodernidad la **internacionalidad** de la modernidad resulta desafiada por la **globalización** predominante, a la cual a menudo se pretende evitar o encaminar en términos de integración regional supraestatal, e incluso por el reto de la radicalización, con frecuencia sólo de superficie, de los fenómenos **estatales** y **regionales** menores. La internacionalidad nació a comienzos de la modernidad y de la mundialización, mas hoy en la postmodernidad se niega, en mucho en términos de globalización.

La sociedad actual no reconoce “límites”, tampoco los que diferenciaron en sentido espacial a los Estados. Sólo se limita cuando no encuentra campo para la utilidad. La intensidad de las relaciones, en profundidad de carácter económico, tiende a negar por la afirmación del segundo requisito el primero de los supuestos de la internacionalidad.

11. Uno de los rasgos del mundo de nuestro tiempo es esa crisis de la división geográfica que caracterizó a la internacionalidad y la creciente escisión de la vida en el Planeta en sentido **horizontal**. En esta época, en la que puede hablarse con un significado amplio de “no lugares”, más que el Estado al que se pertenece parece importar -al fin con ciertas afinidades “clasistas” pero sin “lucha” de clases- la integración o no en la sociedad económica y tecnológica global.

En el panorama de la compleja realidad básica de que daba noticia el Derecho Comparado se producen grandes transformaciones porque en ciertas perspectivas, sobre todo de sectores con altos recursos económicos, las diversidades tienden a borrarse y en otros casos culturas milenarias, desestabilizadas por la sociedad de consumo, son sumergidas en la anomia. Las diferencias nítidas se hacen historia (16).

Sin embargo, hay distinciones que subsisten de manera muy considerable, como la del

(15) Dostoiewski pone en boca del gran inquisidor en su discurso a Jesús “Si hubieras seguido este tercer consejo del poderoso Espíritu, habrías dado a los hombres todo lo que buscan sobre la tierra: un dueño ante el que inclinarse, un guardián de su conciencia y el medio de unirse al fin cordialmente en un hormiguero común, pues la necesidad de la unión universal es el tercero y último tormento de la raza humana.” (DOSTOIEWSKI, op. cit., págs. 254/55). Los nuevos “guardianes” de la conciencia son en mucho los medios de comunicación de masas. Quizás todos los valores cuando son radicalizados, con la única excepción de la humanidad, lleven a la venta de la libertad y a la opresión que se expresó por la vía de la Inquisición.

(16) Puede v. nuestro artículo “Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho”, en “Investigación ...” cit., N° 20, págs. 107/108.

enfrentamiento entre la cultura marítima de estilo **europ**eo y la cultura mediterránea del área continental **asiática** y las de los sectores **marginales** (17). En este momento la gran línea de tensión de la cultura planetaria, en la que se instalan al fin la internacionalidad y la globalización, parece pasar quizás, como hace milenios, entre “Europa”, con su unilateralizada prolongación norteamericana, y Asia (18).

12. En el panorama mundial de nuestro tiempo viene desarrollándose una concentración del poder de tipo **gubernamental** que tal vez prepare una **estatalidad mundial hobbesiana**. Esta nueva realidad se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en la represión de la “revolución” de la guerra de Malvinas y parece haberse acentuado con la caída de la Unión Soviética, aunque no ha resultado suficiente para poner freno a los conflictos en varias áreas del Planeta.

Los criterios supremos del gobierno de esa estatalidad mundial en formación serían en primer término la preservación del **mercado** y en segundo lugar cierto despliegue de los **derechos humanos** y la **democracia**, por lo menos de tipo formal. Los supremos repartidores de esta especie de gubernamentalidad mundial son aparentemente los gobernantes de los Estados que representan grandes poderes económicos, pero en última instancia son los administradores de la economía. Vale preguntarse si al fin se cumplirá el sueño anarquista sansimoniano de la mera **administración de las cosas**.

Las relaciones entre los criterios del mercado y los derechos humanos y la **demo**eracia resultan, sin embargo, bastante tensas, porque el mercado excluye a grandes sectores, por ejemplo de desocupados, cuyos votos son obtenidos hasta ahora por la consistencia del sistema económico del consumo y por el manejo de los medios masivos de comunicación. El derrumbe del sistema soviético parece haber hecho evidente que la economía debe ser manejada libremente por empresarios, mas uno de los grandes desafíos consiste en que la vida en su totalidad no ha de reducirse a la economía. Hoy prevalece cierta **eticidad** empresarial, pero cabe interrogarse si el capitalismo evolucionado desarrollará una nueva **eticidad estatal**.

En nuestro tiempo parece claro que la norma hipotética fundamental se va desplazando hacia la comunidad internacional, al punto que incluso se sostiene la primacía de los tratados internacionales no sólo respecto de las leyes sino sobre las constituciones.

Las grandes transformaciones postmodernas no sólo afectan al Derecho Internacional Público. Por el contrario, en correspondencia con la privatización el Derecho Internacional Privado se convierte en mucho en **Derecho Privado Internacional** y en gran medida en el claro conductor de la “internacionalidad”. Con frecuencia las actividades de los sectores “públicos” son evaluadas con miras al servicio que brinden al empresariado a nivel internacional.

Sin embargo, quizás además de la internacionalidad entre los Estados y de la interempresarialidad haya que ocuparse ahora de la “**intersectorialidad**”, sobre todo privada, de los diversos estratos sociales de proyección mundial.

En cierta marcha “**dialéctica**”, luego de la “tesis” economía local y “Estado” local del

(17) En relación con el tema es posible c. nuestro estudio “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

(18) La guerra de Malvinas fue en mucho una lucha interna, quizás con más rasgos de “policía”, en tanto la guerra del Golfo es una muestra de lucha externa, con la mayor radicalización que le es inherente.

feudalismo se pasó a la relativa “antítesis” de búsqueda de la economía nacional todavía con “Estado” local, de aquí se desarrolló una “síntesis” de economía “nacional” y Estado “nacional” y, convertida esta “síntesis” en nueva “tesis”, se está desenvolviendo una “antítesis” de economía mundial y Estados “nacionales” que quizás llegue a una “síntesis” de economía mundial y Estado mundial.

b) Comprensión filosófica de las características de la internacionalidad en la actualidad

13. La comprensión de los caracteres de la internacionalidad de nuestro tiempo se enriquece con la consideración de las perspectivas que brinda la teoría **trialista** del mundo jurídico y con su **comparación** con los rasgos de la internacionalidad de la modernidad.

1) El mundo jurídico

a') Dimensión sociológica

a'') Los repartos y las distribuciones

14. En cuanto a la dimensión sociológica, se advierte el paso de una mayor pretensión de conductas repartidoras, propia de la modernidad, a un mayor juego de la espontaneidad de las distribuciones de las **influencias humanas difusas**, e incluso de cierto despliegue del azar y la naturaleza, que caracteriza a nuestros días.

La internacionalidad de la modernidad estuvo signada por la fuerte presencia de conductores que pretendieron lugares heroicos, pero luego de las exageraciones de personajes como Hitler o Stalin sólo se generaron fenómenos finales como el de de Gaulle y, al fin, se produce el protagonismo de los empresarios y de las figuras de meros administradores de la sociedad. Como ya señalamos, puede decirse, en términos sansimonianos, que en cierto sentido los dirigentes actuales son en mucho sólo funcionarios de las uniones “libres” entre hombres “libres”.

b'') Las clases de repartos

15. Los repartos pueden ser autoritarios o autónomos y, como hemos expresado, una de las críticas que se han dirigido infundadamente al carácter jurídico del Derecho Internacional Público es la falta de la coacción gubernamental que se obtiene con repartos autoritarios. Sin embargo, como también dijimos, parece que va formándose un sistema de coacción unificado de las grandes potencias, que ya no tienen conflictos armados entre sí y suelen ponerse de acuerdo en ese sentido. Tal vez hoy no pueda sostenerse que el agente de descomposición y recomposición del sistema internacional sea “... el uso de la fuerza, ... último recurso de todo poder político” (19).

En la internacionalidad las dos clases de repartos han sido relacionadas respectivamente con

(19) BOBBIO, Norberto, “Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci”, trad. Juan Carlos Bayón, Madrid, Debate, 1985, pág. 256.

la **guerra** y la **paz**. Luego de muchos sucesos bélicos, la modernidad acabó con el gran estallido mundial de este siglo, y ahora la guerra resulta con frecuencia radicalmente condenada, sin que se admitan siquiera diferenciaciones respecto de las guerras de liberación, tal vez porque el régimen tiene la astucia de imponer ese punto de vista (20).

Si no hay verdadera paz, que es orden con justicia, por lo menos parece que hay no beligerancia. Esto no impide que excepcionalmente se produzcan guerras locales que suelen ser versiones vicarias de grandes conflictos culturales, como las que se producen en el Medio Oriente (zona "caliente" del agudo choque entre Asia y Europa) y en la ex Yugoslavia (en gran medida área de enfrentamientos entre el catolicismo, la ortodoxia y el islamismo). También en el marco del Derecho Internacional Privado, los acuerdos entre países y empresas y entre empresas tienen creciente rol protagónico.

c'') El orden de los repartos

16. Los repartos pueden estar ordenados verticalmente según el plan de gobierno en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, y horizontalmente conforme a la ejemplaridad, que se desarrolla según la marcha de razonabilidad del modelo y el seguimiento.

La internacionalidad de la modernidad se apoyó en gran medida en la ejemplaridad de los Estados manifestada bajo la forma de la costumbre, pero pretendió reforzar el orden con una planificación que, según indicamos, tuvo su primera gran manifestación en la Sociedad de las Naciones y culminó en las Naciones Unidas, nacidas cuando ya cambiaba la edad de la historia. Sin embargo, el régimen internacional de la modernidad y los primeros tiempos siguientes vivió grandes claudicaciones y la planificación se desarrolló a menudo fuera de esos marcos institucionales. Los acuerdos entre las grandes potencias marcaron directamente el orden internacional, con prescindencia de la obra de las instituciones de paz, que sobre todo tuvieron y poseen cierta eficiencia en el ámbito socioeconómico y en la oportunidad para el discurso.

Como hemos señalado, hoy parece ganar espacio la marcha de una **planificación** de los países económicamente poderosos y de las empresas. Es además posible que, uniformadas las decisiones últimas en el marco capitalista, las instituciones internacionales tengan al fin dentro de él mayor espacio para su desarrollo. Luego de la guerra fría se acentúa al fin el predominio de la planificación y de la ejemplaridad empresariales.

La razonabilidad internacional actual tiene importantes foros para el **debate** entre los que se destaca el de las Naciones Unidas, aunque no siempre lo que allí sucede alcanza eficacia. Mucho de esa razonabilidad se concreta, en cambio, en los usos de los comerciantes.

d'') Los límites de los repartos

(20) V. en relación con el tema por ej. BOBBIO, Norberto, "El problema de la guerra y las vías de la paz", trad. Jorge Binaghi, Barcelona, Gedisa, 1982.

Vale recordar que desde hace siglos se ha reconocido la incompatibilidad de la guerra con el espíritu comercial que "... tarde o temprano, acaba apoderándose de los pueblos" (KANT, Immanuel, "La paz perpetua", trad. Baltasar Espinosa, Madrid, Aguilar, 1966, pág. 87).

17. Los repartos pueden tropezar con límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas. La internacionalidad de la modernidad soportó grandes obstáculos, que culminaron en el choque mundial de este siglo. Hoy también hay fenómenos bélicos, pero las defecciones de la internacionalidad surgen principalmente de la fuerza de la globalización.

b') Dimensión normológica

a'') Las normas y sus fuentes

18. En la dimensión normológica la internacionalidad ha evidenciado siempre una especial dificultad para asegurar la **exactitud** de la generalidad de las normas. Muchas de las fuentes de normas internacionales han resultado frecuentes **espectáculos** o instrumentos de **propaganda**. Sin embargo, como hemos señalado, parece que hay cierta tendencia a obtener exactitud a través de la consolidación del régimen económico.

El crecimiento de cierto modo “negativo” de la comunidad internacional en nuestro tiempo se manifiesta en la multiplicación de los **tratados** y de los **contratos**. En éstos no sólo a veces se elige el Derecho aplicable sino que en otros casos se llega a prescindir del Derecho de todos los Estados (autonomía “universal”).

Las **sentencias** y los **laudos** son muy frecuentes. La crisis de la jurisdicción estatal se manifiesta en el incremento en el recurso al arbitraje, a cuyo servicio aparecen organismos especializados también en el marco internacional.

b'') Los productos de las normas

19. Aunque en relación con la consistencia del régimen crecientemente globalizado tiene una carencia de institucionalidad formal, la internacionalidad de nuestro tiempo ha ido desarrollando una trama de **organismos** y **órganos** muy importante. En relación con ella cabe destacar también, por ejemplo, la del marco de la integración de la Unión Europea.

c'') El ordenamiento normativo

20. La transformación quizás “preestatal” de la comunidad internacional actual se expresa con particular intensidad en los procesos de integración, llegándose al desarrollo de niveles institucionales de supraestatalidad. Como hemos señalado, cada vez más el **vértice** de la pirámide supera la normatividad estatal (21).

c') Dimensión dielógica

a'') El complejo de valores

(21) En relación con el tema c. por ej. KELSEN, Hans. “Teoría General del Derecho y del Estado”, trad. Eduardo García Máynez, 3a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México 1969 págs 390 y ss

21. En la dimensión dikelógica se advierte que la comunidad internacional de la modernidad tuvo un complejo de valores relativamente más diversificado y más proyección de **justicia**, en tanto en la postmodernidad su valor francamente predominante es la **utilidad**.

Tal vez para que la globalización y la coexistencia de sus diversos estratos sean posibles se requiera que, como sucede, bajen la alta intensidad axiológica de las referencias de justicia y aumenten las remisiones a la utilidad. La gente de la postmodernidad acepta cada vez más las injusticias si son útiles.

La internacionalidad de la modernidad se apoyó en valores mucho más “localizadores”, como la verdad, la justicia, el amor, etc., en tanto la utilidad de la que se vale la globalización postmoderna **desarraiga** y remite a los **grandes centros** del poder económico. La verdad, la justicia, el amor, etc. jerarquizan también a los individuos y los Estados pobres, la utilidad eleva a los grandes protagonistas de la economía.

El mayor problema de la internacionalidad actual es evitar los desbordes de la utilidad, que a veces se arroga el lugar de otros valores del mismo nivel y se subvierte contra la **humanidad**, el más alto valor a nuestro alcance.

b'') Las clases de justicia

22. El debilitamiento del Estado y la globalización corresponden en la comunidad internacional de la postmodernidad al debilitamiento de la justicia extraconsensual, con acepción (consideración) de personas, asimétrica, espontánea, de participación, absoluta y general. El imperio de la economía hace prevalecer, en cambio, la justicia **consensual, sin acepción de personas, simétrica, conmutativa, de aislamiento, relativa y particular**. Uno de los problemas importantes de la actualidad es la preservación de la justicia general, referida al **bien común**, al que los Estados suelen remitirse ahora con menos intensidad y que no tiene suficiente resguardo en el marco internacional. Cuando el Derecho Privado se mundializa no hay, por lo menos todavía, un Derecho Público debidamente intenso para la comunidad internacional.

c'') La justicia de los repartos aislados

23. Uno de los problemas graves de la internacionalidad actual es que los gobiernos que ejercen el poder de policía mundial tal vez en creciente formación son elegidos por los habitantes de los países respectivos, pero ejercen su fuerza real o eventual sobre todos los habitantes del Planeta, planteando así una crisis de legitimidad de los repartidores. Si bien son repartidores **infraautónomos** democráticos en sus marcos de origen, respecto del resto son mucho menos autónomos, tal vez pueda decirse de cierto modo con autonomía sólo “refleja” y quizás **antiautónomos** (meramente de facto). Además cabe tener en cuenta que el poder de las empresas

económicas, que incluso limita el de los Estados centrales, es ejercido a menudo por repartidores que sólo tienen una débil legitimación aristocrática **tecnocrática** y cierta autonomía de mercado y por el resto son también **antiautónomos**.

En el desarrollo de la comprensión trialista de las Naciones Unidas se destaca que poseen una estructura demoliberal. Es democrática en cuanto el derecho al veto en el Consejo de Seguridad corresponde a algunos de los Estados más poblados; es liberal porque en la Asamblea todos los Estados, grandes y pequeños, tienen un voto.

Los últimos tiempos de la modernidad y la postmodernidad se han visto signados por la ampliación, en mucho formal pero también material, de la preocupación por los objetos repartidores en la comunidad internacional, con vastas referencias a la salud, la alimentación, la educación, el trabajo, etc. Importa tener en cuenta la atención que, sobre todo desde la fundación de las Naciones Unidas, reciben los derechos humanos. No obstante, el objeto que en profundidad más interesa es la **propiedad** como integrante del sistema económico global.

d'') El régimen de justicia

24. Uno de los grandes problemas de la globalización es cómo lograr que en todo caso sea en verdad **universalización** y permita que cada hombre sea tomado como fin y no como medio, según lo exige el humanismo. En la internacionalidad actual, bajo la apariencia de la igualdad, la unicidad pierde espacios que legítimamente le corresponden y la comunidad no encuentra suficientes vías de expresión.

El desarrollo de la internacionalidad ha contribuido y contribuye a la protección del individuo contra los regímenes estatales mediante la división del poder, pero ahora esta división se debilita con la **consolidación** del régimen mundial. La internacionalidad facilita cada vez más el amparo respecto de los demás individuos mediante la **colaboración** judicial y policial y esto es altamente positivo por la globalización de las amenazas. A su vez, como hemos indicado, la internacionalidad viene contribuyendo de manera creciente al amparo contra “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.), donde las instituciones han alcanzado, según dijimos, su mayor grado de eficiencia.

2) El horizonte político

25. La internacionalidad de la modernidad tuvo importante diversidad de posibles perspectivas **políticas** reales, aunque ellas fueran menos intensas. Hoy se ha incrementado la cantidad y la intensidad de las vinculaciones, de modo que en la política internacional se reconocen más sentidos económicos, sanitarios, artísticos, científicos, jurídicos, etc., pero todos son crecientemente dominados por la **política económica** (22).

(22) En el marco de la abundante bibliografía acerca de las relaciones entre el Estado y la comunidad internacional v. también por ej. LASKI, Harold, “Introducción a la política”, trad. C. Sans Huelin, Bs. As., Siglo XX, 1970, págs. 139 y ss. También en relación con el tema pueden v. por ej. los cursos afines del “Recueil des Cours” de la Académie de Droit International, v. gr. el de L. HENKIN “International law: politics, values and functions. General course on public international law”, t. 216, págs. 9 y ss.

COMPRESION TRIALISTA DE LA NUEVA CONCIENCIA DEL DERECHO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. La "exterioridad" del fenómeno jurídico suele desviar su estudio hasta el punto de ignorar la **subjetividad** de sus **raíces** en la conciencia de los hombres. No obstante, sobre todo en períodos críticos como el actual, de la llamada "**postmodernidad**" (1), cuando la **crisis** llega al punto de creerse que no habrá más cambios ni crisis y los avances de la Economía y de la utilidad ponen en cuestión la existencia misma del Derecho con sus valores específicos, la consideración de la **conciencia jurídica** resulta altamente significativa.

La crisis actual de la conciencia del Derecho posee caracteres diversos según los distintos ámbitos, pero en los países más o menos marginales, tal vez en parte por estar sujetos a grandes cambios imponderables, se hace notoria de manera especial.

Hacer la crítica de la conciencia del Derecho de estos días no significa en modo alguno desconocer, con una ilegítima actitud "tremendista", los importantes **progresos** que la humanidad ha logrado en el campo jurídico y en la vida en general en los últimos siglos y en la época que nos toca vivir.

A nuestro parecer, el estudio de todos los temas del Derecho, y en nuestro caso el que abordamos en esta reunión, resulta enriquecido cuando se lo desarrolla desde las perspectivas de la **teoría trialista del mundo jurídico** (2), elaborada a partir de 1960 desde la concepción tridimensional. Werner Goldschmidt, el fundador de la teoría trialista, ha destacado que el Derecho es un conjunto de repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), descriptos e integrados por normas (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (dimensión dikelógica).

(*) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario e investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

(1) Pueden v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, 1995, "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 19, págs. 9 y ss.; "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación y Docencia", N° 25, págs. 5 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, y CHAUMET, Mario E., "Perspectivas jurídicas "dialécticas" de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación ...", cit., N° 21, pág. 67 y ss.

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

I) La nueva conciencia del Derecho en el mundo jurídico

1) El mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

2. Los **repartos** son adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida, que provienen de la conducta de seres humanos determinables. Se deciden en base a **móviles**, a menudo son presentados mediante **razones alegadas** y poseen **razones** si la sociedad los considera valiosos, apoyados en razones. Todo esto depende de la conciencia del Derecho.

Las **distribuciones** son adjudicaciones de potencia e impotencia provenientes de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. En ellas, en particular en las influencias humanas difusas, se manifiesta el **fondo** de la conciencia del Derecho y suelen expresarse mejor los despliegues que creemos pueden llamarse el “**inconsciente individual**” y el “**inconsciente colectivo**”. A su vez, es en gran medida ante ellas que reacciona la conciencia del Derecho, productora de repartos coincidentes o conflictivos.

Los repartos alcanzan hasta el límite de lo previsible, aunque no haya sido previsto, de modo que para estar en ellos los contenidos jurídicos deben figurar en la conciencia de los repartidores.

La crisis de la conciencia del Derecho en nuestro tiempo se manifiesta, por ejemplo, en la escisión entre las posibilidades que tiene en la superficie, donde a menudo todo parece estar permitido y el cerramiento profundo que, con sentido **utilitario** y **economicista**, la limita sobre todo por poderosísimas influencias humanas difusas. Hoy el “inconsciente colectivo” está dominado, en mucho con proyección mundial desde los países “centrales”, por la búsqueda excluyente de la utilidad a través de la “economización” de toda la vida.

3. Los repartos pueden ser **autoritarios** o **autónomos**, es decir, surgidos de la imposición de algunos interesados o del acuerdo entre todos ellos. Los repartos autoritarios pueden ser ordenancistas, desenvueltos según el esquema “ordenanza y obediencia” o directos, emergentes de la mera imposición. Todos los repartos autoritarios realizan el valor poder; los autónomos satisfacen el valor cooperación. Los repartos autónomos tienen preferencia óptica y dikelógica sobre los autoritarios, porque pueden desarrollarse con más amplitud como despliegues de la vida social y en principio son más justos por respetar más la voluntad de los interesados.

La ordenanza y la obediencia y la imposición con que se producen los repartos autoritarios y el acuerdo con el que nacen los repartos autónomos se producen en estrecha relación con la conciencia y el inconsciente del Derecho. A medida que la conciencia y el inconsciente son comunes resulta más fácil el acuerdo.

Los repartos autoritarios pueden recorrer “formas”, o sea caminos previos elegidos, de **proceso** o de **mera imposición** y es posible llegar a los repartos autónomos por formas de **negociación** o de **mera adhesión**. La audiencia que caracteriza al proceso y a la negociación les

da en principio preferencia dikelógica sobre la mera imposición y la mera adhesión.

También la diversidad de formas depende de la conciencia y el inconsciente del Derecho. El proceso y la negociación son más fáciles en la medida en que ellos son comunes.

Sin embargo en el tiempo actual la **dominación** de la conciencia jurídica y sobre todo del inconsciente del Derecho, en mucho a través de los medios de comunicación de masas y de la difusión de la sociedad de consumo, suele falsificar las posibilidades de la autonomía, del proceso y la negociación, ocultando fenómenos de autoridad, de mera imposición y de mera adhesión.

4. Los repartos pueden ser **ordenados** o **desordenados**. El orden de los repartos puede producirse por el desarrollo del **plan de gobierno en marcha**, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, y por **ejemplaridad**, producida según el esquema “modelo y seguimiento”. La planificación gubernamental en marcha satisface el valor previsibilidad, y es inherente a la ejemplaridad la realización del valor solidaridad. La ejemplaridad, en cuyo marco se desarrolla la costumbre, tiene preferencia óntica y dikelógica respecto de la planificación gubernamental porque puede desarrollar la vida social ella sola con más amplitud, al punto que todo plan de gobierno al fin depende de ella, y porque respeta más la voluntad de los repartidores. Al constituir el régimen, la planificación gubernamental en marcha y la ejemplaridad realizan el valor orden.

La planificación gubernamental y sobre todo la ejemplaridad dependen de la conciencia del Derecho y de sus raíces inconscientes. Se considera razonable y ejemplar lo que se tiene por valioso e importa que el Derecho sea tenido por tal.

5. Los órdenes de repartos pueden tener **vicisitudes** entre las cuales se destacan la **conservación**, el **asalto al poder**, la **evolución** y la **revolución**. En la primera se mantienen los supremos repartidores y los criterios supremos de repartos, que al fin caracterizan al régimen, en el segundo varían sólo los supremos repartidores, en la tercera se modifican únicamente los criterios supremos y en la cuarta cambian los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto. Todas estas vicisitudes dependen de la conciencia y del inconsciente del Derecho, donde se encuentran los pilares últimos del régimen.

En nuestro tiempo el sistema económico que se impone desde lo más profundo bloquea las condiciones del verdadero cambio, al punto que a veces la evolución y la revolución se hacen impensables.

6. Los repartos y su orden pueden encontrar **límites necesarios** surgidos de la naturaleza de las cosas y entre ellos están los límites psíquicos, sociopolíticos y socioeconómicos. En diversas medidas todos dependen de la conciencia y el inconsciente del Derecho. Una conciencia y un inconsciente valiosos contribuyen a frenar repartos “desvaliosos” y, en cambio, otros “desvaliosos” suelen detener repartos valiosos. Si bien la posibilidad es una categoría “pantónoma” (referida a la totalidad) que sólo apreciamos mediante fraccionamientos, vale procurar todo lo valioso que se

puede, pero también saber que a veces no se puede para no caer en consecuencias indeseadas.

En nuestro tiempo la conciencia y sobre todo el inconsciente colectivo que limitan los repartos están en mucho orientados de manera economicista, y urge **desenmascararlos** y **reorientarlos**, tarea en la cual tiene importante papel la “**educación jurídica**” en sentido amplio. Hay que reforzar la débil proyección jurídica de la conciencia de nuestra época y penetrar en el inconsciente para incorporar los valores del área. En última instancia, la construcción de la conciencia y el inconsciente del Derecho exige obrar sobre la **cultura toda**.

No creemos que la conciencia y el inconsciente del Derecho tengan efectos milagrosos, pero estamos seguros de que pueden actuar para mejorar la condición de la vida humana.

b) Dimensión normológica

7. Según la teoría trialista las **normas** son captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros. Describen e integran los repartos. Si describen con acierto el contenido de la voluntad de sus autores son **fieles**, cuando describen correctamente su cumplimiento son **exactas** y si integran los repartos mediante conceptos que les dan claridad y precisión según la voluntad de sus autores son **adecuadas**. La fidelidad, la exactitud y la adecuación de las normas dependen en mucho de la conciencia y el inconsciente del Derecho. La fidelidad y la adecuación se producen si los autores tienen y expresan ideas claras respecto de su voluntad y la exactitud depende de que los repartos proyectados no encuentren obstáculos para convertirse en repartos realizados.

Las **fuentes** de las normas son **reales** y **de conocimiento**. Las primeras son “materiales”, los repartos mismos, o formales, autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores (constituciones formales, tratados internacionales, leyes, sentencias, contratos, etc.). Las fuentes de conocimiento constituyen la doctrina.

En nuestro tiempo la conciencia del Derecho es muy limitada y su penumbra se manifiesta en la frecuente obscuridad de las fuentes, que además a menudo no son redactadas por juristas ni con su intervención, sino por hombres de otras áreas y sobre todo de la Economía.

En el ámbito de las fuentes **formales** es evidente, por ejemplo, el avance de los contratos, redactados con sentido más económico que jurídico, sobre las leyes, que tradicionalmente tuvieron más rigor en el sentido jurídico, aunque hoy son también en gran medida productos de la labor de gente de otras áreas.

La decadencia de las fuentes **de conocimiento**, donde los tratados han dejado su espacio tradicional a meros comentarios exegéticos, a veces no redactados por juristas, es otra manifestación de la limitación y la penumbra de la conciencia del Derecho.

8. Para que los repartos proyectados captados en las normas se conviertan como aspiran en repartos realizados es necesario que las normas **funcionen** cumpliendo tareas de **interpretación**,

determinación, elaboración, conjetura, síntesis y aplicación, algunas de las cuales son imprescindibles. En la interpretación se juega la fidelidad de las normas y en la aplicación su exactitud. Es notorio que, como resulta de lo que se ha señalado reiteradamente (3), todas estas tareas se producen en estrecha relación con la conciencia y el inconsciente del Derecho. De éstos dependen, por ejemplo, los cauces de lealtad a los autores de las normas y a los valores jurídicos, que han de inspirar a los encargados del funcionamiento.

En nuestros días la crisis de la conciencia y el inconsciente del Derecho se manifiesta también en la desorientación que suele imperar en el funcionamiento de las normas. Es difícil interpretar, determinar, elaborar, conjeturar, sintetizar y aplicar si fallan los soportes de la conciencia y el inconsciente jurídicos.

9. Las captaciones normativas pueden tener sentidos más **negociales** o **institucionales**, menos o más cargados de proyecciones ideales que deben realizarse en el tiempo, pero unos y otros dependen de la conciencia y el inconsciente del Derecho. En la profundidad se encuentran, sin embargo, las grandes “instituciones” que surgen del inconsciente colectivo.

En nuestros días de crisis hay una superficial expansión de la negociación, aunque el derrumbe de instituciones jurídicas suele corresponder al imperio de las instituciones económicas. Urge que por vía de negociación o de institucionalización se desarrollen las instituciones del Derecho que exigen las necesidades de la época.

10. El **ordenamiento normativo** es la captación lógica de un orden de repartos hecha desde el punto de vista de un tercero y en su conjunto realiza el valor coherencia a través de valores de subordinación, ilación, infalibilidad y concordancia. Su relación con el orden de repartos hace evidente su vinculación con la conciencia y el inconsciente del Derecho.

La crisis actual de la conciencia y el inconsciente del Derecho, que tanto influye en el orden de repartos, también afecta, como es inevitable, al ordenamiento normativo, que se va constituyendo con importantes grados de incoherencia, pero también cada vez más como un ordenamiento económico.

Para comprender el grado de incoherencia que reina en el ordenamiento normativo es importante tener en cuenta que quizás más que en la conciencia de los hombres, que al fin rechaza la insubordinación, la falta de ilación, la falibilidad y la no concordancia, el ordenamiento actual “vive” en el reino de la **informática**.

c) Dimensión dikelógica

11. Desde el punto de vista dikelógico, o sea de la “**ciencia de la justicia**”, el Derecho ha de procurar la realización de este valor en relaciones de **coadyuvancia** o de legítima **sustitución** con todos los otros valores. Todo el complejo de los valores ha de satisfacer el más alto valor a

(3) Es posible recordar por ej. KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. por Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, esp. págs. 163 y ss.

nuestro alcance, que es la **humanidad**, el deber ser cabal de nuestro ser.

Urge que los valores inferiores y los superiores **contribuyan** entre sí y que los valores del mismo nivel se **integren** entre ellos o que haya relaciones también legítimas de **sustitución** en que unos valores ocupen legítimamente el lugar que pudo corresponder a otros. En cambio, hay que evitar que los valores inferiores se subviertan contra los superiores, que éstos se inviertan contra los inferiores y que unos valores se arroguen el material que corresponde a los otros.

Para que los valores y su complejo se realicen es necesario que ellos **“funcionen”** mediante tareas que suelen requerir su **descubrimiento**, su **asunción** y su **efectivización**. Es notorio que todas estas tareas, que llevan a la realización de los valores y de su complejo, dependen en gran medida de la conciencia y el inconsciente del Derecho.

Destacar la importancia de la conciencia y el inconsciente del Derecho no significa ignorar que a ambos les corresponde **descubrir** ciertos valores que no dependen de su creación, entre los que se encuentran la justicia y la humanidad. Alguna comprensión radicalizada de la significación de la conciencia del Derecho puede llevar, en cambio, a entender que todos los valores se constituyen lisa y llanamente por lo que los hombres tengamos como tales. El subjetivismo destruye a la conciencia y el inconsciente jurídicos verdaderos.

En nuestro tiempo muchos valores, incluso la justicia y la humanidad, no pueden funcionar debidamente porque lo impiden exageraciones del valor **utilidad** que los mediatiza, subvirtiéndose contra los valores superiores, invirtiéndose respecto de los inferiores y arrogándose el material de los del mismo nivel. En nuestro marco real el hombre no vale por sí, ni como científico, artista, jurista, santo, etc., sino en la medida que todo eso sea útil.

El enorme progreso que ha significado la realización de la utilidad ahora radicalizada, se vuelve contra el hombre al que ha de servir. Para que la ubicación y el funcionamiento de los valores se produzcan como es debido son necesarios una nueva conciencia y un nuevo inconsciente del Derecho.

Con miras a comprender y resolver de manera adecuada la actual situación vale reconocer, sin embargo, que no en todos los países la situación es semejante. En algunos, que ocupan una posición marginal, al propio tiempo es necesaria la integración de la justicia con la utilidad e impedir que ésta se desborde. En ciertos países se presentan simultáneamente males de la falta y del exceso de capitalismo.

12. La complejidad extrema de la justicia, quizás sólo superada por la complejidad de la humanidad, se evidencia en mucho en la diversidad de las **clases** constituidas por las vías para su descubrimiento, en la **“pantonomía”** de sus exigencias que deben ser sometidas a “fraccionamientos”, en la tensión del **sentimiento racional** con que se la reconoce y en el frecuente requerimiento de superar los meros criterios generales orientadores mediante **valoraciones completas**. Es necesario, por ejemplo, el equilibrio en las exigencias de las clases de justicia consensual y extraconsensual, con y sin acepción (consideración) de personas, simétrica y

asimétrica, monologal y dialogal y conmutativa y espontánea, de las clases de justicia “parcial” y gubernamental, sectorial e integral, de aislamiento y de participación, absoluta y relativa y particular y general. En esta última perspectiva, han de resultar equilibrados el requerimiento particular del Derecho Privado y la exigencia general del Derecho Público. Además se han de considerar las exigencias de la justicia en sentido general y de la equidad.

Para que se realice la justicia es necesario que se atienda a su pantonomía, v.gr. en las influencias del pasado, del presente y del porvenir, del complejo temporal, personal y real, etc. En el descubrimiento de la justicia hay que evitar que el sentimiento domine a la razón o ésta al sentimiento. Sin desconocer la necesidad de los criterios generales orientadores, hay que impedir que los falsos o impropios para los casos se impongan sobre las valoraciones completas correctas.

En la legítima solución de todos esos desafíos de la complejidad de la justicia intervienen la conciencia y el inconsciente del Derecho.

En nuestro tiempo las respuestas a estos problemas están teñidas por la excesiva influencia del valor utilidad con la que cada uno busca ilimitadamente su propio provecho. Se imponen así exageradamente las consideraciones de la justicia consensual y sin consideración de personas, que son a su vez falsificadas por el dominio utilitario profundo del inconsciente, de la justicia simétrica, de la justicia aparentemente dialogal pero hondamente monologal y de la justicia conmutativa. Predominan de modo desbordante las consideraciones de la justicia parcial, sectorial y de aislamiento, de la justicia a veces superficialmente absoluta y al fin sólo relativa y la tendencia a la privatización que niega el sentido público con que se equilibraría el régimen.

La aceleración actual de la relación entre medio y fin suele hacer que el **presente** absorba al pasado y al porvenir, que no se advierta el complejo personal de la humanidad del que todos somos parte, continuando así con la tendencia a tomar a los seres humanos como **medios**, que el **sentimiento** domine a la razón y que los **criterios generales** de las soluciones rápidas de los medios de comunicación de masas predominen sobre las valoraciones completas.

El hombre es un ser con conciencia de su pasado y de su futuro, de modo que hay que superar el “presentismo” que predomina en nuestra época. El ser humano es “con” los demás. Sólo puede ser comprendido cabalmente al hilo de todos los pronombres personales, entre los cuales ocupan lugares importantes no sólo el yo, sino el tú y el nosotros.

A veces parece que no sólo hay una crisis de la razón moderna, que al fin puede ser enriquecedora al aportar nuevas perspectivas, sino de la misma razón.

El abuso de los criterios de soluciones rápidas y al fin cambiantes está llevando a la crisis de la judicialidad, sólo a veces mejorada por el arbitraje. La crisis de los criterios generales exige recurrir a valoraciones completas y a nuevos criterios que a su vez requieren, más allá del mero saber, la apertura de la **sabiduría**.

Los estallidos de **violencia** pueden ser una prueba de todas estas dificultades. El hombre postmoderno, privado del “aire” que aporta la justicia, suele estallar en manifestaciones violentas de diversas magnitudes.

Aunque el material estimativo que más interesa a la justicia en el Derecho son las adjudicaciones, vale no desconocer la importancia de las proyecciones éticas, con las **virtudes** intelectuales y morales. Al fin sin virtud moral suele ser imposible no caer en desvíos de los cuales la **burocracia**, estatal o privada, es un ejemplo esclarecedor.

13. Quizás pueda decirse que el principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se convierta en **persona**, pero la noción de persona depende en mucho de la conciencia y el inconsciente del Derecho y es muy difícil de reconocer en una época de profundos cambios como la actual.

14. Los repartidores que producen los repartos pueden ser legitimados de manera **aristocrática** (por superioridad moral, científica o técnica) o **autónoma**. El especial desarrollo de la conciencia y del inconsciente del Derecho, que suele caracterizar a los juristas, es un título de legitimidad aristocrática, pero éste se halla en crisis, en parte por el imperio de la legitimación tecnológica, y al fin el inconsciente colectivo suele imponer una condicionada legitimación autónoma.

A menudo la crisis actual de la conciencia y el inconsciente del Derecho abre camino a repartidores meramente antiautónomos (sin legitimación alguna), escondidos con frecuencia debajo de una autonomía manipulada.

15. Los objetos que en justicia merecen ser repartidos, o sea los objetos **repartideros**, incluyen el dar vida, la libertad, la creación, la propiedad, etc., pero un lugar destacado corresponde asimismo a la conciencia y el inconsciente del Derecho, que pueden y deben ser repartidos, por ejemplo, a través de la educación jurídica en sentido amplio.

La crisis actual abarca a diversos objetos repartideros y también a la educación jurídica. Uno de los caminos para superar el reto a la conciencia y el inconsciente del Derecho es el desarrollo de una **nueva** educación jurídica. Es ilegítimo seguir educando, como ocurre con frecuencia, a hombres que vivirán en el siglo XXI con la conciencia jurídica del siglo XIX.

El vacío en el marco de la conciencia del Derecho suele favorecer que, ante el juego desmesurado de la utilidad, se produzca un grave **daño antropológico y ecológico**. La desestabilización de múltiples culturas sumidas en la anomia es el resultado de la irrupción de la sociedad de consumo en todos los rincones del Planeta. Con ella se empobrece el patrimonio de la especie.

La crisis actual de la conciencia y el inconsciente del Derecho es acentuada por las enormes posibilidades de la **biotecnología**, que plantean desafíos acerca de los objetos repartideros antes casi inimaginables.

16. La justicia de los repartos en cuanto a las razones requiere que sean **fundamentados**, pero la fundamentación se relaciona estrechamente con la conciencia y el inconsciente del Derecho.

La conciencia y el inconsciente del Derecho de nuestros días suelen ser impotentes para lograr una fundamentación apoyada en el discurso jurídico y por eso se abre camino con más facilidad el despliegue utilitario radical.

17. Para ser justo un régimen ha de ser **humanista** y no totalitario, o sea debe tomar al hombre como fin y no como medio. El humanismo ha de ser preferentemente abstencionista y excepcionalmente intervencionista. Para poder sostenerse, el humanismo en general y sobre todo el humanismo abstencionista requieren el apoyo de la conciencia y el inconsciente del Derecho.

La realización del humanismo exige la protección del individuo contra todas las amenazas que lo afectan desde los demás individuos, el régimen, sí mismo y lo demás (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.) y todo el amparo respectivo se fortalece con la conciencia y el inconsciente del Derecho.

En nuestros días, cuando predomina el reconocimiento formal del humanismo abstencionista y los gobiernos están en relativa retirada, es imprescindible fortalecer las proyecciones de la conciencia y el inconsciente jurídicos para evitar que sólo se trate de dejar espacio al avasallamiento de los individuos por las empresas y la tecnología.

Uno de los mayores aportes a la conciencia jurídica ha sido el reconocimiento de los derechos humanos, pero junto a ellos vale tener en cuenta los **deberes humanos** (4).

2) Las ramas del mundo jurídico

18. El desarrollo de la nueva conciencia y el nuevo inconsciente del Derecho exige el **replanteo** de las ramas del mundo jurídico, no sólo en las áreas tradicionales, sino en el reconocimiento de otras **nuevas** que las complementan "transversalmente", como el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho Universal, etc. y en el enfoque del conjunto que puede denominarse "**Derecho de la Cultura**" y ha de ser abordado por la nueva "**Teoría General del Derecho**" (5).

(4) Es posible v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, 1988, "Los derechos humanos en el trialismo", en "El Derecho", t. 129, págs. 955 y ss.

(5) V. gr. CIURO CALDANI, Miguel Angel - ARIZA, Ariel - CHAUMET, Mario E. - HERNANDEZ, Carlos A. - MENICOCCHI, Alejandro Aldo - SOTO, Alfredo M. - STÄHLI, Jorge, "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho", en "El Derecho", t. 150, págs. 859 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho de la Ancianidad", en "Investigación ..." cit., Nº 20, págs. 35 y ss.; "Relaciones entre las ramas del mundo jurídico", en "Investigación ..." cit., Nº 21, págs. 51 y ss.; "Las ramas del mundo jurídico, sus centros críticos y sus esferas críticas", en "Boletín ..." cit., Nº 21, págs. 73 y ss.; "Notas de la disertación de apertura: "eclipse" y "emersión" de las ramas jurídicas", 1996, Jornadas de Teoría General del Derecho "Nuevas fronteras de la juridicidad", en "Boletín ..." cit., Nº 21, págs. 91 y ss.; "Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad", en "Investigación ..." cit., Nº 25, págs. 7 y ss.; "Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia", Zeus, t. 6, págs. D. 25 y ss.; "Derecho de la Ciencia y protección del investigador", "Jurisprudencia Argentina", t. 1992- III, págs. 851 y ss.; "Derecho de la Educación y economía", en "Investigación ..." cit., Nº 17, págs. 43 y ss.; "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; "Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; NICOLAU, Noemi L., "La tensión entre la Teoría General y las ramas", en "Boletín ..." cit., Nº 21, pág. 96.; CANTINI, José Luis, "Derecho de la Educación", en "Boletín ..." cit., Nº 21, pág. 99; SOTO, Alfredo M., "Comprensión jusfilosófica

II) La nueva conciencia del Derecho en el mundo político en general

19. La formación de la conciencia y del inconsciente del Derecho es punto de especial confluencia de los requerimientos de la **política jurídica** con la **política educacional** y la **política científica**. Sólo a través de ella se puede lograr que se satisfaga en la mayor medida posible el despliegue jurídico de la convivencia, considerada en su conjunto por la **política cultural**.

En la actualidad la política económica tiende a avasallar a todas las otras perspectivas convivenciales.

del Derecho de la Ciencia y de la Tecnología", en "Boletín ..." cit., N° 21, pág. 104; DABOVE, María Isolina, "Consideraciones sobre la Teoría General del Derecho y el Derecho de la Ancianidad", en "Boletín ..." cit., N° 21, pág. 111; PAVÉ, Rubén - SOTO, Alfredo M., "Comprensión jusfilosófica del Ecoderecho", N° 21, pág.117; HOOFT, Pedro F., "Bioderecho - Estado actual y perspectivas", en "Boletín ..." cit., N° 21, págs. 115/6; CANTINI, José Luis, "El Derecho de la Cultura", en "Boletín ..." cit., N° 21, pág. 122; MENICOCCHI, Alejandro Aldo, "Comprensión jusfilosófica del Derecho de la Cultura", en "Boletín ..." cit., N° 21, págs.123.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, EL DERECHO INTEREMPRESARIAL PRIVADO Y EL DERECHO INTERSECTORIAL PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. En nuestro tiempo, de la llamada “postmodernidad” (1), el mundo de los **Estados** y de la **internacionalidad clásica** se halla en crisis porque la globalización diluye los espacios físicos y, en lugar de él, ganan desarrollo el mundo de las **empresas** y el mundo de los **sectores**, estos últimos a menudo **superpuestos** en estratos diferenciados por caracteres económico-tecnológicos.

Más que el “made in”, en el mundo de las empresas importa el “made by” y a veces más que el marco estatal o empresarial donde una persona se halla interesan su pertenencia o marginalidad respecto a distintos sectores, en especial con miras al alto desenvolvimiento económico y tecnológico.

En consecuencia urge que, además de la **internacionalidad** (2), se estudien la **interempresarialidad** y la **intersectorialidad**. Aunque hemos de referirnos específicamente a la internacionalidad, la interempresarialidad y la intersectorialidad, vale asimismo tener en cuenta que, en última instancia son -como la intertemporalidad, la intermaterialidad, etc.- expresiones diversas de las relaciones interhumanas. Todas las vinculaciones referidas y en particular los tres tipos que nos ocupan pueden iluminarse a la luz de la **teoría de las respuestas jurídicas y sus contactos**, elaborada sobre la base de las enseñanzas del Derecho Internacional Privado clásico, teoría cuyas dos décadas conmemoramos en esta reunión (3).

a) La internacionalidad, la interempresarialidad y la intersectorialidad desde el punto de vista conceptual

a') El Derecho Internacional Privado clásico

(*) Notas de una disertación del autor en una reunión abierta del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario en conmemoración del vigésimo aniversario de la publicación de la teoría de las respuestas jurídicas.

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

(1) Es posible c. nuestro estudio “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.

(2) Otra perspectiva importante de nuestro tiempo es la vinculación **interbloques**, por ejemplo, entre la Unión Europea y el Mercosur, pero sus caracteres resultan relativamente análogos a los de la internacionalidad.

(3) V. nuestro estudio “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”. Rosario. Consejo de Investigaciones de la UNR. 1976.

2. Las **relaciones** entre las respuestas jurídicas pueden ser de **coexistencia de unidades independientes**; de **dominación**; de **integración**; de **desintegración** o de **aislamiento**.

El Derecho Internacional Privado clásico plantea vinculaciones de **coexistencia de unidades independientes** que sociológicamente se producen como “**extraterritorialidad**” limitada (4); normológicamente su método básico es el **indirecto** y dikelógicamente su requerimiento fundamental de justicia es el **respeto** al elemento extranjero. Los repartidores y sobre todo los jueces de los Estados vinculados con los casos cuentan con cierta legitimación “**aristocrática**”, caracterizada por una superioridad jurídica respecto de los repartidores y los jueces locales y con una legitimación “**semiautónoma**”, porque significan una autonomía “**partial**”, aunque especialmente calificada.

Para concretar esas respuestas el Derecho Internacional Privado clásico se debe valer de la **conjetura** de las sentencias que con los máximos grados de probabilidad dictarían los jueces de los Estados respectivos (teoría del uso jurídico) (5).

Importa tener en cuenta que esa respuesta del Derecho Internacional Privado clásico es afín al espíritu de **protección** que en mucho caracteriza a la juridicidad de nuestro tiempo, diferenciado del sentido más “**directivo**” que tenía la juridicidad tradicional, pero es distinta de él porque resulta débil en razón de que, en profundidad, la diversidad de las culturas estatales entre sí y la internacionalidad están en crisis.

La diferenciación propia de los fenómenos internacionales clásicos subsiste todavía, sobre todo en las relaciones entre diversos “**sistemas jurídicos**”, pero el predominio de las tendencias a la globalización hace que lamentablemente sea tenida cada vez menos en cuenta.

Con frecuencia una contrafigura de los fenómenos de coexistencia expresados en la extraterritorialidad limitada, respetuosa y propia del Derecho Internacional Privado, es la dominación que a menudo se esconde en la **extraterritorialidad ilimitada** de la **recepción** de modelos extranjeros para los casos nacionales (6).

b') El Derecho Interempresarial Privado

3. Las relaciones del **Derecho Interempresarial Privado**, que es una de las vertientes de la vinculación hoy en vías de desarrollo, poseen más sentido de “**integración**”. Sociológicamente tienden sobre todo a vincular a las empresas de manera “**no territorializada**”, en su ejercicio de la autonomía material que a menudo asume carácter “**universal**”. En correspondencia con esto, normológicamente emplean el método **directo**. Dikelógicamente su espíritu es, más que de respeto, de relativa **colaboración** empresarial.

Al servicio de esas relaciones interempresariales los propios Estados recurren a soluciones **territorialistas mitigadas**, que llegan a constituir nuevos territorios jurídicos a través del Derecho Uniforme y sobre todo del Derecho Unificado, como las que prevalecen en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías. También en

(4) Puede v. id., págs. 59 y ss.

(5) Es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado”, Barcelona, Bosch, 1935.

(6) Pueden v. nuestros estudios “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8, págs. 73 y ss. y “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín ...” cit., N° 10, págs. 9 y ss.

esta vertiente se emplea el método directo y hay un sentido de colaboración, respecto del cual, pese a provenir de los Estados, se advierte un horizonte de referencia empresarial. Desde distintas perspectivas, los repartidores del Derecho Interempresarial Privado cuentan con legitimación **autónoma**.

Las soluciones interempresariales se valen directamente de la **construcción**. Sólo marginalmente interviene el Derecho Internacional Privado clásico. Con miras a la interempresarialidad vale ya tener en cuenta, por sobre la noción de territorio, la noción general de **ámbito jurídico** (7).

c') El Derecho Intersectorial Privado

4. En el **novedoso y desafiante** fenómeno del **Derecho Intersectorial Privado** se producen en muchos casos vinculaciones de **coexistencia** y a veces relaciones de integración, pero también a menudo relaciones de **dominación** y de **aislamiento** que dan muy especial caracterización a esta perspectiva y que urge equilibrar y superar. Es más: la intersectorialidad se constituye muchas veces sobre una "fractura" entre los **niveles** sociales que parece conducir incluso a la marginación radical de los más débiles (8).

Entre las expresiones más comunes del Derecho Intersectorial en nuestro tiempo figuran las vinculaciones de los sectores económica y tecnológicamente **poderosos** con los **consumidores**, los **trabajadores**, los **desocupados**, los **ancianos**, en muchos casos los **niños** y los **adolescentes**, etc. (9). De cierto modo cabe considerar en esta perspectiva también a la justicia "interclases" y, con un criterio amplio, figuran en ese marco intersectorial las relaciones de los sectores poderosos con los sectores débiles de los enfermos, los investigadores científicos, los artistas, los educadores y los educandos, etc.

La problemática de la intersectorialidad resulta particularmente significativa en el mundo de la llamada "**postmodernidad**", a la vez sectorializado y globalizado, donde en la superficie se admiten muchas diversidades pero en lo profundo hay dos grandes sectores, el que responde al imperio de la economía y la técnica y el marginal (10). Sin embargo, precisamente porque pone de relieve tensiones que se procura ocultar, muchas veces se tiende a ignorarla, en algunos casos en cierta "reversión" del reconocimiento que tuvo en otras épocas, como sucede con las relaciones del tradicional Derecho del Trabajo.

En el Derecho Intersectorial Privado hay que responder en principio con el acuerdo real o eventual de los sectores, mediante la generación de un **ámbito** común y el empleo consiguiente del método **directo**, según sucede v. gr. en los convenios colectivos de trabajo.

(7) Es posible v. nuestro estudio "Acerca de la ambientalidad del Derecho Penal", en "Zeus", t. 5, págs. D. 31 y ss.

(8) Puede v. nuestro artículo "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación y Docencia", N° 25, págs. 25 y ss.

En cuanto a la valiosa búsqueda de la integración intersectorial cabe tener en cuenta el importante planteo de Mario E. CHAUMET en "Derecho y marginalidad social. El Derecho de la Integración social. El rol de las instituciones jurídicas", presentado al 4to. Congreso Nacional de Ministerio Público (Santa Fe, 1990).

(9) Puede tenerse en cuenta nuestro estudio "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la Filosofía del Derecho Privado)", en "El Derecho", t. 159, págs. 1022 y ss.

(10) Es posible c. nuestro estudio "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín ..." cit., N° 19, págs. 9 y ss.

En caso de no mediar ese acuerdo vuelve a presentarse, como en la internacionalidad clásica, la necesidad de protección para la cual hay que **“extraambientalizar”** las soluciones que elaboren los sectores débiles y, en el supuesto que no lo hagan, las respuestas que éstos producirían, como lo hicieron a menudo las leyes laborales, recurriendo concordantemente al método **indirecto**. De no contarse con la **colaboración**, se vuelve a la necesidad dikelógica de **respeto** e incluso de **protección**.

La legitimación de los repartidores es aquí gradualmente **autónoma**, **aristocrático-semiautónoma** (como en la internacionalidad clásica) o **criptoautónoma**, es decir, en este último caso, con la autonomía que brinda el acuerdo que darían los interesados en caso de poder hacerlo.

En las respuestas intersectoriales se emplean la **construcción** y la **conjetura**, resultando ésta particularmente necesaria porque a menudo (sobre todo, por ejemplo, en relación con los sectores muy débiles) la construcción no es del todo posible o fundamentada.

Una perspectiva muy significativa es la de la **recepción** intersectorial de los modelos jurídicos, de cierto modo análoga a la recepción interespacial, y que suele ocultar también fenómenos de dominación. Con frecuencia los sectores débiles pierden su propia autenticidad y son sometidos a respuestas propias de los sectores poderosos. En estos términos se concreta, por ejemplo, la dominación de los sectores marginales de los consumidores que reciben los modelos de la sociedad de consumo, de los trabajadores que quieren asemejarse a los capitalistas, de los ancianos que quieren parecer jóvenes, de los niños y adolescentes obligados a parecer adultos o ancianos, etc.

La comprensión del género del Derecho Intersectorial resulta relevante para apreciar las **semejanzas** entre el Derecho de la Protección del Consumidor, el Derecho del Trabajo, el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de Menores, etc.

5. La específica debilidad del elemento extranjero, la relativa pujanza de las empresas y la también específica debilidad que tienen en diverso sentido los otros sectores a los que nos referimos hacen aconsejable la constitución de los tres conceptos del Derecho Internacional Privado, el Derecho Interempresarial Privado y el Derecho Intersectorial Privado.

b) La internacionalidad, la interempresarialidad y la intersectorialidad desde el punto de vista de los problemas generales

a') El Derecho Internacional Privado

6. Las relaciones internacionales clásicas evidenciaron diversos problemas generales entre los que figuran los de las **calificaciones**, la **cuestión previa**, el **fraude a la ley**, el **reenvío** y el **orden público**, que en realidad son comunes a todos los contactos de respuestas jurídicas.

Las respuestas del Derecho Internacional Privado clásico, inspiradas principalmente en la protección de los elementos extranjeros mediante su coexistencia con los nacionales, dieron primacía a las calificaciones del Derecho declarado aplicable; mantuvieron la diversidad problemática que conduce a la equiparación de la cuestión previa y la posterior; rechazaron el fraude a

la ley; admitieron el reenvío y dieron el resguardo mínimo al orden público del ámbito receptor.

b') Derecho Interempresarial Privado

7. En la interempresarialidad esa problemática tiene menos tensión porque tratándose de soluciones de integración las propias empresas se ocupan de “calificar” los significados de sus expresiones, rechazan el fraude y a menudo el reenvío y tienen menos fenómenos de incompatibilidad.

c') Derecho Intersectorial Privado

8. Es en la intersectorialidad donde la problemática general de los contactos muestra a menudo gran tensión, en mucho porque la frecuente debilidad de algunos sectores suele ser, sobre todo en nuestro tiempo, mayor que la del elemento extranjero.

En principio aquí hay que elaborar calificaciones autárquicas o calificar según lo haría el sector más débil; hay que esforzarse en mantener la equiparación entre las cuestiones previas y posteriores o enlazarlas según convenga al sector más débil; se ha de rechazar el fraude a la ley, sobre todo si es en detrimento del sector débil; se debe admitir el reenvío por los sectores débiles y se ha de dar juego mínimo al rechazo de sus respuestas. Así, por ejemplo, los términos de los contratos de trabajo o de consumo deben calificarse según los entienden los trabajadores y los consumidores; ha de rechazarse el fraude que oculte la naturaleza laboral o de consumo de los contratos; debe admitirse que unos y otros reenvíen la protección a otras personas y los criterios básicos irrenunciables para el sector dominante que suele administrar justicia deben reducirse al mínimo, atendiendo más a las incompatibilidades del sector débil.

Sin embargo, el monólogo economicista y utilitario que prevalece en la postmodernidad suele expresarse en la inversión de las soluciones en el sentido de la dominación de los sectores débiles por los que cuentan en el mundo de la economía y la utilidad. En estos casos a menudo se califica, se consideran las relaciones entre cuestiones, se admite el fraude, se rechaza el reenvío y se imponen intolerancias como conviene a los sectores dominantes.

El Derecho Intersectorial Privado puede construirse recurriendo a las **instituciones profundas** del Derecho, que en definitiva han de dirigirse a la realización del valor justicia, sin necesidad de utilizar los medios desviados que suelen ser denominados, con diferentes matices, Derecho alternativo o uso alternativo del Derecho. Un ejemplo de estos medios sería el recurso al fraude a la ley, mas el Derecho Intersectorial puede proteger a los débiles sin necesidad de admitir el fraude.

9. De la profunda comprensión que se tenga de la internacionalidad, la interempresarialidad y la intersectorialidad depende que unos fenómenos **no oculten** a los otros, por ejemplo, que la interempresarialidad no sea una mera apariencia para negar la internacionalidad o la intersectorialidad.

EL SUJETO DE LA PROTECCION EN EL DERECHO DE MENORES (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) La noción general de “sujeto”

1. Aunque tienen de cierto modo el mismo origen, las expresiones “sujeto” y “objeto” (1) se diferencian con respectivos sentidos de “**actividad**” y “**pasividad**”. Cada **cultura** tiene su propia noción de sujeto y, así, a la concepción muy fuerte que caracterizó a la modernidad, en notorio crecimiento durante la Edad Moderna y proyectada también en la Edad Contemporánea, le ha sucedido una noción **débil**, típica de la llamada **postmodernidad** (2).

La modernidad tuvo uno de sus momentos más significativos con el “pienso, luego existo” cartesiano y se caracterizó por una muy fuerte referencia a la conciencia y, en general, a la intelectualidad, a la voluntad y a la emotividad del sujeto que era tenido, en mucho, como “artífice” de su propio destino.

Aunque ya comenzó a configurarse el predominio de la utilidad, en la modernidad el “**lugar**” de las personas estuvo determinado por diversos valores. Si en la medievalidad el “puesto” de las personas fue decidido de manera excesiva por la santidad, de forma que podían desenvolverse sin mayores dificultades órdenes mendicantes y al punto que la exclusión respecto de la comunidad de religión traía consecuencias gravísimas, en la modernidad el complejo de las posibilidades situacionales de las personas en la cultura alcanzó mayor diversidad.

Hoy, en la postmodernidad, la referencia a la razón es “débil”, y se sostiene con frecuencia el fin del “mito” del sujeto consciente. Poco queda de la fuerza de voluntad del hombre moderno y también la vida emotiva carece de hondura, la emoción prevalece sobre el sentimiento y la pasión.

(*) Notas básicas de la disertación del autor en el Curso de Formación Superior en Derecho de la Minoridad que se dicta en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (17 de mayo de 1996).

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

(1) V. en relación con el tema por ej. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 21. ed., Madrid, 1992, pág. 1918 (“sujeto, ta”); FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, Bs. As., Sudamericana, 1965, t. II, pág. 745 (“sujeto”); COROMINAS, Joan, con la colaboración de PASCUAL, José A., “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. I, 1980, pág. 26 (“abyecto” y sus derivados).

(2) Es posible v. por ej. nuestro estudio “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.

A la luz de aportes científicos que ya brindó la Edad Contemporánea, en la postmodernidad se afirma la idea del hombre como **producto social**.

Aunque en la superficie deja espacios para más diversidades, en lo profundo la postmodernidad es mucho más cerrada que la modernidad, en un sentido radicalmente **económico** y **utilitario**. En nuestros días se puede ser casi todo con facilidad, menos inútil en el proceso de producción, distribución y consumo. Cada uno ocupa, con enorme frecuencia, el “lugar” que le asigna el sistema económico.

El puesto de los ancianos, desplazados muy a menudo de los marcos de amor familiar a los lugares de utilidad de las “guarderías”, sea para que consuman o por lo menos queden arrumbados, es una muestra muy significativa de ello. De allí también la extrema gravedad que puede tener la condición de “desempleado” si la sociedad no desarrolla tejidos utilitarios sustitutivos para sostener la posición de los sujetos de que se trate.

Aunque no dejamos de reconocer que se han hecho muy importantes avances en la condición humana y que se han superado limitaciones infundadas y a veces hipócritas, por ejemplo en ciertos aspectos de las relaciones sexuales, también hay que considerar las perspectivas a veces más limitadas que también tiene la postmodernidad.

2. Es en esas líneas de comprensión del sujeto en general que ha de apreciarse también la condición del sujeto de la protección del **Derecho de la Minoridad**. El sujeto al que nos referimos como protegido, el “menor”, y también sus posibles agresores, son en general sujetos débiles, en mucho concebidos y resultantes de un sistema social. En una cultura dominada por la ubicación económica los menores que resultan “inútiles” tienen pocas posibilidades de sobrevivir.

También aquí, como en otras muchas cuestiones, sin perjuicio de las muy valiosas soluciones parciales hay que tener en cuenta que los problemas pueden responder a condicionamientos muy fuertes del conjunto social. Junto a la adopción de valiosas soluciones de perspectiva “**microjurídica**”, que en modo alguno se deben desatender, hay que procurar asimismo, en la mayor medida posible, respuestas “**macrojurídicas**”.

b) La condición general de “menor”

3. Aunque a veces es útil para expresar rápidamente un conjunto temporal compuesto por la niñez y la adolescencia, la expresión “menor” es claramente reveladora de una especie de “deficiencia”, de “menor” condición, en mucho porque quienes piensan y resuelven el Derecho son “mayores”. El Derecho de Menores es tal para los mayores.

Es esclarecedor superar los alcances de la expresión “menores” incluso, si es posible, sustituyéndola por otras más jerarquizadoras como “**niño**” y también “**adolescente**”, aunque la voz “adolescencia” ya supone que hay una superación en el logro de la condición adulta.

Una de las cuestiones altamente significativas respecto de la llamada “minoridad” es la de

resolver, como en todos los momentos de la vida, si tiene valor **en sí** misma o sólo como resultado o, en este caso, sobre todo como **preparación** para otro momento, como el de la edad adulta.

Pese a la valorización de la niñez, que encontró uno de sus momentos más brillantes en el pensamiento rousseauniano con todas sus consecuencias, la práctica de la modernidad fue sobre todo tener a la minoridad como una mera preparación para la edad adulta. Tal vez en la actualidad la situación no haya mejorado mucho, aunque niñez, adolescencia y edad adulta son relativamente homogeneizadas por lo menos en el utilitarismo del consumo.

4. Las líneas que separan las diversas edades de la vida tienen distintas referencias no sólo **“biológicas”**, sino también **culturales**. Se es **“menor”** en relación con diferentes realizaciones situacionales que en mucho dependen de los **valores**, más específicamente, de la **maduración** para la plena satisfacción de ciertos valores por uno mismo, característica de la mayoría de edad. De aquí que las edades respectivas puedan resultar muy diversas. No es la misma la maduración para los diferentes aspectos de las realizaciones de la utilidad, el amor, la justicia, la verdad, etc.; no es la misma la maduración para el trabajo, el matrimonio, la participación en la elección del gobierno y en el gobierno mismo, la contratación, la investigación, etc. y todo esto también es distinto según las culturas de que se trate. Las fronteras entre la minoridad y la mayoría de edad son altamente **heterogéneas**.

Una vez reconocida la diversidad de perspectivas para diferenciar la mayoría y la minoridad desde ese punto de vista relativamente **“estático”** hay que atender al **proceso** de su **“dinámica”**. Se trata de una modificación generalmente **gradual** y entendemos que uno de los puntos de vista de dicho cambio es la **“experiencia”** que se obtiene por la sucesión de intentos y ensayos realizados en libertad para alcanzar la maduración en la satisfacción de los valores por actos propios.

El proceso de adquisición de la edad adulta, desarrollada, no surge del mero transcurso del tiempo, sino del apropiado despliegue de la **temporalidad** como oportunidades asimiladas para realizar los valores. Los niños y los adolescentes son, en consecuencia, seres especialmente necesitados de experiencia.

c) Caracterización jurídica de la minoridad

5. La comprensión del Derecho en general y de la condición de menor resulta particularmente enriquecida a la luz de la **teoría trialista del mundo jurídico**, elaborada dentro de la concepción tridimensional (3).

1) La condición del menor en el mundo jurídico

a') El mundo jurídico en general

a'') Dimensión sociológica

(3) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico 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.

6. En la dimensión sociológica el mundo jurídico se constituye con un núcleo de **repartos**, que son adjudicaciones provenientes de la conducta de seres humanos determinables, y una periferia de **distribuciones**, adjudicaciones desarrolladas espontáneamente por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. La modernidad acentuó el papel de los repartos, en tanto la postmodernidad acrecienta la participación de las distribuciones. El menor se caracteriza en este sentido por su escasa capacidad de conducción y su mayor dependencia de las **distribuciones**. El adulto como tal tiene más capacidad de fijarse metas y encontrar los caminos para alcanzarlas.

7. Los repartos pueden ser **autoritarios**, desenvueltos por imposición y realizadores del valor poder, o **autónomos**, desarrollados por acuerdo y satisfactorios con miras al valor cooperación. La minoridad significa una situación de inferioridad respecto de la posibilidad de participar en acuerdos y una condición de mayor sujeción a las **imposiciones** de los demás.

8. Los repartos pueden ordenarse en un régimen según el **plan de gobierno en marcha**, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad y conforme a la **ejemplaridad**, que surge del modelo y el seguimiento y satisface el valor solidaridad. Los menores no suelen participar en la fijación del plan de gobierno y no poseen el poder que suele acompañar su marcha; la previsibilidad del plan les es inadecuada, porque son seres **“imprevisibles”**. No toman parte significativa en la constitución de los modelos y en especial no han tenido el tiempo que requiere la ejemplaridad cuando es costumbre. De cierto modo son **“extraños”** en el régimen hecho por los adultos, y de aquí los grandes conflictos de adaptación en que suelen encontrarse los adolescentes.

Aunque hay que reconocer que esa “extrañeza” de los menores es en parte fundada y legítima, porque pertenecen en mucho a un tiempo que vendrá, y pese a que se ha de evitar “domesticarlos”, una de las maneras de ayudarlos a integrarse en el régimen, en el que se sienten y de cierto modo son extraños, es salvar la distancia “re-flexionando” a la luz de la condición de menores que alguna vez tuvieron los adultos, condición que, sin embargo, las diversas culturas suelen tratar de marginar. La modernidad impuso a los adultos que tuvieran particular cuidado en olvidar que alguna vez fueron niños y adolescentes.

9. Los repartos de los menores suelen tropezar con más **límites necesarios** que los de los adultos y, a su vez, también los repartos respecto de ellos chocan con particular frecuencia con esos obstáculos. Ser menor es de cierto modo poder hacer menos.

b'') Dimensión normológica

10. En la dimensión normológica se integran **normas generales**, que disponen para casos futuros y realizan el valor predecibilidad, y **normas individuales**, que establecen para casos

pasados y satisfacen el valor inmediatez. Una de las fuentes más significativas de normas generales es la ley, en especial cuando se trata de Derecho Penal liberal. Una de las fuentes más caracterizadas de normas individuales es la sentencia. Es notorio que los menores suelen ser marginados de la generación de normas y que la predecibilidad les es particularmente inadecuada porque son en gran medida “**impredicibles**”. Tal vez sea ésta una de las razones por las que no les es tampoco adecuado el Derecho Penal.

11. Las normas pueden constituirse de manera **institucional** o **negocial**. La institucionalidad consagra ideas que se realizan en el tiempo. A los menores les es poco posible intervenir en la negocialidad, de modo que se caracterizan por nacer y vivir en mucho en marcos institucionales. Estos marcos pueden ser protectores o destructores y, en nuestro tiempo de la postmodernidad, la crisis de las instituciones protectoras es muy grande, como proyección del porvenir sobre todo en el despliegue de las posibilidades que van abriendo la procreación asistida y la llamada ingeniería genética.

La propia plenitud de la noción de persona de los menores está de cierto modo afectada por la de **incapacidad de hecho**, cuyo fundamento es precisamente la inmadurez.

12. También la estructura del ordenamiento normativo refleja, vertical y horizontalmente, la condición de inferioridad de los menores, respecto de los cuales, según ya hemos señalado, la habilitación para la generación de normas es muy limitada. Los menores están instalados en el ordenamiento de los adultos, pero no lo producen.

c'') Dimensión dikelógica

13. En la dimensión dikelógica, referida al valor justicia, las diferentes personas suelen requerir distintas integraciones de éste con otros valores. Si bien todas las personas somos en profundidad **misterios**, partes del gran misterio del universo, los menores lo son de manera especial, en mucho por la distancia que los separa de los adultos.

Para abrirse al misterio es necesario realizar el valor amor, en el que unos se abren a los otros porque se realizan por la realización de los otros. Los menores, signados de manera particular por el misterio, requieren una justicia especialmente iluminada por el **amor**. Sin embargo, como hemos indicado, la postmodernidad es un tiempo caracterizado no sólo por la fuerte presencia de la utilidad, valor casi opuesto al amor, de cerramiento en fines de satisfacción de necesidades propias, sino por su arrogancia, que se atribuye el lugar de la justicia y del mismo amor, y por su subversión contra la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Así como la modernidad conoció muchos casos de avasallamiento de la condición de los menores por su introducción en el circuito utilitario en carácter de productores, hoy se suele avasallar su condición introduciéndolos radicalmente en la sociedad de consumo donde reina la utilidad.

Los menores están particularmente limitados para realizar otros valores, de verdad, belleza, utilidad, etc., pero les cabe, por lo menos, el crédito básico de **humanidad** que tiene todo ser de nuestra especie.

14. La justicia puede descubrirse por diversas vías, que denominamos “clases” de dicho valor. Por ejemplo, puede reconocerse por sendas **consensuales** o **extraconsensuales**, pero si bien nuestro tiempo se caracteriza por un casi radical consensualismo los menores requieren muy a menudo el descubrimiento **extraconsensual**. Su consenso es, en todo caso, más hipotético que real.

La justicia puede reconocerse **sin** o **con acepción** (consideración) de personas, con roles recortados o con atención a las personas en su integridad. Pese a que nuestra época se caracteriza por el imperio de la justicia sin acepción de personas, la minoridad necesita con gran frecuencia el descubrimiento más allá de los roles recortados, **con consideración** de la integridad personal.

La justicia puede descubrirse de manera **simétrica** o **asimétrica**, es decir, con fácil o difícil comparabilidad de las potencias e impotencias, y el mayor simetrizador es la moneda. Aunque todavía en la modernidad el poeta popular pudo señalar que el mundo actual se parece a la vidriera irrespetuosa de los “cambalaches” donde los objetos son unidos sólo por su valor monetario, los menores requieren con particular intensidad el reconocimiento de **asimetrías** que escapen en mucho a la moneda con la que, por el contrario, a menudo se los corrompe.

La justicia puede descubrirse de manera **conmutativa** o **espontánea**, con o sin contraprestación. La primera tiene un paradigma en la compraventa, la segunda en la donación. Pese a que vivimos en el reinado de la contraprestación, en que todo es relacionado con su pago, la minoridad nace y sólo se desarrolla en un marco fuertemente signado por la **espontaneidad**, por la donación.

La justicia puede encontrarse por sendas **de aislamiento** o **de participación**. Nuestra época es caracterizada por el fuerte imperio del aislamiento, mas la minoridad requiere en mucho de la **participación**.

Aunque el descubrimiento de la justicia puede hacerse por caminos de referencia **particular** o **general** (dirigida al bien común) nuestro tiempo está signada por el avasallante predominio del primero. Sin embargo, la minoridad exige en mucho el sentido de la justicia **general**.

La justicia puede tener más referencias **de partida** o **de llegada**. En nuestra época, centrada en el presente, la comprensión de esta tensión no es frecuente, pero la minoridad requiere en mucho el sentido de la justicia **de llegada** (4).

15. La justicia se refiere a la totalidad de las adjudicaciones **pasadas, presentes y futuras**, produciéndose así la base de la llamada “pantomía” de este valor. Cada época concibe la temporalidad de una manera diferente, con distintas integraciones de pasado, presente y porvenir. Como hemos señalado, nuestro tiempo parece referido a un permanente presente, mas la minoridad es una condición **“futura”**, aunque con un sentido de futuro abierto, distinto del futurismo

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

preestructurado de la modernidad.

La pantonomía de la justicia requiere que las **consecuencias** sea recibidas por los sujetos que correspondan, mas la debilidad de los menores hace que a menudo sean víctimas de los fraccionamientos de dichas consecuencias pagando por otros a quienes se desea castigar.

La justicia puede descubrirse mediante **criterios generales orientadores** que contribuyen a facilitar las decisiones, pero con frecuencia requiere **valoraciones** completas porque esos criterios son infundados o inadecuados para los casos de que se trata. Los criterios generales elaborados por los adultos, en base al conocimiento de realidades del pasado y el presente, suelen no ser válidos para la condición de los menores, particularmente necesitada de **valoraciones completas**. No es sin motivo que los menores -a veces en exceso- son seres **críticos**.

16. La legitimación de los **repartidores** puede ser **autónoma** y provenir del acuerdo de los interesados o **aristocrática**, originándose en su superioridad moral, científica o técnica. Nuestro tiempo se caracteriza por la gran referencia a la autonomía (en realidad infraautonomía, por la orientación sólo mayoritaria) de la democracia y por la conversión de la aristocracia en mera tecnocracia. El acuerdo de los menores puede no tener las condiciones de lucidez e información que lo hagan realmente tal como criterio de legitimación y, por su misma condición, los menores no pueden contar con superioridad científica o técnica. Por ello es necesario que los repartidores para los menores cuenten con gran superioridad **aristocrática** y que se constituyan en repartidores **“criptoautónomos”** porque contarían con el acuerdo de los interesados en caso que éstos estuvieran en condiciones de prestarlo. La tarea conjetural de la voluntad final de los menores es especialmente significativa.

La legitimidad de los **recipiendarios** depende de **merecimientos** en sentido amplio, que pueden ser **méritos** provenientes de la conducta o **merecimientos** en sentido estricto surgidos de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. La brevedad del tiempo transcurrido limita la posibilidad de los menores para reunir méritos, de modo que es muy importante atender a sus **merecimientos**.

Entre los objetos repartideros figura en lugar destacado la **creatividad**, opuesta a la rutina que, sin embargo, tiende a reinar en la postmodernidad. Cada vez más el imperio actual de la rutina se advierte en el vacío del ocio del “domingo”, día del Señor, en que los hombres deberíamos ser “señores” pero no podemos encontrar el camino de la creatividad. Sin embargo, la condición de los menores, referida a un futuro desconocido, exige gran **creatividad**.

Una de las tareas más significativas para repartir a los menores las potencias debidas es la **educación**, entendida debidamente como desenvolvimiento de las propias posibilidades y no como imposición.

17. La justicia exige que el régimen sea **humanista**, es decir, que tome a los hombres como fines y no como medios. Ese humanismo puede ser **intervencionista** (paternalista), con el

consiguiente riesgo especial de caída en el totalitarismo, o preferentemente **abstencionista**, con el respectivo peligro particular de desvío al individualismo. La particular condición de los menores los coloca ante la necesidad de un **paternalismo** que ceda en la mayor medida posible ante el **abstencionismo**, pero su mediatización y los comportamientos totalitarios son particularmente intensos.

El régimen de justicia requiere la **protección** del individuo contra los demás, el mismo régimen, sí mismo y todo lo demás (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.) atendiendo siempre a las particularidades de los casos. Cada sistema jurídico consiste en una particular composición de estos recursos. Los menores agregan a la dificultad para encontrar la debida integración de tales instrumentos requerimientos particulares de protección en todos los frentes, pero muy intensamente contra **los demás, sí mismos y lo demás**.

b') Las ramas del mundo jurídico

18. La particular condición de los menores se muestra en el conjunto del complejo jurídico. Todas las ramas del Derecho deben atender a ella, sobre todo para brindarles la protección que requieran, pero asimismo es necesario enriquecerlas con el planteo complementario del **"Derecho de Menores"**.

2) La condición del menor en el horizonte político general

19. En el horizonte político general, donde se inscribe el Derecho como política jurídica, la condición de los menores presenta exigencias desde muy diversas ramas, no sólo de política jurídica sino de política sanitaria, científica, artística, educacional, etc., confluyendo todos estos requerimientos en la necesidad de una **política para la minoridad**.

3) La condición del menor en el horizonte filosófico general

20. La complejidad de los problemas de la protección de los menores sólo puede apreciarse cabalmente desde una perspectiva **realista genética**, que reconozca que el sujeto no crea sino descubre al "objeto", en este caso, sobre todo que el sujeto adulto no crea sino descubre al sujeto menor.

Las cuestiones de la minoridad reclaman **estudios interdisciplinarios** que las comprendan en **complejidad pura**, sin mezclas ni compartimentalizaciones.

En última instancia, la comprensión del sujeto de la protección del Derecho de Menores requiere una mente especialmente abierta al **infinito del universo** (5).

(5) Pueden v. además nuestros trabajos "La noción de autonomía material en el mundo jurídico y en el Derecho de Menores", en As. Vs., "Derecho de Menores", Rosario, Juris, 1992; "Nuevas reflexiones sobre la autonomía del Derecho de Menores", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 99 y ss.; "Tensiones en la condición 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)", en "Investigación y Docencia", Nº 24, págs. 57 y ss.; "Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad", en "Investigación ..." cit., Nº 25, págs. 7 y ss.

ESTRATEGIA JUSPRIVATISTA INTERNACIONAL EN EL MERCOSUR (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Las fuentes del Mercosur en materia de Derecho Internacional Privado son un fiel testimonio de las características del Derecho **utilitario** y de **soluciones concretas**, con amplia presencia **contractualista** y **jurisdiccionalista**, de la llamada “postmodernidad” (1).

Al pasar revista a lo que se ha hecho en el Mercosur de manera más vinculada con el Derecho Internacional Privado (2) se advierte que, en correspondencia con esas características del Derecho actual y en relativo correlato también con el camino recorrido por la Unión Europea la obra de los órganos del Mercosur está centrada hasta la actualidad en la **solución de controversias** y en la consagración de la **libre circulación de mercaderías, capitales y servicios**. Quizás el mayor interrogante que se abre al respecto es la conducta que se asumirá en materia de **contratos**.

2. En la perspectiva de la **solución de controversias** y de las **cuestiones procesales** en general, en el mismo año del Tratado de Asunción, cumpliendo con lo establecido en su Anexo 3, se firmó el **Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias** (Mercosur/CMC/Dec. N° 1 1991). Como lo comprendieron los autores del Tratado, era imprescindible que el acuerdo formalizado en él fuera dotado de un seguro contra discrepancias, como el que mínimamente contiene el Protocolo referido, sobre todo teniendo en cuenta que nuestra estructura integradora se apoyaría de manera destacada en órganos ejecutivos y empresariales, pero no judiciales ni parlamentarios.

En clara correspondencia con el sentido de nuestro tiempo, el Protocolo de Brasilia se remite primero a las negociaciones directas, luego a la intervención del Grupo Mercado Común y por último al procedimiento arbitral. Los reclamos de los particulares se encauzan a través de las

(*) Notas de clases dictadas por el autor en cursos de postgrado en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

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

(1) Pueden v. nuestros estudios “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.; “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación y Docencia”, N° 26, págs. 20 y ss.

(2) Es posible v. por ej. “Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional - Fuentes convencionales”, sistematización por Adriana DREYZIN de KLOR y Amalia URIONDO de MARTINOLI, Bs. As., Zavalia, 1996, págs. 965 y ss.; también v.

respectivas Secciones Nacionales del Grupo Mercado Común de los Estados donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios. Es notorio que esta vía, sujeta a la intervención de las Secciones respectivas, limita considerablemente las posibilidades de los particulares.

En la misma línea de atención al procedimiento se inscribe, v. gr., el **Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de Las Leñas** de 1992. De acuerdo a los requerimientos de una integración y una internacionalidad relativamente firmes, el Protocolo establece que cada Estado Parte designará una autoridad central encargada de recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional. El acuerdo aborda asimismo la igualdad de trato procesal, la cooperación en actividades de mero trámite y probatorias, el reconocimiento y la ejecución de sentencias y de laudos arbitrales, la fuerza probatoria de los instrumentos públicos y otros documentos, con un régimen de excepción de legalización, apostilla u otra formalidad análoga y la información del Derecho extranjero.

El **Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto** de 1994 decide los requerimientos de leyes aplicables y tribunales con jurisdicción y la tramitación y las formalidades al respecto. Consagra, según corresponde para facilidad de las medidas, la autonomía de la cooperación cautelar, de modo que su cumplimiento no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal y establece la designación de autoridades centrales.

En esta misma perspectiva es también importante tener en cuenta el **Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual** de 1994 que consagra, entre otras soluciones significativas, la autonomía de las partes para elegir la jurisdicción, incluso de carácter arbitral, y la jurisdicción subsidiaria de los jueces del lugar de cumplimiento del contrato, del domicilio del demandado y del domicilio o sede social del actor cuando demuestre que cumplió con su prestación, detallando, sin embargo, un régimen de calificaciones respecto de estas expresiones de identificación jurisdiccional.

3. En cuanto a la **libre circulación de capitales y servicios**, importa tener en consideración, por ejemplo, el **Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur** (Intrazona) de 1993 destinado al resguardo de todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra, incluyendo por ejemplo derechos reales, participación en sociedades, títulos de crédito, derechos de propiedad inmaterial y las concesiones económicas de derecho público (3).

Una expresión integradora relacionada con la libre circulación de servicios y de mercaderías es el **Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional entre los Estados Parte del Mercosur** (4). Asimismo cabe tener en cuenta el **Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el Mercosur, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen**, en parte vinculado con el Anexo 2 del Tratado de Asunción.

gr. DROMI, Roberto (coord.), "Código del Mercosur", Bs. As., Ciudad Argentina, 1996.

(3) Puede c. asimismo el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no parte del Mercosur, de 1994.

(4) Es posible c. también el Acuerdo sectorial sobre el Transporte Terrestre y Fluvial de mercancías peligrosas en el ámbito del Mercado Común del Sur.

4. El otro gran tema que además de las cuestiones procesales resulta fundamental para la integración, como lo evidencia la experiencia europea, es el de los **contratos**. En este aspecto puede producirse un fenómeno de “autointegración” en que el propio Mercosur dicte sus propias normas, como parece posible que suceda, o que se adopte una “heterointegración” por la vía de la coincidencia en ratificaciones de fuentes no mercosureñas. Sin embargo, las dos fuentes más próximas referidas al tema, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1939-40 y la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales de la CIDIP V de 1994 merecen ciertas objeciones que las hacen no recomendables.

Los Tratados de Montevideo, sobre todo en la versión de 1939-40, tienen una concepción jurídica demasiado estatista para el sentido liberal de la época postmoderna de la globalización. Vale recordar, por ejemplo, el sentido social y estatal que refleja la sujeción de los contratos a la ley del lugar de cumplimiento, la calificación de este lugar por los mismos tratados para evitar un ejercicio oculto de la autonomía, la fijación de la forma por esa misma ley y el rechazo de la autonomía de las partes incorporado de manera expresa en el Protocolo Adicional de 1939-40. Los Tratados de Montevideo de 1939-40 corresponden con especial claridad al tiempo del fuerte protagonismo estatal.

La Convención de la CIDIP reconoce el sentido capitalista de globalización postmoderna admitiendo la autonomía de las partes, pero subsidiariamente remite al Derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos, determinado por los tribunales tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del mismo. Esta indeterminación, que no es radical porque las decisiones judiciales tendrán siempre en cuenta condicionamientos sociales que tenderán a producir uniformidad en las decisiones, ha motivado, sin embargo, legítimas críticas que rechazan la inseguridad resultante (5). La Convención de la CIDIP tiene menos prudencia que su “pendant” la Convención de Roma, del ámbito integrador europeo.

(5) Puede v. al respecto el N° 5 del “Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI”, donde aparece la tarea de las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado. En relación con el Mercosur en general es posible v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel (coord.), “Del Mercosur”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1996.

FILOSOFIA DE LAS RAMAS DEL MUNDO JURIDICO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Sobre todo a partir de la Edad Moderna el Derecho se ha ido diferenciando en diversas áreas con características propias que habitualmente son denominadas **ramas** del mismo. Esas ramas han merecido el tratamiento de disciplinas específicas, nacidas a veces al mismo tiempo que las realidades respectivas (v. gr. el Derecho Internacional Público, en el que la realidad y la disciplina aparecieron alrededor del siglo XVI) y en otros casos con posterioridad (por ej. el Derecho Penal, cuya realidad es de tiempo inmemorial pero su disciplina nació en el siglo XVIII).

Una de las perspectivas en que las diversas teorías acerca del Derecho muestran la riqueza de sus posibilidades es la de la **Filosofía de las ramas del Derecho**. Obviamente no es la misma la Filosofía de las ramas que puede elaborarse, por ejemplo, desde un punto de vista tomista, marxista, etc. Para un tomista el Derecho de Familia puede tener una significación mucho más importante que el papel que le asigne, en mucho en la superestructura, un enfoque marxista.

Las corrientes que más pueden aportar al reconocimiento de las ramas jurídicas son las que se abren de manera más integrada a la consideración de las diversas dimensiones del Derecho. Se puede apreciar muy poco la rica diversidad vital de lo jurídico cuando se la mutila como lo hacen la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen y los planteos logicistas que suelen desarrollarse dentro de la "Filosofía" analítica.

2. A la luz de la **teoría trialista del mundo jurídico**, elaborada por Werner Goldschmidt en el rico marco de la concepción tridimensional del Derecho, ese "mundo" resulta identificable en definitiva por las posibilidades de realizar la justicia en la realidad social y las normas. Se trata de un conjunto de repartos de potencia e impotencia (o sea de lo que favorece o perjudica al ser, y a la vida en particular), captados (es decir, descritos e integrados) por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia. En una perspectiva más "dinámica" puede decirse que se trata de las conductas y las normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar

(*) Notas básicas de una disertación del autor en el Instituto Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

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

la justicia (1). Aunque mucho puede y debe discutirse acerca de la justicia, creemos que su principio supremo es identificable como la exigencia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para personalizarse, es decir, para desarrollarse plenamente.

En el enfoque trialista las **ramas** del Derecho son **áreas** diferenciadas, signadas por especiales requerimientos de justicia respecto de la realidad social y las normas, o sea, por particulares exigencias de soluciones y métodos propios. Estas ramas, dotadas así de **autonomía “material”** en el conjunto del Derecho, pueden tener otras autonomías en los aspectos **legislativos, jurisdiccionales, científicos, docentes y pedagógicos** (formativos de la personalidad de quienes las estudian). Tales autonomías, como la expresión misma lo indica, están subordinadas a las exigencias básicas comunes de la juridicidad (2).

En definitiva importa apreciar que las perspectivas de la comprensión del **conjunto** del mundo jurídico y de sus **partes** se enriquecen recíprocamente. Es más: aunque algunas ramas son especialmente representativas de la generalidad, como el Derecho Constitucional o el Derecho de Concursos, en mayor o menor medida cada rama manifiesta en diversos grados el resto del “todo” abierto del Derecho.

A la luz de la comprensión de las ramas jurídicas deben establecerse perspectivas complementarias **estratégicas y tácticas, macro y microjurídicas**, enriqueciendo así los enfoques recortados con que se piensa el Derecho en nuestro tiempo. Urge que se consideren el conjunto del mundo jurídico como realidad positiva en una perspectiva de conjunto, que puede llamarse **“Derecho de la Cultura”** (3) y el saber respectivo, que puede denominarse **“Teoría General del Derecho”**, de cierto modo entendida como “sistema jurídico” (4). La Teoría General del Derecho así considerada se integra dentro del amplio campo de los estudios **interdisciplinarios** que tanto necesita el saber de nuestro tiempo.

En nuestra época de la llamada **postmodernidad**, caracterizada por un debilitamiento de la razón abstracta y una crisis del sujeto, por una diversidad de superficie y una radical uniformidad utilitaria en lo profundo, las ramas jurídicas están en **crisis**, produciéndose cambios muy importantes en los rasgos que tuvieron en la modernidad y recomposiciones que a menudo las fracturan y con frecuencia desconocen la profundidad de los planteos generales, como ocurre con la descomposición del Derecho Civil y el Derecho Comercial que suele hacerse en el Derecho de la Protección del Consumidor, el Derecho de Daños, etc. (5). Según hemos de señalar, enfoques como los de estos nuevos planteos son legítimos en tanto enriquezcan y no nieguen la profundidad

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

(2) Es posible v. por ej. CIURO CALDANI, “Estudios de Filosofía ...” cit., t. II, 1984, págs. 174 y ss.

(3) Puede v. nuestro estudio “Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

(4) Es posible c. por ej. “Perspectivas ...” cit., págs. 11 y ss. y nuestro trabajo en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss. También v. Jornadas de Teoría General del Derecho “Nuevas fronteras de la juridicidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 21, págs. 91 y ss.

(5) Puede tenerse en cuenta v. gr. nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín ...” cit., Nº 19, págs. 9 y ss.

que se ha alcanzado en la comprensión de las ramas tradicionales.

Sólo a la luz de la consideración del Derecho en su conjunto puede apreciarse con la debida claridad cómo las fracturas de superficie de la juridicidad postmoderna están cerradas radicalmente por el profundo sentido utilitario y únicamente así es posible superar dicha limitación.

3. En la **dimensión sociológica**, las ramas del mundo jurídico han respondido tradicionalmente a diversas perspectivas de mayor predominio de la conducción humana productora de **repartos**, o de las **distribuciones** surgidas de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. Las ramas que se consideraron más vinculadas a los repartos han sido el Derecho Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho de las Obligaciones Contractuales, etc., en tanto las ramas que se refirieron más a las distribuciones son el Derecho de Familia, el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho de los Recursos Naturales, etc. Este panorama hoy se ha modificado y las ramas tradicionalmente más “repartidoras” son vinculadas con distribuciones (v. gr. el Derecho Constitucional, el Derecho Penal, etc. son considerados como más vinculados con las influencias humanas difusas).

Los repartos son de diversas clases, **autoritarios**, surgidos de la imposición y realizadores del valor poder, o **autónomos**, emergentes del acuerdo y satisfactorios del valor cooperación. Tradicionalmente se ha considerado que el Derecho Penal y el Derecho Procesal son marcos de fuertes desarrollos autoritarios en tanto el Derecho de los Contratos es más autónomo, pero en la postmodernidad hay sobre todo una crisis de la autoridad penal y procesal. El Derecho de Familia es una clara muestra de avance de la autonomía sobre la autoridad.

Los repartos pueden ordenarse según el **plan de gobierno en marcha** que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad o conforme a la **ejemplaridad** surgida de modelos y su seguimiento y satisfactoria respecto del valor solidaridad. De manera tradicional el plan de gobierno se expresa con gran fuerza por ejemplo en el Derecho Constitucional, el Derecho Penal, los Derechos Reales y el Derecho de Familia, en tanto la ejemplaridad tiene más despliegues en el Derecho Internacional, el Derecho Civil de los Contratos, el Derecho Comercial y el Derecho Administrativo. Sin embargo, en la dinámica de las ramas jurídicas se advierte que hoy las fronteras entre planificación y ejemplaridad se debilitan, en especial por ejemplo por los avances de la ejemplaridad mundial del mercado que limita las posibilidades locales de planificación. El Derecho de Familia es también una nítida expresión de cómo la planificación gubernamental pierde espacio frente a la ejemplaridad.

4. En la **dimensión normológica** se advierte la presencia de **normas generales**, referidas a sectores sociales futuros y realizadoras del valor predecibilidad y **normas individuales**, respecto de sectores sociales pasados y satisfactorias del valor intermediación. Las fuentes de normas generales suelen expresarse por ejemplo en constituciones y leyes, en tanto las individuales se manifiestan de un modo destacado en las sentencias. Tradicionalmente el Derecho Penal liberal, el Derecho

Internacional Privado clásico de elección del Derecho aplicable y el Derecho Constitucional son muestras del predominio de normas generales, en tanto el Derecho de las Obligaciones contractuales y el Derecho Administrativo brindan más juego a las normas individuales. Sin embargo, en la postmodernidad suelen evidenciarse avances del papel de las sentencias en las ramas que antes eran dominadas por la generalidad.

Las normas pueden producirse en marcos de más **institucionalidad o negocialidad** y hay ramas jurídicas más signadas por la primera, como el Derecho Penal, el Derecho de Familia o los Derechos Reales, en tanto otras son más caracterizadas por la negocialidad, entre las que se destaca el Derecho de los Contratos. Hoy la crisis de la institucionalidad afecta, en diversos grados, al Derecho Penal, el Derecho de Familia, los Derechos Reales, etc.

5. En la **dimensión dikelógica** cabe señalar, por ejemplo, que si bien la mayoría de las ramas jurídicas actualmente reconocidas son referidas en diversos grados al valor **utilidad** (Derecho Civil de los Contratos y los Derechos Reales, Derecho Comercial, Derecho Agrario, Derecho de la Minería, Derecho del Trabajo, etc.) hay otras ramas, como el Derecho Civil de Familia, que están signadas, aunque en grado decreciente, por el valor **amor**.

Hay ramas jurídicas donde la justicia se vale más de **criterios generales orientadores**, como el Derecho de Familia respecto de las líneas básicas del matrimonio y la filiación, en tanto existen otras en que hay más despliegue de las **valoraciones completas**, como las que llevan a cabo las partes en el Derecho de los Contratos.

En general el tratamiento filosófico de las ramas jurídicas se nutre recíprocamente con la superación de los criterios generales orientadores consagrados tradicionalmente. En mucho se enriquece, del mismo modo recíproco, con el **análisis de casos**. En nuestros días la crisis de los criterios generales se expresa, v. gr., en la profunda modificación del Derecho de Familia.

El régimen de justicia exige el amparo del individuo contra **los demás**, como lo hacen en gran medida el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y el Derecho Procesal, el resguardo respecto del mismo **régimen**, según lo procura en mucho el Derecho Constitucional y la protección contra todo **lo demás** (enfermedad, miseria, soledad, etc.), conforme lo buscan el Derecho de Familia y el Derecho de la Seguridad Social. Sólo la visión de conjunto de las ramas jurídicas puede asegurar que el amparo del individuo en todos los frentes tenga los resultados deseables.

6. A la luz de la consideración del complejo jurídico se advierten las exigencias de **otras ramas jurídicas que complementan** a las ramas tradicionales, como el Derecho de la Salud, el Derecho de la Ancianidad, el Bioderecho, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc. Las posiciones de los enfermos, los ancianos, los usuarios de procreación asistida, los investigadores y los usuarios de tecnología, los artistas, los educandos y los educadores, etc. no pueden quedar reducidas sólo a los enfoques relativamente superficiales

y compartimentalizados que pueden darles el Derecho Comercial, el Derecho Administrativo, etc. Diversos valores que la justicia debe consagrar, como la salud, la verdad, la belleza, el amor, etc. quedan hoy en mucho marginados por la compartimentalización de las ramas jurídicas tradicionales.

7. Entre las ramas jurídicas se plantean fenómenos de **coexistencia, aislamiento, dominación, integración, desintegración**, etc. que se reconocen a través de las soluciones que se dan a los problemas de contactos de respuestas, como son los de **calificaciones, fraude, reenvío, rechazo**, etc. (6)

Vale averiguar, por ejemplo, cómo se califican los delitos no sólo dentro sino fuera del Derecho Penal, las vinculaciones familiares no sólo en el marco sino fuera del Derecho de Familia, etc; importa tener en cuenta, v. gr., que el Derecho de los Contratos suele ser instrumento del fraude contra el Derecho de Familia o el Derecho Sucesorio; que el Derecho de la Seguridad Social e incluso el Derecho Contractual de locaciones urbanas tuvieron fuertes rechazos de la indisolubilidad del matrimonio por divorcio vincular consagrada en el Derecho de Familia argentino, etc.

8. A la luz de las diversas autonomías de las ramas jurídicas se advierten, como es legítimo, muchos casos de reconocimiento, que pueden denominarse de **correspondencia**, por ejemplo en la amplia correspondencia que obtienen el Derecho Comercial o el Derecho Penal, dotados a menudo de legislaciones, jurisdicciones, ciencias, cátedras y normatividades propias y otros casos de no reconocimiento, que generan fenómenos de **vacancia**, según ocurre con muchas ramas no tradicionales como el Derecho de la Salud, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, etc., que se resuelven a menudo en su desplazamiento por otras ramas, pudiendo hablarse entonces de áreas **colmadas**.

Un caso de vacancia altamente significativo es el que se está produciendo en la importancia del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social en países como el nuestro, paradójicamente sometidos a un modelo altamente generador de desempleo, con toda la deshumanización que esto significa en el utilitario tiempo de la postmodernidad. La intervención del Derecho Civil y el Derecho Comercial colma el área, pero no corresponde a sus requerimientos.

Las características en que se apoya la autonomía material de las ramas varían en el **tiempo** y en el **espacio**. Las ramas jurídicas nacen y mueren y ciertas autonomías, en lo legislativo, judicial, docente, etc. pueden ser en estos casos fenómenos de “sobrevida”.

9. El reconocimiento de las ramas jurídicas contribuye al desarrollo de la Historia del Derecho, del Derecho Comparado y de la comprensión del **mundo político en general**. Si el Derecho, que en otra perspectiva es política jurídica, no se reconoce en su integración, tiene escasas posibilidades de dialogar con el resto de las ramas políticas y corre riesgo de quedar prisionero de las exigencias de la política económica, sin poder aportar el especial sentido humanista que la justicia puede agregar a los requerimientos del valor utilidad.

(6) Es posible v. nuestro estudio “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U. N. R., 1976, págs. 59 y ss.

LAS FUENTES DEL DERECHO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I. Nociones fundamentales

1. El **Derecho** es una realidad tridimensional constituida por hechos, normas y valores, cuya captación se obtiene a nuestro parecer de la manera más satisfactoria cuando se la estudia a luz de la **teoría trialista del mundo jurídico** (1). La teoría trialista reconoce en el Derecho un conjunto de repartos (dimensión sociológica) captados por normas (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (dimensión dikelógica).

El Derecho es una realidad compleja, en sus dimensiones sociológica y normológica **puesta** por los hombres y en la dimensión dikelógica surgida del **deber de perfección humana**. Esto significa que se puede reconocer un Derecho Positivo y un Derecho Natural y que, en consecuencia, las fuentes del Derecho se refieren de manera diversa a uno y a otro.

El despliegue **positivo** del Derecho plantea principalmente las **fuentes de las normas** (2), es decir, de las captaciones lógicas neutrales de los repartos hechas desde el punto de vista de terceros. El despliegue **natural** presenta las fuentes como relaciones de **fundamentación** de las soluciones justas.

Las fuentes del Derecho, incluyendo las fuentes de las normas y de su fundamentación, y el funcionamiento de las normas, son las realidades más **significativas** de la vida jurídica, donde ésta alcanza su "hora de la verdad". No es por azar que en su polémica contra la escuela de la exégesis François Géný denominó a uno de sus grandes libros "Método de interpretación y fuentes

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

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

(2) Puede v. nuestro estudio "Las fuentes de las normas", en "Zeus", t. 32, págs. D 103 y ss. (también en "Revista de la Facultad de Derecho" de la Universidad Nacional de Rosario, N°4/6); además "Bases propuestas para la elaboración final en el Curso de Postgrado "Las fuentes de las normas"", en "Revista ..." cit., N° 4/6, págs. 294 y ss.; "Las fuentes formales de las normas en la Teoría General del Derecho como sistema jurídico", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 20, págs. 69 y ss.; "Reflexiones sobre las fuentes del Derecho Internacional Privado", en "Boletín ..." cit., N° 10, págs. 35 y ss.; "Filosofía de la historia de las fuentes del Derecho Internacional Privado", en "Boletín ..." cit., N° 20, págs. 63/64, "El Código Civil argentino y las fuentes del Derecho", en "Boletín ..." cit., N° 15, págs. 37 y ss.; "Fuentes

en Derecho Privado positivo" (3). Sólo comprendiendo las fuentes y el funcionamiento se evita la ilusión de dar por supuesto que el Derecho surge "**porque sí**", imagen que es altamente frustrante de las posibilidades de obrar en su mejoramiento pero está todavía presente v. gr. en ciertos ámbitos académicos.

Las polémicas acerca de las fuentes del Derecho corresponden a grandes cuestionamientos **jusfilosóficos**. Durante mucho tiempo el **jusnaturalismo** ha conducido a creer que la fuente verdadera del Derecho es su fundamentación; luego el **positivismo** ha inducido a la creencia de que las fuentes son sólo positivas, sean más normológicas (v. gr. las leyes) o sociológicas (por ej. la costumbre). El **trialismo** señala que las dos posiciones aciertan en cuanto afirman, pero se equivocan en cuanto niegan la juridicidad de las fuentes que exceden a sus propias perspectivas.

Desde el punto de vista **trialista** el **jusnaturalismo** extremo ha producido una mezcla entre fundamentación y positividad que constituye una "complejidad impura"; el **positivismo** ha planteado una radicalización de las fuentes de normas que presenta una "simplicidad pura" y ahora se está en condiciones de abarcar una "**complejidad pura**".

II. Las fuentes reales

a) Las fuentes reales en general

2. La expresión "fuentes de las normas" sirve, de la manera más específica, para designar **fuentes reales**, que dan la realidad captada en las normas, y a su vez tienen un despliegue **material** y otro **formal**. El despliegue material consiste en los repartos captados. El despliegue **formal** es constituido por las autobiografías de los repartos producidas por los propios repartidores y está más próximo a las normas, aunque no se identifica con ellas ni es de su misma naturaleza, sino también de carácter sociológico.

b) Las fuentes reales en especial

a') Las fuentes materiales

3. Las **fuentes materiales**, en la plenitud de los repartos, son la raíz de las normas y contienen su más profundo empuje vital. Para reconocer los **repartos** captados hay que tener en cuenta quiénes reparten, quiénes reciben, qué se reparte, en qué forma se decide y cuáles son las razones, es decir, los móviles, las razones alegadas y las razones sociales que la comunidad puede atribuirles.

¿Por ejemplo: puede alguien conocer de modo suficiente el origen de las normas del Código Civil argentino, sobre todo en cuanto consagran la propiedad privada y la libertad de contratación, sin tener en cuenta que entre los grandes repartidores que lo dispusieron estuvo el presidente D. F. Sarmiento, sin considerar que entre los beneficiarios se hallaban los comerciantes del puerto de Buenos Aires y los inmigrantes por una parte y por otra los gauchos cuya cultura el presidente

e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico", de Miguel Reale, Sao Paulo, Saraiva, 1994, XVIII y 126 págs.", en "Boletín ..." cit., N° 19, págs. 123/4; Asimismo c., por ej., el t. 27 de "Archives de Philosophie du Droit"

Es cierto que también puede reconocerse la posibilidad de normas "puestas" por la divinidad, pero a nuestro parecer ellas pertenecen a la "re-ligión" y no al Derecho.

(3) V. por ej. 2a. ed., Reus, Madrid, 1925.

deseaba hacer desaparecer, y sin saber además cuáles fueron las potencias recibidas por los primeros y las impotencias adjudicadas a los segundos? ¿Es posible conocer las fuentes de esas normas sin atender a la manera “a libro cerrado” con que el Congreso aprobó el proyecto de Vélez Sársfield ni considerar los móviles, en general “europeizantes”, del presidente y sus colaboradores, las razones que Sarmiento alegó en su constante prédica “civilizadora” y las razones sociales que permitieron enraizar en una parte de la población? ¿Puede conocerse debidamente el significado de esas normas sin tener en cuenta que en 1871 entró a regir el Código de Vélez y en 1872 apareció la primera parte del lamento gauchesco del “Martín Fierro”? (4). ¿Es factible conocer de manera plena esas normas sin comprender los fenómenos, en partes análogos y diversos, que significan en la actual realidad argentina?

4. Al reconocer los repartos que son fuentes materiales de las normas es importante tener en cuenta las **bases** y los **límites necesarios** que la naturaleza de las cosas les fija e impone desde la realidad física, psíquica, lógica, axiológica, sociopolítica y socioeconómica. Hay que atender a los **datos** cuyo conocimiento Gény encomendó a la ciencia y también a lo que se “**construye**” técnicamente sobre ellos, aunque este último despliegue sea más con más evidencia formal (5).

Para comprender el verdadero origen de las normas de propiedad privada y libertad de contratación del Código Civil argentino hay que entender los caracteres de nuestro territorio, la división del país en sectores antagónicos, uno “anglofrancesado” y otro “hispanico tradicional”, las fuerzas sociopolíticas y socioeconómicas internas y externas, etc.

El conocimiento de la dinámica de los repartos hace necesario advertir que se trata de conductas vinculadas al **aprovechamiento** o el **desaprovechamiento** de las **oportunidades** para realizar los valores, atendiendo en la medida necesaria a los “**puntos de partida**” y “**de llegada**”. Los repartos se deciden frente a lo que, en proximidad con las ideas de Miguel Reale, puede destacarse como un conjunto de posibilidades dentro del cual la conducción elige una que se convierte en proyecto (6). Para comprender, en nuestro ejemplo, las fuentes de las normas del Código Civil relativas a propiedad privada y libertad de contratación, hay que entender que se partía de un país casi feudal al que se quería hacer capitalista y hay que saber que este objetivo sólo se ha logrado a medias.

Entre los mayores aportes de la teoría trialista del mundo jurídico figuran éstos, de evidenciar que las normas positivas no son productos de la voluntad divina, ni de los valores, ni de la lógica, sino captaciones de los repartos en que los hombres adjudicamos potencia e impotencia, es decir, lo que favorece o perjudica al **ser** y en particular a la **vida**, y que lo hacemos partiendo de situaciones dadas, que aceptamos o rechazamos, y llevando a otras diferentes.

5. Los repartos, en los que las normas tienen su origen “material”, son siempre **autónomos**

(4) Es posible tener en cuenta nuestros estudios “Comprensión jusfilosofica del “Martín Fierro””, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; “Filosofía, Literatura y Derecho” Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 101 y ss. (“Notas de un “diálogo” del “Facundo” y el “Martín Fierro””); “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993

(5) Puede v. por ej. GENY, François, “Science et Technique en droit privé positif”, Paris, Sirey, esp. t. II, págs. 351 y ss. y ts. III y IV.

(6) V. por ej. REALE, Miguel, “Filosofia do Direito”, 5a. ed., vol. 2, San Pablo, Saraiva, 1969, págs. 482 y ss. (párrafos 205/6).

o **autoritarios**. Sociológicamente las **fuentes de obligatoriedad** de las normas son sólo dos: la propia voluntad de los interesados o la imposición externa (7). Para comprender las normas del Código Civil de nuestro ejemplo hay que reconocer que al escribir la biografía de Sarmiento se lo ha llamado, no sin cierta razón, “El hombre de autoridad” (8) y también, sin embargo, que la propiedad privada y la libertad de contratación son, obviamente, cauces de autonomía.

6. Los repartos pueden ordenarse por **planificación gubernamental en marcha**, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos criterios de reparto, y por ejemplaridad, surgida al hilo de la razonabilidad por la marcha de modelos y seguimientos, cuya expresión más común es la **costumbre**. En relativa afinidad con ésta se destaca asimismo la **jurisprudencia** y, en nuestros días, cabe mencionar a la “lex mercatoria”.

Aunque mucho se discuta al respecto, creemos que la ejemplaridad posee fuerza obligatoria por la conciencia de razonabilidad con que la acompaña la sociedad, sin necesidad de recurrir a la planificación legal. No sólo el gobierno, sino la sociedad misma, tienen fuerza social vinculante.

Las fuentes materiales de las normas de nuestro Código Civil acerca de la propiedad privada y la libertad de contratación están, también, en el plan de gobierno constitucionalizado básicamente en 1853, cuya versión escrita consagra la intervención repartidora de los integrantes del Poder Legislativo nacional en sentido amplio en el dictado de la codificación y establece ambos criterios de reparto en los artículos 17, 14 y 20. Asimismo están en el contraste con la ejemplaridad de la vida consuetudinaria de la cultura gauchesca.

7. Las fuentes materiales abarcan, de manera básica última, la **constitución material** (complejo de los factores de poder que se impone en las decisiones) (9) y la **constitución cultural** (que es el complejo de referencias valorativas que en definitiva encauzan la vida jurídica) (10). Sólo se conocen las fuentes de las normas si se tienen en cuenta, al fin, la constitución material y la constitución cultural.

En el caso de nuestro ejemplo, hay que considerar los factores de poder internos y externos del país en la época de Sarmiento y en la actual, con la presencia de los intereses económicos europeos y norteamericanos y del puerto de Buenos Aires y la cultura anglofrancesada, fuertemente referida al valor utilidad, que inspiraba e inspira al sector dominante.

b') Las fuentes formales

8. Entre las fuentes **formales**, o sea las **autobiografías** de los repartos hechas por los mismos repartidores, encontramos tradicionalmente a las constituciones formales, los tratados internacionales, las leyes, los decretos, las resoluciones administrativas, las sentencias, los testamentos, los contratos, etc.

(7) Es posible v. por ej. nuestro estudio “Meditaciones acerca de las fuentes de las obligaciones”, en “El Derecho”, t. 102, págs. 996 y ss.

(8) Puede v. GALVEZ, Manuel, “Vida de Sarmiento - El hombre de autoridad”, Bs. As., Tor, 1952.

(9) V. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

(10) Es posible v. nuestro estudio “La constitución cultural, componente básico de un Estado”, en “Boletín ...” cit., Nº 15, págs. 51 y ss.

Las fuentes formales plantean dos grandes líneas problemáticas, con referencia a las fuentes materiales y a las normas. Una de sus primeras líneas de exigencia es que deben conducir a normas **fieles, exactas y adecuadas**. Las normas son fieles cuando describen con acierto el contenido de la voluntad de sus autores respecto de los repartos deseados; son exactas cuando esa voluntad se cumple y son adecuadas cuando integran los repartos en correspondencia con los fines de los autores. Para saber si las normas tienen estas cualidades es necesario “saltar” desde las fuentes formales a las fuentes materiales.

Hay fuentes formales que son sólo aparentemente tales y constituyen meros **espectáculos**, pues son dictadas para no ser cumplidas; otras son instrumentos de **propaganda** que no procuran un cumplimiento directo, sino a través del convencimiento que vayan logrando en los interesados. En nuestro siglo ciertos regímenes autoritarios han hecho muy frecuente uso de las fuentes espectáculo y propaganda.

Otra línea de relación de las fuentes formales es la que se refiere a la **influencia** que ellas pueden tener sobre las fuentes materiales. Es evidente que desde las fuentes formales se puede presionar en cierto grado sobre las fuentes materiales, aunque en países como el nuestro se suele incurrir al respecto en graves excesos que parecen corresponder a una infundada creencia en el carácter “milagroso” de las formas.

Es evidente que las formalizaciones de la propiedad privada y la libertad de contratación del Código Civil argentino han tenido una gran influencia en la materialidad de nuestra vida, pero al no haberse concretado el plan general no se ha concluido en un país capitalista. El “Pacto de Olivos” que hizo posible la reelección del presidente Carlos S. Menem parece ser en mucho hasta hoy un acuerdo en que una parte adquirió fuentes materiales y la otra ilusiones apoyadas en fuentes formales.

Tema de gran interés es el de la **representatividad de las fuentes formales** y desde este punto de vista es importante saber, por ejemplo, cuánto los **repartidores** representan a los beneficiarios. Así, por ejemplo, no es la misma la representatividad del propio pueblo que se pone en juego en la elaboración democrática de las leyes que en la elaboración más ejecutiva de los tratados, sólo aprobados por leyes.

9. La teoría de las fuentes formales de las normas se aclara comprendiendo su **origen**, su **cauce** y su **destino**, que pueden vincularlas más con repartos aislados o con el régimen.

En la relación con los **repartos aislados**, el origen, el cauce y el destino pueden referirse más o menos a repartos autónomos o autoritarios. En cuanto al **origen** y el **destino**, cabe decir v. gr. que los contratos son fuentes formales que se construyen autónomamente y aunque pueden devenir en fuentes autoritarias, por ejemplo a través de un proceso judicial, tienen una finalidad principalmente autónoma. Las leyes son fuentes formales contruidas autoritariamente y en lo habitual tienen como destino concluir autoritariamente, pero a veces, por ejemplo cuando aprueban un tratado, confluyen en repartos autónomos. En la concepción monista los tratados internaciona-

les son fuentes generadas autónomamente cuyo destino suele ser servir como mandato para que se cumplan en el interior de los países.

El **cauce** de las fuentes formales permite distinguir, por ejemplo, los repartos de sus **formalizaciones**, que se vinculan más con la fidelidad de las normas, y los factores **vinculados con su cumplimiento**, que se relacionan más con la exactitud normativa.

Un contrato instrumentado en una escritura pública tiene como origen un reparto autónomo, pero en gran medida puede tener un cauce de formalización autoritario por el poder del escribano. Entre las perspectivas del cumplimiento, una ley puede producir diferentes grados de autoridad o autonomía, con sanciones, estímulos, etc. En esta perspectiva de los impulsos al cumplimiento la ley puede tener carácter perfecto, cuando su transgresión trae aparejada la nulidad de los actos; sentido imperfecto, cuando los actos contrarios producen todos sus efectos; condición minus quam perfecta, cuando esos actos reciben sanción pero no son nulos y carácter plus quam perfecto cuando traen aparejada la nulidad y una sanción.

El origen de las fuentes formales se vincula especialmente con la **flexibilidad** o la **rigidez** para su elaboración y reforma; el cauce y el destino se relacionan más con la **elasticidad** o **inelasticidad** para adecuarse a los cambios sociales. La ley es con frecuencia más rígida que el contrato y éste suele ser más inelástico.

En las fuentes formales se evidencia con particular nitidez el carácter **institucional** o **negocial** de las normas, o sea la mayor o menor carga ideológica, el mayor o menor protagonismo fáctico de los seres humanos. La constitución formal y la ley suelen tener más sentido institucional; los contratos poseen más despliegue negocial.

10. Como hemos señalado, las fuentes formales también pueden ser consideradas desde el conjunto del **orden de repartos**, o sea del régimen, en el que asimismo evidencian caracteres más **autónomos** o **autoritarios**. Las fuentes autoritarias desde el punto de vista de los repartos aislados pero democráticas en su origen (sean constituciones formales, leyes, decretos, etc.) dan al régimen un sentido de autonomía. Los contratos entre grandes empresas, pese a ser fuentes autónomas desde el punto de vista de los repartos aislados pueden generar autoridad en el mercado y en el régimen.

Hay fuentes formales que corresponden más a la **planificación gubernamental** en marcha, como las constituciones formales, las leyes y los decretos, en tanto otras pertenecen más al juego de la **ejemplaridad**, como los contratos, y las hay relativamente ambivalentes, según lo muestran las sentencias, que por un lado responden a la planificación gubernamental y por otro dan juego a la ejemplaridad de la jurisprudencia.

La **individualización** de las fuentes formales en el conjunto del régimen suele ser reflejo de su lugar social. No es por azar que las leyes argentinas se individualizan con una numeración corrida que comienza con la incorporación de Buenos Aires a la Confederación. Se expresan así la continuidad de la materia y el predominio del Puerto sobre el Interior. No es sin motivo que, atendiendo a su menor continuidad y a su gran cantidad, los decretos son designados con una

numeración que comienza con cada año y cada presidencia. Tampoco lo es que las sentencias suelen individualizarse en un sentido con un número en el protocolo de los tribunales que las dictan y en otro por los nombres de los tribunales, las partes y las causas, y que los contratos, por su particularidad, se designan por los nombres de las partes y el objeto (11).

Los órdenes de repartos se expresan en ordenamientos normativos que son sus captaciones lógicas neutrales y, según éstos pretendan ser sólo órdenes o sistemas dotados de hermeticidad, sus fuentes formales habituales son las **recopilaciones** o los **códigos**.

III. Las fuentes de fundamentación

11. Las fuentes de fundamentación remiten a los **valores** jurídicos y sobre todo al más alto, que es la **justicia**. En la plenitud de lo jurídico, además de los saltos de las fuentes formales a las materiales son necesarias **referencias** a las fuentes de fundamentación. Algunas fuentes formales, como la ley, suelen fundamentarse más por la justicia, en tanto otras, como el contrato, dan más juego a la utilidad.

12. Las fuentes formales pueden descubrir la justicia por diversos **camino**s (clases de justicia). Las leyes suelen valerse más de la justicia extraconsensual, asimétrica (de difícil comparación de las potencias e impotencias), espontánea (sin contraprestación), gubernamental (proveniente del todo), integral (dirigida al todo) y general (orientada al bien común); los contratos emplean con más frecuencia, en cambio, respectivamente la justicia consensual, simétrica, conmutativa, “**partial**”, sectorial y particular.

También en el caso de la fundamentación interesan la **partida** y la **llegada**, aquí como justicia de partida y de llegada. La constitución formal y las leyes suelen caracterizarse por fuertes referencias a la justicia de llegada.

13. Como todo valor plenamente tal, la justicia es un ente ideal exigente, que no depende de nuestros juicios al respecto, y posee tres **despliegues**, la valencia (su deber ser ideal puro), la valoración (su deber ser ideal aplicado) y la orientación (los criterios generales que orientan para descubrir más fácilmente el deber ser ideal aplicado). Algunas fuentes formales, v. gr. las leyes, se remiten más a criterios generales orientadores y otras, como las sentencias y los contratos, suelen referirse más a valoraciones completas.

Sean con referencia a lo positivizado o a lo directamente dikelógico, un lugar significativo en el panorama de la fundamentación lo tienen los **principios** del Derecho (12).

La justicia es una categoría “**pantónoma**”, referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, y las fuentes pueden referirse más al pasado, como ocurre en la costumbre, más al presente y al porvenir inmediato, según sucede a menudo con los contratos y más al porvenir, como ocurre en las leyes y las constituciones formales. A medida que se pretende

(11) Es posible v. nuestro estudio “La individualización de las fuentes formales y su relación con la realidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 12, págs. 75 y ss

(12) V. ESSER, Josef, “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado”, Barcelona, Bosch.

más encauzar el porvenir la rigidez y la inelasticidad resultan mayores.

14. A la luz del **principio supremo** de justicia, que exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona, se advierte que todas las normas y las fuentes adquieren su fundamentación última en el servicio que presten a la **personalización** de los seres humanos.

15. Hay fuentes formales que se relacionan más con la fundamentación de sus repartidores por la vía **aristocrática**, es decir, por la superioridad moral, científica o técnica expresada v. gr. en sentencias y resoluciones administrativas; otras que poseen más referencia **autónoma**, como los contratos; otras que tienen más sentido **paraautónomo**, de consenso en la calidad del repartidor, como los laudos y otras que poseen más apoyo **infraautónomo**, de sustentación en una mayoría, según ocurre en las constituciones formales y las leyes de las democracias.

A medida que se tiene conciencia de cierto nivel de crisis en la legitimación de los repartidores, los beneficiarios, los objetos y la forma de los repartos, las fuentes formales suelen acompañar una **fundamentación expresa**, como se evidencia al comparar nuestras leyes, que carecen de esa fundamentación, con los decretos y las sentencias que sí la tienen. La fundamentación expresa de las fuentes que tienen más contacto último con la realidad es especialmente significativa.

16. Hay fuentes formales que se vinculan más con el **humanismo intervencionista**, como suele ocurrir con las leyes, y otras que dejan más espacio al **humanismo abstencionista**, según sucede en los contratos. Algunas fuentes formales sirven más a la unicidad, como los contratos, y otras se vinculan más con cierta igualdad y con la comunidad, como las leyes.

Es en este marco, de la fundamentación, donde se decide la **legitimidad** de las fuentes reales y las normas, por ejemplo, de las fuentes reiteradamente citadas de propiedad privada y libertad de contratación del Código Civil argentino y las normas que nacen de ellas.

IV. Las fuentes de conocimiento

17. Las fuentes de conocimiento de las normas y del Derecho todo constituyen la **doctrina**. Esta puede expresarse con niveles diversos, como comentarios, ensayos, monografías, manuales, tesis, tratados, etc. No es el mismo el sentido de un artículo, que se "articula" más o menos en una "re-vista" o en un "anuario", o el de un capítulo que corresponde al encabezamiento de una parte relativamente autónoma de una obra mayor (13).

18. Como construcciones científicas las obras de doctrina también tienen una estructura **tridimensional**, compuesta por actos y hechos de conocimiento, juicios que los captan y valores

(13) V. COROMINAS, Joan, con la colaboración de PASCUAL, José A., "Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico". Madrid, Gredos, t. I, 1980, págs. 365/6 ("artículo") y 835 ("capítulo").

A veces los nombres provienen más de los contenidos, como "comentario", "ensayo", "monografía", "tesis" o "tratado" y en otros casos se refieren más a la forma exterior, v. gr. en la expresión "manual".

- (14) Pueden c. nuestros estudios "Meditaciones acerca de la ciencia jurídica", en "Revista", cit. Nº 2/3, págs. 89 y ss.; "Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia", en "Zeus", t. 29, págs. D. 175 y ss.; "La pantomima de la verdad y los géneros literarios de la ciencia", en "Boletín", cit. Nº 20, págs. 79 y ss.; también es posible v. "Palabras de presentación", "Simposio "La ciencia jurídica en Argentina", en "Revista", cit. Nº 23, págs. 69 y ss.
- (15) Puede v. nuestro libro "Dos estudios indimensionales", Rosaric, "96", págs. 7 y ss.; "Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones".
- (16) Es posible tener en cuenta nuestros estudios "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosaric, "Fundación para las Investigaciones Jurídicas", 1979 y "Reflexiones comparativas del Derecho Occidental y el Derecho musulmán", en "Investigación", cit. Nº 6, págs. 97 y ss. V por ej. LOSANO, Maric G. "Los grandes sistemas jurídicos", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982.

por fuente real (16).
Occidente actual sólo podría ser una fuente de fundamentación, en el mundo musulmán es tenido régimen esta fuertemente dominado por el Corán, el libro atribuido a Dios mismo. Lo que en el Otro estilo cultural manifestado en las fuentes del Derecho se evidencia en el Islam, cuyo genera una revolución desde 1688.

de cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, en tanto Inglaterra no que, con diversos alcances, Francia y Alemania han tenido categorías procesos revolucionarios En estrecha relación con estas características de sus culturas y de sus fuentes se comprende y de Hume, ha preferido apoyarse en la jurisprudencia y en sus recopilaciones.
racional de las ramas jurídicas (15). Desde la Edad Media la empirista cultura inglesa, de Occam elaborar al fin un Código de mayor sentido germánico y elaboraría tratados tendientes a dar cuenta común que la hubiera asimilado más a la cultura francesa y daba mas juego a las costumbres para racional e histórica, de Leibniz y de Hegel pero también de Savigny, rechazaba la codificación su doctrina en cursos y comentarios referidos a la codificación. En la misma época, la Alemania síntesis de razón y voluntad de las leyes y en particular de los códigos y en el contrato y desarrollo nada de las tradiciones de Descartes y Luis XIV y expresada al fin por Napoleón, se apoyó en la Para ejercer su fuerte autoridad capitalista, la burguesía revolucionaria francesa, impreg- una expresión profunda de un estilo cultural.

ejemplo, las diversidades entre las culturas francesa, alemana e inglesa, un complejo de fuentes es

V. Las fuentes del Derecho en el Derecho Comparado y la Historia del Derecho

conocimiento **completas e incompletas**.

acabamos de referirnos, es posible reconocer, según las aborden cabalmente o no, fuentes de Dada la complejidad del Derecho y de las fuentes reales y de fundamentación a que través de las fuentes materiales, de modo que se convierten **indirectamente** en fuentes reales.
Las fuentes de conocimiento del Derecho pueden ejercer cierta influencia en las normas a referencia a la justicia.

y los manuales, este valor tiene más proyección utilitaria, en tanto en los tratados posee mas conocimiento personalizante, pero en algunas clases de obras, como los comentarios, las monografías **tratado**. Debe realizar una especial perspectiva de justicia a través de la **verdad**, que es La doctrina alcanza su mayor nivel lógico cuando es expresada con la sistematicidad de un que los valoran culminando en la verdad (14).

20. También puede reconocerse la profunda relación entre los estilos de fuentes y los estilos culturales a través de la Historia del Derecho.

La **modernidad**, época de regímenes estatales, de racionalidad relativamente fuerte, de los capitalismos nacionales que buscaban proyectarse al mundo y de una cultura utilitaria pero más plural, tuvo más protagonismo de las constituciones formales, las leyes y los contratos y produjo más tratados científicos. La **postmodernidad**, tiempo del incremento del papel de las empresas y de la penumbra de los Estados, de una racionalidad débil, de una superficialidad fracturada y una globalización capitalista y utilitaria profunda, se expresa más a través de los tratados internacionales y de los contratos y muestra el avance de los comentarios, las monografías y los manuales (17).

21. La **interrelación** entre las clases de fuentes se evidencia, por ejemplo, en que al independizarse los Estados Unidos, necesitados de darse una forma de gobierno republicana y federal, recurrieron a la materialidad y a la fundamentación para tener una constitución formal, en tanto Inglaterra ha podido manejarse al respecto consuetudinariamente.

A la luz de las diversas perspectivas trialistas se puede determinar el grado de **adecuación** de una norma con la cultura en que se produce.

(17) Pueden v. nuestros estudios "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín ..." cit., N° 19, págs. 9 y ss.; "Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)", en "Investigación ..." cit., N° 26, págs. 20 y ss.; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss. ("Esquema orientador para la Filosofía de la Historia del Derecho "Continental")

PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS: ¿TITULARES DE DERECHOS HUMANOS?

Algunas reflexiones desde la Filosofía del Derecho en España ().*

María Isolina DABOVE()**

I

Si la preocupación jurídica primordial de la **modernidad** estuvo signada por la pregunta en torno a **qué derechos reconocer y garantizar como límites al poder; hoy**, el foco de atención parece consistir en saber a **quiénes pertenecen tales derechos**. ¿Qué significado podría tener este desplazamiento gnoseológico para la teoría actual de los Derechos Humanos?, ¿por qué ocurre precisamente ahora?, ¿qué implicaciones contiene esta nueva perspectiva dentro de la Teoría General de los Derechos?, ¿cuáles son los interrogantes que suscita en el horizonte de la filosofía política?, ¿qué conexiones existen entre este giro temático y las concepciones actuales acerca del Estado y de su actuación?

Sin duda, todos estos numerosos interrogantes están revestidos de una gran complejidad, como complejo es, en definitiva, el problema que nos ocupa. Por esta razón, las líneas que siguen únicamente tienen el propósito de trazar un esbozo, de subrayar algunos aspectos del tema, que surgen a la luz de la Filosofía del Derecho en España.

Al parecer, el problema que plantea la aceptación de la titularidad de los derechos fundamentales en favor de las personas jurídico públicas no representa sólo un conflicto jurídico formal, de carácter técnico, aunque -obviamente- lo suponga. Al parecer, comporta también una revisión profunda de la concepción misma que de estos derechos se tiene. Con él, se desplaza al ámbito de lo público un centro de interés iusfilosófico que, durante siglos, se había mantenido muy celosamente resguardado en la esfera de lo privado.

Como bien sabemos, en la modernidad los Derechos Humanos surgieron en el seno de una relación jurídica establecida entre los particulares - ciudadanos - y el poder estatal. Con un objeto muy claro: afianzar la protección de un determinado tipo de bienes, estados o situaciones, considerados valiosos en la época.

El Estado y la sociedad civil fueron considerados productos de un acto de voluntad que nacía

(*) Trabajo de Doctorado presentado en la Universidad Carlos III de Madrid.

(**) Investigadora del CIUNR.

con el individuo, para expandirse recién entonces a la comunidad (1). Lo que básicamente preocupaba era tratar de establecer algún tipo de relación jurídica legítima entre quienes tenían el poder de vincular con sus decisiones a los miembros del grupo y aquellos que debían soportarlas (2).

En ningún momento se puso en cuestión el tema de la titularidad de los derechos naturales. Este punto siempre estuvo claro tanto en la doctrina como en las declaraciones de principios de entonces. ¿Quién, si no, los individuos podían ser los únicos beneficiarios de estos derechos? Derechos que habían surgido, precisamente, para fortalecer la situación del gobernado frente a la omnipotencia estatal.

Básicamente en este estado continuaron las cosas a lo largo del siglo XIX y principios del XX. Sin embargo, a partir de 1950 -cuando se inicia la etapa de internacionalización de los derechos fundamentales-, aquella percepción de la titularidad en sentido privatista comienza a resultar no tan clara y evidente. Esta perspectiva entra en crisis. Al par que un nuevo proceso de expansión de los derechos humanos se cierne ante nosotros: el *proceso de especificación*.

Como señala **Norberto Bobbio**, esta nueva línea de tendencia parece ir consolidándose, precisamente, a partir de aquella crisis. Y, a su paso, parecen ir determinándose más prolijamente los sujetos titulares de estos derechos (3). En este sentido vemos, pues, cómo, frente a la idea del hombre como sujeto abstracto de esta relación jurídica, fue haciéndose cada vez más necesario poner de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano? (4).

Sin embargo, las determinaciones que hasta el presente se han ido desarrollando en el marco del Derecho Internacional están muy lejos de agotar la complejidad de este planteo. Todas ellas aún se desenvuelven en una perspectiva "individualista", o mejor, "privatista" de los Derechos Humanos. Y, en lo profundo, continúan siendo planteos "modernos". O bien se refieren al **género** (5); o bien, a las distintas **fases de la vida** (6). A los **estados normales o excepcionales de la**

(1) Así lo afirman las teorías pactistas de la Edad Moderna, desde Hobbes, pasando por Grocio, Pufendorf, Locke, Rousseau o Kant. Respecto a estos temas, además de las obras de los autores citados, existe una bibliografía abundantísima. Entre ella puede consultarse la siguiente: ASIS ROIG, Rafael, "Las paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al poder", 1ª ed., Madrid, Debate, 1992; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 65 y ss., "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; DÍAZ, Elías, "Legalidad - Legitimidad en el socialismo democrático", Madrid, Civitas, 1978; "Sociología y Filosofía del Derecho", 2ª ed., 7ª reimp., Madrid, Taurus, 1992; FERNANDEZ, Eusebio, "Teoría de la Justicia y Derechos Humanos", 1ª ed., 1ª reimp., Madrid, Debate, 1987; NINO, Carlos S., "Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación", Barcelona, Ariel, 1989; PECEs BARBA, Gregorio, "Derecho Positivo de los Derechos Humanos", Madrid, Debate, 1987; "Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General", Tomo I, Madrid, Eudema, 1991; "Derecho y Derechos Fundamentales", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; PEREZ LUÑO, Antonio, "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

(2) V. BOBBIO, Norberto, "El tiempo de los derechos", trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, págs. 105 y ss.

(3) V. id., págs. 109 y ss.

(4) V. id., pág. 110 y ss.

(5) En este sentido recordemos, por ejemplo, la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación de la mujer*, de 1967.

(6) Entre otras, la *Declaración de derechos del niño* de 1959, o los documentos internacionales respecto a los *derechos de los ancianos*, suscitados a partir de 1982.

existencia humana (7). A las **personas jurídicas de carácter privado** (8). A las **generaciones futuras**, al **medio ambiente en general**, o a los **animales en particular** (9).

Al parecer, la novedad que encierra el interrogante acerca del sujeto, acerca del titular de derechos humanos, no viene dada por esta línea de pensamiento, aunque -en cierto modo- la adelante. Lo nuevo de esta pregunta, el segundo paso que reclama hoy el proceso de especificación, me parece que no parte de la esfera privatista del concepto de persona sino de su *dimensión pública*. Concretamente: la osadía filosófica de la postmodernidad consiste en saber si las personas jurídicas públicas -entre ellas el Estado, claro está-, pueden ser titulares de derechos "humanos" y en qué medida pueden serlo efectivamente (10).

II

¿Qué nos dice la Constitución Española al respecto? Si bien en principio es posible encontrar algunas referencias en esta materia, son tan imprecisas que resulta muy dificultosa su aplicación. Así, por ejemplo, el **artículo 16** hace referencia a las comunidades. El **artículo 27.6** reconoce a las personas físicas y *jurídicas* la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. El **artículo 24** señala que *todas las personas* tienen derecho a obtener tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. El **artículo 28** establece en favor de los *sindicatos* el derecho a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Y, el **artículo 162**, que otorga legitimidad para interponer el recurso de amparo a toda persona natural o *jurídica* que invoque un interés legítimo, así como al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal.

El propio Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto esta cuestión con ocasión de numerosos litigios que se fueron suscitando en su ámbito. Si a este problema de la vaguedad jurídica le sumamos el de la ambigüedad de sus respuestas, siempre cambiantes, podríamos entrever la compleja realidad que comprende esta pregunta (11). Aún así, me gustaría destacar algunos datos

(7) *Declaración de derechos del disminuido mental y del disminuido físico*, de 1971.

(8) Como por ejemplo las asociaciones, sociedades civiles y comerciales, fundaciones, etc.

(9) V. BOBBIO, op. cit., págs. 110 y ss.; SINGER, Peter, "Ética Práctica", trad. Marta Guastavino, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1991, págs. 68 y ss.

(10) Para una profundización desde el punto de vista técnico jurídico, ver -por ejemplo- el interesante trabajo de José Manuel DIAZ LEMA, "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?", publicado en la "Revista Jurídica de Castilla - La Mancha", Nº 6, del mes de abril de 1989, págs. 167 y ss.; o también ver: AGUIAR, Luis, "Dogmática y teoría jurídica de los Derechos Fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional Español", en "Revista de Derecho Político de la UNED", Nº 18-19, verano-otoño de 1983, págs. 17 y ss.; MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo, "Organismos autónomos y derechos fundamentales", en "Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo", Tomo I, Madrid, Civitas, 1994, págs. 103 y ss.; PRIETO SANCHIS, Luis, "Estudios sobre Derechos Fundamentales", Madrid, Debate, 1990, págs. 122 y ss.; PECES BARBA, Gregorio, "Derechos Fundamentales", 4ª ed., Madrid, Universidad Complutense, 1983, pág. 101 y ss.

(11) Entre la variada jurisprudencia constitucional, tan sólo citaré estas sentencias: STC 4/1982, de 4 de setiembre; STC 19/1983 de 14 de marzo, sentencias que han encontrado un amplio eco en la doctrina jurídica, así como también los autos 558/1983 de 16 de noviembre; 771/1984 de 12 de diciembre, los autos 135 y 139/1985, ambos de 27 de febrero. O bien, las sentencias 86/1985 de 10 de julio; STC 44/1988 de 12 de abril; STC 26/1987 de 27 de febrero; STC 69/1985 de 30 de mayo; STC 180/1987 de 12 de noviembre; STC 110/1987 de 1 de julio; STC 121/1987 de 13 de julio; STC 124/1987 de 15 de julio; STC

que me parecen relevantes dentro de este marco jurisprudencial.

El número de **entes públicos** que han interpuesto hasta el presente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando legitimidad para accionar en calidad de **sujetos titulares** - y no sólo por sustitución- de derechos fundamentales es realmente interesante, tanto en cantidad como en calidad. Entre otros podríamos citar, por ejemplo, al Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, las Diputaciones Provinciales de Navarra, Granada, el Fondo de Promoción de Empleo del Sector de la Construcción Naval, RENFE, la Diputación Foral de Guipúzcoa, el INSS (Instituto Nacional de Servicios Sociales), la Junta de Andalucía, la Caja de Ahorros de Badajoz, el Banco de Crédito Industrial, el Ayuntamiento de Rocafort, la Empresa Municipal de Transporte de Madrid, la Junta de Puerto de Sevilla y Ría del Guadalquivir, la Comunidad Autónoma de Castilla y León, el Canal de Isabel II, INSALUD, la Facultad de Medicina de la Universidad de Sevilla (12).

En este contexto, muy pocos **derechos fundamentales** han sido admitidos. Entre los excepcionalmente receptados se podrían mencionar:

* El **derecho de tutela judicial efectiva**, del artículo 24 de la Constitución Española, verbigracia en las sentencias 4/1982 de 8 de febrero y 19/1983 de 14 de marzo.

* Los **derechos derivados de la actuación de la Administración en forma privada**, considerados en las sentencias 19/1983 ya citada y la sentencia 64/1988 de 12 abril.

* Los **derechos de las Corporaciones de Derecho Público, Colegios, Cámaras, Universidades**, asimilándolos con la categoría de las asociaciones. De ellos se ocupan las sentencias 64/1988 de 12 de abril y la STC 26/1987 de 27 de febrero, citadas.

* La **igualdad ante la ley** del artículo 14 de la Constitución, respecto a las relaciones entre personas jurídico-públicas y otras Administraciones -particularmente Corporaciones Locales y Administraciones Superiores. En este sentido, autos 135/1985 de 27 de febrero; 139/1985 de 17 de febrero; 558/1983 de 16 de noviembre; 771/1984 de 12 de diciembre.

* El **derecho a la autonomía universitaria**, planteado en las sentencias 26/1987 citada; 55/1989 de 23 de febrero; 106/1990 de 6 de junio; 132/1990 de 17 de julio; 130/1991 de 6 de junio, o la STC 187/1991 de 3 de octubre (13).

No obstante la postura sentada por el Tribunal Constitucional, la doctrina imperante también se ha pronunciado, admitiendo como posiblemente viables aún a estos otros:

- * los derechos referidos a la **propiedad intelectual**;
- * y a las **titularidades de la creación artística**, científica, etc., del artículo 20 de la Constitución Española.

41/1988 de 14 de marzo; STC 34/1988 de 16 de mayo; STC 54/1988 de 24 de marzo; STC 55/1989 de 23 de febrero; STC 106/1990 de 6 de junio; STC 132/1990 de 17 de julio; STC 130/1991 de 6 de junio; STC 187/1991 de 3 de octubre, entre otras.

(12) V. MARTIN RETORTILLO, op. cit. , págs. 120 y ss.

(13) V. DIAZ LEMA, op. cit. ; MARTIN RETORTILLO. op. cit.

En este sentido, señala **Martín Retortillo**, *no resultaría nada forzado postular a favor de organismos autónomos especializados en fines culturales (14) determinadas titularidades. Las que tienen que ver, así, con la propiedad intelectual, derechos de publicación y reproducción, derechos derivados de la creación literaria, artística, científica y técnica, y similares. Nada infrecuente resulta que creadores cedan a instituciones como las señaladas no sólo sus obras, sino también los derechos del creador (15).*

III

Sin duda, esta lista de derechos podría incluso llegar a ampliarse. Podría expandirse hasta donde lo permita la concepción jurídica y política de los derechos humanos de que se trate. No obstante, hoy parece que será una lista mucho más limitada que la del resto de las personas jurídicas. O, al menos, bastante diferente. Sea como fuere, lo cierto es que será necesario realizar un trabajo de interpretación jurídica casuístico, dadas las peculiaridades que rodean al titular en cuestión: las Personas Jurídicas Públicas. Y, para que esta tarea no fracase, habrá que considerar también el carácter instrumental que esta formalización jurídica tiene para la vida. Para el respeto último del valor más alto de nuestro propio ser: el valor humanidad (16).

Aunque sabemos que esta nueva perspectiva de la titularidad es fruto del fenómeno de expansión que se viene produciendo en el ámbito de los derechos humanos (17), creemos también que sólo lo es, en parte. Son muchas y muy significativas las consecuencias jurídico-políticas que este dilema encierra. Como decíamos al comienzo, se trata de un cuestionamiento que pone en tela de juicio la concepción actual de los derechos humanos. Por muchas razones, que contrastan con las perspectivas de la condición humana en el pasado y que modifican aquel centro de interés iusfilosófico.

En la modernidad preocupaban los individuos porque éstos no tenían autonomía, ni seguridad, ni, en última instancia, libertad jurídica y política. En la actualidad, preocupan las personas jurídicas públicas porque, tal vez, la duda gire en torno a la fuerza o debilidad real que existe detrás del concepto de soberanía estatal. Tal vez, este interrogante no sea más que otro indicio de la transformación que se está operando en el seno internacional y comunitario, acerca de la concepción misma del Estado. El tiempo, en su sabio devenir, nos lo dirá.

(14) Museos, bibliotecas, archivos, hemerotecas, filmotecas, institutos de investigación, centros de publicaciones y un largo etcétera.

(15) V. MARTÍN RETORTILLO, op. cit., págs. 116 y ss.

(16) V. CIURO CALDANI, op. cit.

(17) En relación a este proceso de multiplicación de los derechos humanos, ver el interesante y polémico artículo del profesor Francisco LAPORTA, "Sobre el concepto de Derechos Humanos", publicado en la revista "Doxa", Nº 4, 1987, págs. 23 y ss.

REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO DE AMPLIACION DEL MERCOSUR (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La **delegación** de las relaciones exteriores en el Gobierno Federal que consagra nuestra Constitución Nacional, de cierto modo modificada ahora con un sentido más federalista por el art. 124, no debe excluir la participación de todas las "provincias" y las regiones del país en la elaboración de nuestra política internacional (1). Teniendo nuestro país un régimen representativo, republicano y federal, todas las decisiones, incluso las de política internacional, han de adoptarse atendiendo al parecer de todos los sectores de la población, incluso de los más distantes del puerto de Buenos Aires, y todos los sectores han de ocuparse de formar su propia opinión al respecto. De lo contrario, las decisiones que se adoptan en lo internacional pueden consagrar privilegios de quienes ejercen el Gobierno Federal y de la Capital Federal, ventajas que son, por otra parte, de cierto modo evidentes cuando se aprecian los recursos de que disponen los habitantes del marco porteño y los del resto del país. La formación de la opinión general y de los cauces participativos pertinentes es uno de los objetivos de estas Jornadas Regionales sobre Integración.

2. El proceso tendiente a la incorporación de **Chile** y de **Bolivia** al Mercosur está generando en estos momentos días verdaderamente **históricos** que tal vez contribuyan a cambiar el curso de

(*) Ideas básicas de la exposición del autor en el acto de apertura de las Jornadas Regionales sobre Integración organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Internacional, el Instituto de Estudios Económicos y del Mercosur de la Universidad Católica de Salta y la Federación de Entidades Profesionales Universitarias de Salta (27 de junio de 1996).

(**) Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) A nuestro entender el federalismo argentino debe ser replanteado para ampliar considerablemente las facultades de las "provincias", a las que creemos debería comenzarse por denominar "**Estados**" (o incluso quizás "repúblicas"), porque es evidente que en la Argentina no es apropiada la expresión "pro-vincias", que sugiere el favor a los vencidos, ya que en lugar de haber vencidos hubo Estados que confluyeron en la organización del Gobierno Federal. La palabra provincia proviene del latín y se discute si se deriva de "vencer", pero creemos que, sea cual fuere la etimología, el sentido es el de zonas vencidas (pueden v. por ej. COROMINAS, Joan, con la colaboración de PASCUAL, José A., "Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico", vol. IV, 1a. reimp., Madrid, Gredos, 1985, pág. 664 "provincia"; "Roma, antes de César. consideraba francamente a las provincias como territorio conquistado; ..." (DURANT, Will, "César y Cristo", trad. Luis Tobío, t. II, 2a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1955, pág. 121).

Entre las diversas medidas que a nuestro parecer deben adoptarse para reordenar el régimen federal argentino se encuentra asimismo la constitución de un "**Estado de Rosario**", diverso del de Santa Fe. Sobre todo en un país

varios siglos de la vida de nuestros pueblos (**). Con la incorporación de Chile y de Bolivia el **"eje" geográfico**, aunque todavía no económico, del Mercosur dejaría de estar en la zona fluvial de los grandes ríos de la Cuenca del Plata y en la zona Atlántica y pasaría, por ejemplo, por esta provincia de **Salta**. Esto podría significar no sólo la posibilidad de superación de los vínculos quizás excluyentes del eje Buenos Aires-San Pablo, sino la moderación del fuerte sentido marítimo de las culturas de Argentina, Brasil y Uruguay con la incorporación de un sentido más **mediterráneo**, con más protagonismo de los pueblos hasta ahora "encerrados" y la ampliación de la referencia al océano Atlántico con otra perspectiva dirigida al **océano Pacífico**, que para algunos podría ser el área marítima central del porvenir.

Es más: es posible que la recomposición del Mercosur haga viable la superación de la sectorialización horizontal que separa a quienes gozan de las ventajas de la riqueza y la tecnología y los marginales, tan intensificada en sentido global en estos días de la llamada "postmodernidad" (2). Al considerar la integración vale tener en cuenta, en cada momento, si se hará en beneficio de las élites o de todos los habitantes de la región y tal vez ahora resulte más posible la reparación de la **"deuda histórica"** con los sectores marginales, incluso los de las culturas indígenas dominadas. Quizás más allá de los objetivos de quienes, en muchos casos desde afuera, promueven la integración con propósitos economicistas capitalistas, se esté abriendo camino la inversión del ciclo de la dominación del ámbito mercosureño y de sus regiones.

3. Los **temas** a abordar en estas Jornadas (3) evidencian, en diversas perspectivas más institucionales (facultades de las provincias), económicas (emprendimientos empresarios, sociedades, solución de controversias) y de cultura de servicios (ejercicio de profesiones) las tendencias hacia la globalización y la integración que presenta la vida de nuestro tiempo (****).

precapitalista como la Argentina, la no disponibilidad de medios institucionales de los que carece la ciudad de Rosario por no ser capital de una provincia o Estado se hace ilegítimamente insoportable.

(***) Es posible v. por ej. "Gazeta Mercantil Latinoamericana - Semanario del Mercosur", 7 al 13 de julio de 1996, págs. 1 y 9 y ss.

(2) Puede v. nuestro estudio "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 19, págs. 9 y ss.

(3) 1. Facultades de las Provincias para celebrar Tratados internacionales (art. 124 de la Constitución Nacional); 2. Emprendimientos empresarios; Sociedades, Métodos de Solución de Controversias entre particulares en el ámbito del Mercosur, y 3. El Ejercicio de Profesiones Universitarias en los países del Mercosur.

(****) En el sentido de afianzar el protagonismo de las provincias, al tratarse el **tema 1** adherimos fundadamente a la conclusión de que "Las Provincias, en mérito al art. 124 de la Constitución Nacional, pueden celebrar Tratados Internacionales con los condicionamientos previstos en dicha norma. Los términos "Tratado" y "Convenio" se equiparan en el plano internacional. El "conocimiento" del Congreso Federal importa un elemento indispensable para completar la voluntad contractual, sin el cual el Tratado carecería de un requisito formal de validez." Entendemos que ahora la Constitución Nacional "habilita" diversos cauces para las relaciones exteriores del país.

Al abordarse el **tema 3** aportamos las perspectivas para la constitución de un régimen integrador de las profesiones teniendo en cuenta los ingredientes de utilidad, verdad y valores específicos de las distintas profesiones, que se presentan circunstanciados, de modo que los tres puntos de vista se modifican cuando las profesiones se encaran en los procesos de integración, como el del Mercosur.

Las profesiones significan **respuestas a reclamos** sociales en los tres sentidos, de utilidad, verdad y valores específicos, y el **nuevo régimen** mercosureño exige, por ejemplo, tener en cuenta: a) la realidad social básica, de la que forman parte como individualidades y como factores de poder los profesionales locales de cada país y los de los otros países, los usuarios de servicios, los formadores de profesionales, etc. ; b) quiénes han de producir el orden, atendiendo a la ejemplaridad de la razonabilidad de los propios usuarios pero también a una planificación en la que deben intervenir,

en distintas tareas: las universidades, los colegios profesionales y los órganos gubernamentales de los Estados y del propio Mercosur; c) quienes han de beneficiarse o perjudicarse con el ejercicio profesional, considerando que más que el beneficio de los profesionales interesa el de los usuarios de sus servicios y las comunidades a integrarse; d) en qué aspectos se han de recibir beneficios o perjuicios, atendiendo a las tres áreas de la profesionalidad; e) cuáles son las responsabilidades profesionales, sobre todo por la aristocracia del saber profesional, etc. (pueden v. nuestros "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política" Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, págs. 229 y ss. y, acerca de las diversas perspectivas finalistas, por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As.: Depalma, 1987).

Con especial referencia al ejercicio de la **abogacía**, señalamos que importa tener en cuenta que se trata de un saber por **comprensión** y que la justicia, valor último del mundo jurídico, es una categoría "**pantónoma**" (pan=todo, nomos=ley que gobierna), de modo que el desempeño mercosureño requiere una profunda comprensión de las realidades de los países que participan en nuestro proceso de integración. Incluso vale considerar las diversidades de materias jurídicas: es más fácil la amplitud de perspectivas integradoras en áreas profesionales como las del Derecho Comercial, menos en otros ámbitos como el Derecho de Familia.