

COMPRESION DE LA INTERNACIONALIDAD Y LA GLOBALIZACION DESDE LA PERSPECTIVA SANMARTINIANA (*)

Miguel Ángel ~~CHURO~~ CALDANI (**)

1. Tengo la esperanza que el Congreso que hoy se inaugura sea una oportunidad de **hospitalidad recíproca**. Por una parte, de la magnífica hospitalidad que la Universidad de Mendoza viene brindando a la Asociación Argentina de Derecho Internacional y, por otra, de la hospitalidad que la Asociación Argentina de Derecho Internacional desea dar como marco fértil para el pleno desarrollo de los jóvenes internacionalistas de la región.

Al inaugurar un Congreso de Derecho es importante comprender la perspectiva desde la cual se lo realiza, en este caso, la de un **homenaje** de la Asociación Argentina de Derecho Internacional al profesor Dr. Manuel A. Vieira hecho en **tierra mendocina**.

El **profesor Vieira** fue un jurista uruguayo, integrante del grupo fundador de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, que contribuyó de manera destacada al desarrollo de la internacionalidad y fue profundamente sensible a la integración de los países de la región. Fue un gran jurista, pero por sobre todas las cosas una gran personalidad, un gran ser humano que quedará imborrablemente unido a nuestro recuerdo y a nuestra vida toda.

Mendoza puede ser comprendida desde múltiples perspectivas. Es, por ejemplo, destacable el profundo sentido de respeto a las personas y al medio ambiente que se evidencia ya en sus calles pulcras, en sus frentes libres de las inscripciones con las que se nos agrede en otras partes y en su notable cuidado de la vegetación. Es un maravilloso producto del esfuerzo humano, que ha superado la natural condición desértica de la región.

Sin embargo, en gran medida Mendoza es la tierra de donde partió el **Ejército de los Andes** para que se cumpliera la empresa de libertad que suele denominarse «epopeya sanmartiniana». Desde la valoración del significado de la gesta del Ejército de los Andes surge nítida luz para la comprensión del presente y la construcción del porvenir.

*. Notas básicas de la disertación del autor, como presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en el XIV Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - X Congreso Argentino de Derecho Internacional, «Dr. Manuel A. Vieira», realizado en la Universidad de Mendoza.

** Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Profesor titular de Derecho Internacional Privado y director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

2. El Ejército de los Andes fue un instrumento de la **internacionalidad para la libertad**. Con su aporte a la liquidación del colonialismo contribuyó en mucho al desarrollo de la comunidad internacional. Mediante el gigantesco esfuerzo de argentinos, chilenos y peruanos se consolidó la libertad de dos países y se logró la libertad del Perú. El hombre que dio la libertad a Perú fue el mismo que al finalizar sus días, en un gesto de hondo significado, le devolvió el estandarte de Pizarro, que era una manera de indicarle la asunción de su propia historia. Era un símbolo de la devolución del protagonismo de su propia vida.

La **internacionalidad** que afirmó el Ejército de los Andes, apoyada en el respeto de las particularidades, es base indispensable para la **integración** y para que la globalización sea superada en la **universalización**.

3. El mundo actual, desarrollado con una **tecnología** a menudo beneficiosa pero también agresiva y absorbente, difiere del sentido del **esfuerzo humano** con despliegues de genialidad y heroísmo que representa la empresa sanmartiniana, pero ante los enormes desafíos de estos días -por ejemplo con las posibilidades de dominar la composición genética y de conquistar otros cuerpos celestes- se exigen nuevos componentes de genialidad y heroísmo (1).

Vivimos en una época que presenta al hombre como un **sujeto débil**, en cambio la epopeya sanmartiniana es una expresión de sujetos fuertes al punto del **heroísmo** y necesitamos nuevos héroes que resuelvan adecuadamente los grandes desafíos del presente y el porvenir. Nuestros días muestran a un **hombre «disuelto»** a través de explicaciones casi deterministas nacidas de la economía, la sociología, la historia, la psicología, etc. pero, sin retrotraernos al hombre mito que hoy resulta evidentemente irreal, urge fundar ahora, sobre bases científicas, un nuevo humanismo referido a las grandezas de los hombres. No pensamos en el San Martín mito, sino en el San Martín hombre, a través del cual podemos comprender, también científicamente, que la grandeza humana es posible.

4. Vivimos días de una **estratificación** social que separa a los sectores incorporados al sistema económico dominante y globalizados (2) y los marginales (3), generalmente desocupados, pero el Ejército de los Andes es un ejemplo de **participación** de todos los sectores que nos invita a superar toda estratificación. En el Ejército sanmartiniano confluyeron los esfuerzos de la alta formación militar y de los grupos más humildes de la población.

El **elitismo utilitario** del presente contrasta con el emprendimiento **integrador pluralista** de la epopeya que partió de Mendoza y en base a éste es evidente el valor de la recomposición social. A la **eficiencia soberbia** del «tengo», «puedo» y «sé» el

(1) Puede v. nuestro artículo «La Bioética y la necesidad de genialidad y heroísmo en el hombre del porvenir», en «Bioética y Bioderecho», N° 2, págs. 71/2.

(2) Es posible v. nuestro estudio «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación y Docencia», N° 27, págs. 9 y ss.

(3) Puede v. nuestro artículo «Filosofía de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., N° 25, págs. 25 y ss.

paradigma sanmartiniano le opone la **eficiencia humilde**, que así se evidencia como posible.

5. Nuestra temporalidad «postmoderna» (4), sin un nombre que exprese una caracterización propia, se esfuma en un permanente **presente**. Sin embargo, la epopeya sanmartiniana es una muestra de referencia al **porvenir** y de lo mucho que el **pasado** puede brindar a la construcción del futuro.

6. Vivimos en días de **crisis de la institucionalidad** y en mucho de crisis del Estado, pero la gesta sanmartiniana es un ejemplo de **respeto a la institucionalidad** naciente de los nuevos Estados que puede contribuir a la construcción de una nueva institucionalidad.

7. El tiempo actual se caracteriza por un imperio abrumador de la **utilidad**, mas el esfuerzo que partió de Mendoza significa una confluencia de valores que integra la utilidad con la **justicia** y contribuye a la plena realización de la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). La pluralidad de valores en un complejo axiológico diversificado es una exigencia para un porvenir valioso.

8. Vivimos en una época de imperio de la referencia al **bien particular** y de «privatizaciones» que desnaturalizan a veces el propio papel del Derecho Privado (5), pero la epopeya sanmartiniana nos habla siempre de la necesidad de integrar el bien particular con el **bien común**, cuyos requerimientos identifican al fin al Derecho Público. Hoy hay que reconocer nuevas perspectivas del bien común.

9. En nuestros días se extiende la **corrupción** que enajena lo que no debería enajenarse, pero San Martín es un ejemplo de **renunciamento** y de vocación republicana, aunque se la buscara mediante una «monarquía republicana». Creemos notorio que es imprescindible construir un nuevo sentido de «res publica».

10. Vivimos tiempos de mera **violencia**, mas la obra del Libertador es un ejemplo de negación de la violencia a través de una **guerra de liberación**. En un mundo que parece disolverse en los hechos y en un sistema económico nos es imprescindible volver a la fuerza de los ideales.

11. Refiriéndonos al Libertador don José de San Martín y a los integrantes todos del Ejército de los Andes, constructores de la verdadera internacionalidad y precursores de la integración y de la universalización, podemos decirles que estamos en este Congreso para continuar por otros medios su augusta labor.

(4) Es posible 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.

(5) Puede v. nuestro artículo «Privatización y Derecho privado», en «Boletín ...» cit., N° 20, págs. 119 y ss.

COMPRESION FILOSOFICA DE LA CIUDAD, SUS CONFLICTOS Y ESPERANZAS (*) (La ciudad en tiempos de la globalización y la marginación)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (**)

1. Una de las manifestaciones más significativas de la vida del hombre es su reunión en poblaciones y en particular en ciudades (1). Muchas son las nociones de ciudad que se han formulado, pero una de las más esclarecedoras es a nuestro parecer la de José Ortega y Gasset cuando dice que la ciudad es un ensayo de **secesión** que hace el hombre para vivir fuera y frente al cosmos, tomando de él **porciones selectas y acotadas**. Según el filósofo español la ciudad se diferencia de la naturaleza y su elemento fundamental es la **plaza**, lugar para la conversación, la disputa, la elocuencia y la política (2). En la ciudad la agrupación de una gran cantidad de hombres produce importantes cambios vitales cualitativos, expresados en conflictos y en esperanzas relativamente específicas (3).

Una de las preguntas más relevantes acerca de la ciudad es la que se refiere a los **valores** que nos llevan a los hombres a tomar ciertos sectores del cosmos y a apartarnos de la naturaleza y que constituyen a su vez el tejido de la vida urbana.

Las ciudades surgen de valores muy diversos, pero en general hay algunas más constituidas en base al poder (apoyadas en razones defensivas u ofensivas), en la santidad (surgidas en relación con lugares religiosos), a la utilidad (por el desarrollo del comercio y la industria), etc. Las ciudades más signadas por la utilidad en el Occidente medieval fueron el origen del capitalismo y de la «burguesía».

A título de ejemplos de la diversa constitución cultural de las ciudades vale considerar que, en la Argentina, las capitales de Cuyo tienen un origen de poder y búsqueda de la riqueza que arranca en tiempos de la conquista española en el siglo XVI,

(*) Notas de la disertación del autor en las Conferencias para la Paz Urbana organizadas por la Gobernación del Distrito 4860 de Rotary International (San Juan, 23 de agosto de 1997).

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

(1) Puede v. nuestro estudio «La paz en la ciudad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 22, págs. 31 y ss.

(2) ORTEGA Y GASSET, José, por ej. «Notas del vago estío», en «El Espectador - V», «Abenaldún nos revela el secreto», en «El Espectador - VII», en ambos casos en «Obras Completas», 6a. ed., t. II, Madrid, Revista de Occidente 1963, págs. 413 y ss. (esp. 416) y 667 y ss. (esp. 673 y ss.).

(3) Es posible v. nuestro artículo «El tiempo de la desesperanza» en «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, págs. 274 y ss.

diverso del de Rosario, ciudad surgida del desarrollo económico de la región pampeana circundante, sobre todo a partir de fines del siglo XIX. No es el mismo el sentido urbano de ciudades que tuvieron una fundación formal, como las cuyanas, del de otra como Rosario, que surgió y se desarrolló de manera casi espontánea.

La **arquitectura** y el **planteo urbano** suelen ser claras expresiones del «espíritu» de cada ciudad. La ciudad de Buenos Aires es, v. gr., un retrato de las «diversas argentinas», hispano-criolla en San Telmo, itálica en la Boca, angloafrancesada en la Recoleta, yanqui en los grandes edificios de «las Catalinas», etc.

La ciudad «vive» con sus habitantes, facilitando y a veces trabando sus proyectos vitales, y la historia nos enseña además que cuando se agota su proyecto cultural a semejanza de los hombres también muere.

2. A través de los valores que constituyen el tejido básico de la vida de cada ciudad y de sus puntos de crisis pueden comprenderse mejor su vida, sus **conflictos** y las respectivas **esperanzas**. Los hombres vivimos siempre en paz y en guerra en el curso de valores y cuando los valores que inspiran la vida de la ciudad se hacen críticos se producen los conflictos que nos ocupan, de modo análogo a como son los valores de las posibilidades futuras el tejido básico de la esperanza.

La vida de la ciudad se apoya en **posibilidades técnicas** que en el mundo antiguo hicieron sorprendente la superación del millón de habitantes y hoy admiten conglomerados de alrededor de veinte millones de seres humanos.

El desarrollo técnico, que permitió el crecimiento de las ciudades y transformó sus caracteres, hoy tiende a negar el fenómeno urbano con el despliegue del **orbe** todo, pero la existencia de la ciudad, donde el hombre se encuentra físicamente con el hombre, posee un alto valor que urge rescatar.

En nuestro tiempo la ciudad es expresión de la «postmodernidad» (4), de la globalización (5) y de la marginalidad (6). El desarrollo logrado en mucho en base a la economía ha permitido maravillas que permiten pensar por ejemplo -sobre todo desde las posibilidades de la genética humana- que somos las últimas generaciones de «vida corta», pero a su vez provoca situaciones «desvaliosas». La globalización convierte el orbe en urbe (aldea global), mas a su vez genera la estratificación que escinde a los marginales y **fractura** a las ciudades. Cada vez más, la «distancia» entre los usuarios de los sorprendentes sistemas de comunicación se hace menor y la que separa a los sectores globalizados de los marginales se hace mayor.

El radical imperio profundo de la economía y de la utilidad, «cuello de botella» por el que deben pasar casi todas las realizaciones valiosas del presente, es no sólo en gran medida motivo de la **corrupción** cada día más generalizada (porque al fin, como es

(4) Puede v. por ej. nuestro estudio «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín ...» cit., N° 19, págs. 9 y ss.

(5) Es posible v. nuestro artículo «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación y Docencia», N° 27, págs. 9 y ss.

(6) Puede v. nuestro estudio «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., N° 25, págs. 25 y ss.

lógico, todo se vende) sino de la crisis ideológica, que sustituye los cuestionamientos que antes se dirigían al sistema por la pura **violencia**.

La violencia es una característica de la vida animal en general y en la actualidad no es mayor que en los tiempos finales de la modernidad en sentido amplio, pero en la ciudad postmoderna es particularmente notoria y quizás especialmente intensa porque se trata en muchos casos de una fuerza sin aspiraciones ideológicas como la que imperó con anterioridad.

3. Aunque siempre representa un complejo de **valores diversos**, la ciudad fue creciendo sobre todo a través del desenvolvimiento de la **utilidad**. El desarrollo técnico le permitió alcanzar enormes proporciones, pero a su vez ese despliegue generó las **condiciones** de su actual relativa «negación».

El hombre, que se encontró en la ciudad para apartarse de la naturaleza y realizar más intensamente la cultura, se halla ahora frente a la máquina que es una nueva «naturaleza» desprovista de la riqueza de la cultura en plenitud. Por eso hay que reconstituir la ciudad como marco de la **diversidad cultural** (7).

4. El despliegue cuantitativo de las ciudades provoca con frecuencia el desarrollo excesivo de las clases de justicia **sin «acepción»** (consideración) de personas (de mera consideración de «roles»), **simétrica** (de fácil comparación de las potencias e impotencias), **conmutativa** (con «contraprestación»), **de aislamiento** e incluso **particular**. La justicia sin acepción de personas se expresa de modo notorio en el reinado del anonimato y la justicia simétrica se manifiesta en la radical monetarización denunciada en un tango perdurable que se refiere a la «vidriera irrespetuosa» de los «cambalaches» (8).

Sin embargo, las clases de justicia así desarrolladas en las ciudades se han hecho extremas en la globalización de la postmodernidad y la **reconstitución** de las ciudades debe contribuir a afirmar la consideración de las personas, asimétrica (valorando lo no comparable), espontánea (de «donación»), de participación y general (referida al bien común).

5. En principio la ciudad se constituye con un **complejo personal, real y temporal**. Vincula a las personas, las acerca físicamente y mantiene un contexto histórico. Sin embargo, como señalamos, su desenvolvimiento llega a aislar a las personas, a bloquear las comunicaciones y a fracturar el tiempo, cosificando los monumentos del pasado.

La complejidad de la vida urbana suele provocar simplificaciones que conducen al fraccionamiento de las **consecuencias**, haciendo que unos reciban no sólo beneficios

(7) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, en que se basan las consideraciones de este artículo referidas al Derecho, 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 ...» cit.; «Estudios Jusfilosóficos», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

(8) Es posible v. nuestro estudio «Notas jusfilosóficas sobre las raíces populares de la cultura y las «letras» de los tangos «Sus ojos se cerraron» y «Cambalache»», en «Boletín ...» cit., N° 6, págs. 17 y ss.

sino perjuicios que corresponderían a otros. En la vida ciudadana muy a menudo personas totalmente inocentes y quizás desconocidas son víctimas de la aceleración de la vida y de la violencia de los otros. Hay que reconstituir la ciudad tratando que esas desviaciones de las consecuencias nocivas no se produzcan.

En la ciudad la posibilidad de conducción se debilita y crecen las influencias humanas difusas, mas urge que estas influencias cedan ante nuevas posibilidades de conducción para evitar, por ejemplo, el desvío de las consecuencias.

6. El desarrollo de la vida ciudadana facilita sobre todo la protección de los individuos **contra «lo demás»** (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.), pero a su vez genera nuevos peligros en tal sentido (por ej. en materia de salud) y riesgos de agresiones de los demás individuos. Es imperioso que la vida ciudadana sea reconstituida para que se convierta en instrumento del complejo de medidas que deben amparar al individuo contra todas las amenazas que puede recibir.

7. Los grandes desafíos del mundo actual afectan de manera destacada a las ciudades. Aunque no es legítimo ignorar los grandes progresos que se han logrado y han de obtenerse en distintas manifestaciones de la vida, es imperioso superar esos retos para recomponer la esperanza, que es proyección hacia un futuro valioso.

El motivo de esa esperanza está en cada hombre y en el nosotros, en mucho en el nosotros que hay que ir construyendo gradualmente, desde los grupos, en las **ciudades**. Hoy y siempre, **la esperanza está en nosotros ...**

JUSFILOSOFIA DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA POSTMODERNIDAD

I. Los elementos básicos de la cultura occidental y el Derecho de Familia en la postmodernidad

II. Comprensión de la familia matrimonial y la familia monoparental en la postmodernidad (*)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (**)

I. Los elementos básicos de la cultura occidental y el Derecho de Familia en la postmodernidad

a) Los elementos básicos de la cultura occidental y el Derecho de Familia

1. La cultura de **Occidente** está basada en diversas tradiciones fundamentales entre las que se destacan la herencia **griega**, la **romana** y la **judeo-cristiana** (1). Esos componentes fundamentales de la cultura occidental son motores de su dinámica y se presentan con diversas relaciones según las épocas. En nuestros días, de la llamada **postmodernidad**, signada por fracturas de superficie pero también por un monopolio profundo y a veces hasta asfixiante de la utilidad, que necesita de los segmentos para hacer posible una más amplia negociación (2), el esclarecimiento de las vinculaciones entre tales despliegues básicos posee particular significado.

Como ocurre a menudo con el resto de la complejidad histórica, no es fácil determinar cuáles son las causas por las que pudieron desarrollarse los factores de la cultura griega, romana y judeo-cristiana que confluyeron en Occidente, aunque quizás pueda señalarse entre ellas la presencia de un medio **de equilibrio marítimo y terrestre** y por tanto particularmente dinámico promovido por la penetración del Mediterráneo, muy diverso de las masas de la territorialidad asiática o africana o de la simple disolución

(*) Notas básicas de clases del autor en el Postgrado de Abogado Especialista en Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y para una disertación sobre «Comprensión jusfilosófica de la familia matrimonial y de la familia monoparental» que pronunciará en las Jornadas Preparatorias del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, a llevarse a cabo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Parte del presente estudio será base de una publicación a efectuarse por separado.

(**) 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) Pueden v. nuestras «Perspectivas Jurídicas», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.; también cabe tener en cuenta «Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

(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.

marítima (3). Quizás sea también la cultura equilibrada marítima y terrestre una de las causas relevantes que al fin instalaron el centro de gravedad de Occidente en el Atlántico.

2. La **cultura griega**, desarrollada en un espacio peninsular e insular muy especial, brindó a Occidente principalmente la intensidad de la pregunta **filosófica**, que evolucionó incluso desde perspectivas cosmocéntricas a otras antropocéntricas y sirvió al posterior desenvolvimiento de la ciencia; también dio un particular despliegue **artístico**, asimismo antropocéntrico y mostró un fuerte sentido de **eticidad** que permitió la primera democracia de valor histórico, limitada pero democracia al fin, con el inherente despliegue de gobierno humano.

La gran dinámica de la cultura de Occidente está enraizada en la búsqueda permanente que reclama el socrático «saber que no se sabe». A diferencia del arte de otros pueblos de la misma época, que a menudo por su grandiosidad intimida, el arte griego tuvo un hondo sentido humano y se regocijó con nuestras formas. La ética profunda de los atenienses les permitió brindar una herencia publicista democrática que ningún otro pueblo antiguo pudo igualar.

En las raíces de la cultura que Grecia transmitió al mundo está también la prometeica creencia en el «pecado triunfante». En mucho se nutren de ella, por ejemplo, la intensa vocación por la pregunta y la referencia humana del arte.

3. La **cultura romana**, desarrollada en una estrecha y larga península, se apoyó en cambio en individualidades que pudieron ser unidas por requerimientos muy poco exigentes (de pago de tributos y de culto al emperador) y por un desenvolvimiento **privatista** de propiedad privada y libertad de contratación. En especial medida Roma «adquirió» y reelaboró culturas que le eran ajenas. La organización pública romana, desprovista de raíces éticas profundas, desembocó en un absolutismo de estilo oriental.

4. La **cultura judeo-cristiana**, nacida junto a mares, partió de la fe judía en **un solo Dios**, enorme, irrepresentable y de cierto modo innombrable, en quien creía el conjunto de la población y que había celebrado una «alianza» con «su» pueblo. Es cierto que según algunas interpretaciones en sus raíces consideró que el pecado original era el querer parecerse a Dios y que la actitud adánica significa al fin arrepentimiento, pero el sentido del pecado es también un sentido profundo de la vida.

Es en ese pueblo donde se produjo la inmensa «herejía» de la «Encarnación», según la cual se cree, con el cristianismo, no sólo en el Hijo de Dios sino en Dios-Hijo. Si bien Dios se había hecho Hombre, también podía entenderse que un **hombre** había sido al propio tiempo **Dios**.

La fe cristiana en la Encarnación a través de la concepción de una Virgen recogió creencias populares difundidas en la época, pero no sólo llevó esa sed de fertilidad al

(3) Cabe recordar las muy importantes «Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal» de Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, trad. José Gaos, 2a. ed. en Alianza Universidad, 1982, esp. págs. 407/8.

extremo sino elevó el lugar de la mujer a condiciones hasta entonces iniguales. Es más, si bien la fe cristiana en la Resurrección tomó creencias sostenidas por muchos hombres de la época, expresó además la resistencia personal a la muerte.

5. El **Derecho de Familia** de Occidente ha surgido sobre todo de la influencia judeo-cristiana, de modo que la institución familiar quedó de cierto modo sacralizada en este mundo por la Sagrada Familia y más allá en la propia constitución Trinitaria de la Divinidad. El Derecho de Familia occidental acusó menos la división entre el subsistema «romano-germánico» y el subsistema del «common law» que dividió sobre todo en lo patrimonial al sistema Occidental, en mucho porque la familia respondió a la común presencia de la cultura judeo-cristiana. Sin embargo, esa influencia no excluye las proyecciones de la filosofía, el arte y la política de los griegos y de la propiedad y el contrato romanos. La familia así potenciada ha sido uno de los grandes núcleos de la dinámica de nuestra cultura y, como hemos de señalar, hoy padece la crisis que afecta a su integración (4).

6. 1. Desde el punto de vista **jurístico-sociológico** (5) la compleja composición de la cultura de Occidente y consecuentemente de su organización familiar contribuye al desarrollo de la vocación por la **conducción**, al despliegue de la **autonomía**, a la pretensión a menudo **planificadora** y al deseo de **ignorar los límites** «necesarios» de la naturaleza de las cosas que caracterizan a la familia occidental.

6. 2. En la perspectiva **jurístico-normológica** la complejidad de la cultura occidental se manifiesta en una institucionalidad familiar relativamente dinámica, cargada con frecuencia de importantes despliegues de negociabilidad.

6. 3. Desde el punto de vista **jurístico-dielógico**, la complejidad de la cultura occidental se muestra en la familia en la presencia de un complejo axiológico de amor, santidad, justicia y utilidad contribuyendo a la humanidad en una relación no sólo tensa sino desviada a menudo hacia la arrogación del lugar que corresponde a un valor por los demás.

La familia occidental se expresa en el incremento de la justicia consensual, sin acepción (consideración) de personas (o sea recortada en roles), simétrica (de fácil comparación de las potencias e impotencias), conmutativa (con «contraprestación»), de aislamiento, relativa y particular. Se muestra en un recorte del complejo personal, real y

(4) En relación con la historia de la familia pueden v. por ej. ARIES, Philippe - DUBY, Georges (directores), «Historia de la vida privada», trad. Francisco Pérez Gutiérrez y otros, 4a. reimp., Madrid, Santillana-Taurus, 1994; REBORA, Juan Carlos, «Instituciones de la Familia», Bs. As., Kraft, t. I, 1945, págs. 61 y ss.; BELLUSCIO, Augusto César, «Derecho de Familia», Bs. As., Depalma, t. I, 1975, págs. 18 y ss.; BORDA, Guillermo A., «Tratado de Derecho Civil», 7a. ed., Bs. As., Perrot, t. I, 1984, págs. 12 y ss.

(5) Acerca de la teoría tripartita del mundo jurídico y de sus proyecciones culturales 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,

temporal concretado en la familia «nuclear», en la limitación del patrimonio familiar y en el distanciamiento de las generaciones. Se evidencia, también, en un sentido de la igualdad que a menudo corroe la comunidad.

6. 4. Todos esos caracteres tienden a oponerse a otros que en sí resultan más **característicos** de la familia, en ésta y en otras culturas, como son, en lo sociológico, el despliegue de causas naturales y de influencias humanas difusas, cierta autoridad, una fuerte ejemplaridad y la presencia de límites decisivos. En lo normológico la familia en general se basa en principio en una institucionalidad muy sólida. En lo dikelógico la familia significa, por lo común, fuertes composiciones de amor y santidad, vocación por la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea, de participación, absoluta y general, complejos personales, reales y temporales extendidos y resistentes y un importante sentido de la comunidad (6). La familia occidental tiene caracteres bastante diversos de los que suelen predominar en otras culturas.

b) Los elementos básicos de la cultura occidental y el Derecho de Familia en la postmodernidad

7. Aunque los cambios en la familia fueron quizás menos significativos, los elementos de la composición básica de Occidente han tenido, como ya señalamos, distintos tipos de relación según las épocas. La **Edad Media** conoció un fuerte predominio del acervo judeo-cristiano. El **Renacimiento** manifestó un incremento de las influencias griegas y romanas que fue desenvolviéndose en los siglos de la «modernidad» en sentido amplio. Sobre todo a través del despliegue del capitalismo, alimentado con la propiedad privada y la libertad de contratación, fueron debilitándose el papel económico de la institución e igualándose la jerarquía en la pareja y entre padres e hijos.

8. Hoy en la **postmodernidad** vivimos a la par que una notoria **paganización** de la vida, con el consiguiente retroceso del judeo-cristianismo profundo (no excluyente de cierto retorno a una relativa «religiosidad», por ejemplo de sectas), una fuerte tensión entre la herencia **griega**, debilitada por la decadencia de la Filosofía y del Arte pero de cierto modo expresada en la **democracia**, y la herencia **romana**, más centrada en la propiedad privada y en la libertad de contratación que se manifiestan a través del **mercado**. Es más: la fuerte influencia **anglosajona** y capitalista que se expande por el mundo tiende a acentuar esos despliegues de propiedad privada y de libertad de contratación y el imperio de mercado. Es en este marco que ha de comprenderse el Derecho de Familia de nuestros días (7).

Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, «Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

(6) Se ha discutido la ubicación del Derecho de Familia en relación con el Derecho Privado y el Derecho Público, sobre todo atendiendo a posiciones como la de Antonio CICU (v. «El Derecho de Familia», trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediar, 1947).

(7) En la tensión actual entre democracia y mercado el predominio que al fin suele tener el segundo es en gran

Los griegos tuvieron un importante desarrollo económico, pero el **contrato** es sobre todo un paradigma del pensamiento privado romano reforzado por el despliegue comercial anglosajón y es el modelo con el que se construye la postmodernidad. A través de él las eticidades del Estado y de la Iglesia Católica van quedando «vacías» por el imperio globalizado de la vida económica (8). Los más diversos aspectos de la vida son impregnados por el sentido individualista, contractualista y utilitario del capitalismo.

Las fracturas de superficie y la unidad económica profunda de la postmodernidad, que recurren con enorme frecuencia a paradigmas contractuales, se manifiestan también en el Derecho de Familia. El modelo familiar matrimonial tradicional, que en nuestro marco perduró con carácter casi excluyente durante milenios, se ve desafiado por la **pluralidad de modelos** que incluye, en lugares diversamente frecuentes, a la familia homosexual y a la familia monoparental surgida como tal. Sin embargo, todo el sistema, incluso en cuanto a la pluralidad de modelos familiares, responde a un hondo sentido utilitario.

La globalización incorpora a los sectores integrados en el sistema económico, pero **margina** a todos los demás (9). Los desafíos de la técnica se hacen cada vez más promisorios de bondades y generadores de riesgos. El desarrollo económico y tecnológico escinde los estratos de la vida en el Planeta y divide de manera tajante los estilos familiares, de modo que las diversidades entre la familia occidental y las de otros sistemas jurídicos se hacen muy notorias, incluso en los mismos espacios geográficos. En los marcos culturales no occidentales las uniones libres u homosexuales, la reproducción sexual asistida, la cesión de vientres y de esperma, la clonación humana, etc. pueden resultar incluso inconcebibles.

Entre los grandes interrogantes de nuestros días están, por ejemplo, las cuestiones de saber si después de la crisis actual, quizás una vez consumada la globalización «romanizada», se volverá a cierta eticidad pública, a algún despliegue de la vocación filosófica, a un cultivo más rico del arte, a una relativa «religiosidad» y a una recomposición familiar quizás más tradicional y si será superada la marginalidad.

Tal vez el relativo vaciamiento de los diversos sentidos profundos de la vida sea un instrumento histórico para afrontar las necesidades de una nueva expansión, ahora más mundial. Sin embargo, quizás necesitemos un nuevo «humanismo», que sea otro sentido de respeto a la pluralidad de valores de la **vida**, y para ello puede ser urgente **equilibrar** de nuevo los elementos básicos de la cultura occidental.

9. Los desafíos de este tiempo son enormes y a nuestro parecer ese carácter enorme

medida notorio. Las posibilidades de que la libre voluntad mayoritaria adopte las decisiones fundamentales parecen ser cada día más limitadas. Sin embargo, si bien el precio y el mercado son importantes indicadores de la voluntad de los hombres, también lo es la democracia. Los países anglosajones, en los que el capitalismo es relativamente autóctono, son tal vez el espacio más específico donde la **democracia** y el mercado tienen menos tensiones.

(8) Puede v. por ej. nuestro estudio «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación y Docencia», Nº 27, págs. 9 y ss.

(9) Es posible c. v. gr. «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., Nº 25, págs. 25 y ss.

nos impone un amplio esfuerzo para **comprender** antes de juzgar y decidir. Mucho de este esfuerzo por comprender es imprescindible en el Derecho de Familia. Además vale tener en cuenta que las **fuerzas sociales** en juego pueden tener alcances tan imperiosos que lo que se decida, a favor o en contra, llegue a quedar en mucho frustrado por ellas.

10. 1. Como hemos de desarrollar en la parte II, desde el punto de vista **jurístico-sociológico** la situación actual de la familia occidental continúa las tendencias históricas pero con un «**estallido**» de la compresión que contenía tradicionalmente la familia matrimonial. Según señalamos, en nuestra época se presentan realidades familiares distintas, v. gr., apoyadas o no en la pareja y en la heterosexualidad, con mayor o menor permanencia, recurriendo o no a la reproducción tradicional, etc.

La tensión histórica de la cultura y la familia occidentales se muestra en la apertura de esas diversas posibilidades. Puede ser interesante preguntarse si esta diversidad ha de desembocar en algún otro tipo de modelo relativamente unitario, pero creemos que por el momento la respuesta es muy difícil de lograr.

10. 2. En lo **jurístico-normológico** se produce una notoria «**desinstitucionalización**» que por lo menos en la actual circunstancia negocia con ciertos alcances radicales la construcción de diversos conceptos familiares.

10. 3. En lo **jurístico-dikelógico** en la familia actual se genera a menudo un incremento, a veces arrogante y subversivo, de la **utilidad** contra el amor y la humanidad. Se intensifican la consensualidad, la no consideración de personas, la simetría, la conmutación, el aislamiento, la relatividad y la particularidad y se disuelven los complejos personal, real y temporal. La unicidad y la igualdad avanzan sobre la comunidad.

II. Comprensión de la familia matrimonial y la familia monoparental en la postmodernidad

11. Mucha es la atención que corresponde a la familia **monoparental** «accidental», surgida de la disolución de parejas, que incluso a veces conservan carácter de tales por vía «vicaria» (cuando el padre o la madre asumen el papel del progenitor faltante). Sin embargo, creemos que el modelo más **típico** de la superficialmente fracturada cultura de la **postmodernidad** es la familia monoparental inicialmente **querida** como tal, donde está fracturada la vocación de pareja, y su expresión más radical es la que podría surgir de la **clonación humana**.

Consideramos evidente que, como ya indicamos, debajo de estas fracturas de la unidad del modelo familiar y de la pareja, se mueve el despliegue hondo, a veces legítimo y otras ilegítimo, de la **utilidad**.

12. Participamos de la idea de que, sea cual fuera la verdad respecto de la existencia divina, los hombres proyectan o encuentran en sus dioses sus deseos más profundos. El hombre siempre ha tenido el anhelo, reflejado en sus religiones, de engendrar de manera monoparental, pero sobre todo esto es característico de Occidente.

Atenea nacida de la mente de Zeus (convertida en Roma en Minerva), **Eva** producida de Adán, el **Hijo** engendrado del Padre y **Jesús** nacido con la participación humana sólo de una mujer (aunque «adoptado» por José) son respectivas muestras de las ansias de reproducción monoparental que subyacen en nuestra cultura.

Hoy se advierte que tal vez Occidente ha recorrido los milenios de su historia buscando inconscientemente concretar, a través de la ciencia y de la técnica, los anhelos que expresó en sus creencias religiosas más antiguas.

Era no obstante necesario que el Dios grandioso de Occidente «muriera» para dejar paso al hombre que, aunque fuera en la aparentemente «débil» versión postmoderna, pudiera ir «más allá del bien y del mal», ocupando el lugar que antes se asignó a Dios.

13. 1. 1. Desde el punto de vista **jurístico-sociológico** la familia matrimonial tradicional tiene más sentido de referencia a la **naturaleza** e incluso al azar, en tanto la familia monoparental querida como tal posee más voluntad de **conducción** y responde más al juego de **influencias humanas difusas** de la cultura.

13. 1. 2. La familia matrimonial requiere un relativo acuerdo de los integrantes de la pareja que debilita de algún modo el poder sobre los hijos produciendo cierta **autonomía**, en tanto la familia monoparental acentúa las posibilidades de **autoridad** del progenitor sobre su prole. Asimismo cabe interrogarse si en la familia monoparental no existe y no existirá con especial facilidad otra autoridad superior a la de los padres, por ejemplo, de los poderosos del sistema económico, que prevalece o prevalecerá sobre la de ellos.

13. 1. 3. En la familia matrimonial las posibilidades de planificar a los hijos son menores, dependiendo en cambio de cierto curso de la **ejemplaridad**; en cambio en la familia monoparental, que todavía hoy posee menos ejemplaridad social, las posibilidades de **planificar** a los descendientes son mayores. Cabe preguntarse, además, quiénes serán en definitiva los planificadores, atendiendo a las altas posibilidades de planificación por los poderes de la economía y de la técnica.

La quiebra del nítido predominio de la matrimonialidad constituye uno de los aspectos más significativos de la enorme **revolución** que se produce en nuestros días, creemos que la más grande de todo el curso de la vida, comienzo quizás de una nueva «era» histórica.

13. 1. 4. La familia matrimonial contó a su favor durante mucho tiempo con **límites necesarios** surgidos de la naturaleza física, psíquica, política, económica, etc. que hacían imprescindible la intervención e incluso la permanencia de la pareja. Hoy ellos han cedido tal vez decisivamente. En particular, van derrumbándose de manera asombrosa los límites físicos, como lo muestran algunas de las posibilidades de la reproducción sexual asistida y sobre todo las de la clonación. También han retrocedido los límites económicos, ya que la pareja ha perdido en mucho su importancia en la producción, la distribución y el consumo.

Los límites necesarios, que antes obraron para mantener el predominio de la familia matrimonial, ahora tienden a intervenir para acabar con su exclusividad y abrir cauces a la familia monoparental. Parece sobre todo notorio que en la medida que se abandone la reproducción sexual se debilitará el carácter unitario del modelo de pareja heterosexual.

13. 1. 5. La familia monoparental suele expresar un especial esfuerzo por imponer la finalidad subjetiva a la finalidad objetiva de los acontecimientos y, al fraccionar la «pantonía» de ésta, que abarca la totalidad del pasado, el presente y el porvenir de los sucesos, produce **certeza** para los padres. No obstante, a su vez el gran cambio social que puede acontecer a través de la familia monoparental origina un importante grado de incertidumbre general.

13. 2. 1. Desde la perspectiva **jurístico-normológica** la familia matrimonial estuvo cargada de un fuerte sentido **institucional** que incorporaba una gran carga de ideología a la realidad social. La familia era uno de los grandes bastiones de las ideas poderosas que imponía la sociedad. De cierto modo la familia monoparental se muestra más **negocial**, aunque es posible que al fin genere una nueva institucionalidad, quizás más débil, pero institucionalidad al fin.

13. 2. 2. La familia matrimonial se apoya en **conceptos** inmemoriales, como los de **madre y padre**, que constituyen las primeras e incluso las últimas experiencias de la vida humana. Las palabras madre y padre son por lo general las primeras que se aprenden y a menudo las últimas que se pronuncian. La literatura primero y la psicología después basaron la comprensión de las grandes pasiones y los grandes complejos en las relaciones paterno-filiales de la familia matrimonial (Edipo, Electra), de modo que al fin «eros» y «tanatos» estaban hondamente expresados en ellos.

Todo esto tiende a cambiar con la familia monoparental. La «madre» y el «padre» son en relación recíproca, pero en la monoparentalidad los conceptos quedarán profundamente transformados. Una «madre» sin padre o un «padre» sin el correlato de madre responden a complejos vitales muy diversos de los tradicionales.

13. 3. 1. En el enfoque **jurístico-dikelógico** la familia matrimonial requiere conceptualmente un mayor despliegue del **amor** en la pareja, en base al cual se desenvuelve el amor en la vinculación paterno-filial. Para afirmar su composición la relación matrimonial suele ser consagrada por la referencia religiosa a la **santidad**.

Si bien puede significar un alto grado de amor paterno-filial, la familia monoparental excluye el amor de pareja y brinda más posibilidades a la **utilidad** en la satisfacción de las necesidades reproductivas. El hijo de una familia monoparental puede ser más fácilmente convertido en medio de su progenitor.

Hay que reconocer sin embargo que, en las diversas circunstancias, uno y otro modelo pueden aportar realizaciones de la salud, de la justicia y de la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). Es notorio que también a través de la familia monoparental e incluso de la clonación puede realizarse en principio el deber ser supremo a nuestro alcance, del valor humanidad.

13. 3. 2. La familia matrimonial posee más recursos para apelar al descubrimiento de la justicia por la vía **consensual**, en cambio la familia monoparental depende más de la justicia **extraconsensual**. De cierto modo, la familia matrimonial contiene más referencia a la justicia **general**, que se remite al bien común. En cambio, la familia monoparental se orienta más puramente a la justicia **particular**. Como los requerimientos de justicia general identifican en última instancia al Derecho Público y los de justicia particular caracterizan al fin al Derecho Privado puede decirse que la familia matrimonial posee cierto sentido más «publicista», en tanto la familia monoparental presenta más correspondencia con nuestro tiempo de la **privatización** (10).

La vida doméstica fue durante mucho tiempo bastión de la privacidad frente a la vida pública y entonces la privacidad tuvo por efecto de contraste un significado que hoy va perdiendo. El derrumbe de la distinción de lo público y lo privado suele hacer que no sólo lo público sino la misma familia sean «privatizados». La privatización radical difiere del Derecho Privado.

13. 3. 3. La justicia es una categoría «pantónoma» referida en el Derecho a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, a las consecuencias, al complejo personal, real y temporal, etc. La familia matrimonial abarca en la pareja un **complejo personal** que la familia monoparental fracciona. Al abrirse a los cambios de contenidos genéticos la familia de pareja desfracciona el **complejo real** y el **porvenir**, en tanto la familia monoparental produce cortes en los dos sentidos. Todos los fraccionamientos de la justicia son productores de **seguridad** y no provoca extrañeza que los progenitores monoparentales busquen a través de su relación una seguridad que, en la clonación, puede alcanzar niveles particularmente altos.

Sin embargo, también cabe reconocer que la familia monoparental puede ser cauce

(10) Puede v. nuestro estudio «Privatización y Derecho Privado», en «Boletín ...» cit., N° 20, págs. 119 y ss.

para que se atienda a otras influencias en la justicia familiar que la familia matrimonial no admite y en este desfraccionamiento se produce el hondo sentido de **inseguridad** que algunos sectores experimentan.

13. 3. 4. La justicia puede descubrirse en valoraciones completas o a través de criterios generales orientadores. La familia monoparental desafía todos los criterios orientadores ya establecidos, que consagran a la familia matrimonial, generando tal vez la mayor **crisis** axiológica de todos los tiempos. Sin embargo, también produce el peligro de que los criterios de los progenitores monoparentales se **cierren** en sí mismos, prescindiendo de las valoraciones completas. No creemos legítimo excluir las nuevas posibilidades mediante la referencia exclusiva a criterios orientadores del pasado, pero el reto que la posibilidad monoparental presenta para la capacidad de valoración resulta de descollante magnitud.

13. 3. 5. La legitimidad de la relación paterno-filial se apoya a menudo en la «**criptoautonomía**» de lo que los hijos acordarían en caso de poder resolver acerca de lo que se decide. El acuerdo de los integrantes de la pareja puede agregar además cierto grado de autonomía. La familia monoparental corresponde a un desafío mayor para lacriptoautonomía y excluye el aporte extra de autonomía en la pareja.

13. 3. 6. Si bien la familia matrimonial puede generar cierta **rutina** y la monoparental puede tener algunos rasgos de **creatividad**, en última instancia la familia monoparental, principalmente si llega a producirse por clonación, corre mayores peligros de repetición rutinaria. La pareja aporta posibilidades de **enriquecimiento biológico** que la familia por clonación no está en condiciones de brindar.

13. 3. 7. Las características unilaterales de la familia monoparental pueden limitar el proceso «vicario» que respecto de los hijos está en condiciones de aportar la presencia de la pareja, motivando un mayor peligro de **mera imposición**. No obstante tampoco hay que incurrir en **prejuicios** respecto de las nuevas posibilidades de reproducción.

13. 3. 8. El régimen justo ha de ser humanista, tomando a cada hombre como un fin y no como un medio. Sin embargo, la familia matrimonial puede funcionar como un conjunto que **totalitariamente** mediatice a sus miembros y particularmente a los hijos y la familia monoparental puede generar graves peligros de **individualismo** en que los hijos sean mediatizados por sus padres.

Un régimen humanista ha de respetar la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres. La familia matrimonial significa más apego a la **igualdad** y a la **comunidad**, en tanto la familia monoparental corresponde en principio a mayor juego

de la **unicidad**. Sin embargo, la unicidad monoparental puede extinguirse a través de la mayor autoridad de los padres sobre los hijos y, sobre todo, en el curso de su clonación.

13. 3. 9. Para que un régimen sea humanista ha de amparar al individuo contra todas las amenazas, respecto de los demás como individuos y como régimen, con relación a sí mismo y frente a todo «lo demás» (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). La familia es siempre un importante medio de protección, pero en su vertiente matrimonial **divide** y debilita el poder paterno dando curso a un resguardo de los hijos que la familia monoparental no está en condiciones de brindar. Además las altas posibilidades técnicas en que puede producirse la familia monoparental generan riesgos especiales de agresión de **los demás** y del **régimen**. Mucho hay que cuidar, sobre todo, que la economía no se adueñe de la reproducción humana.

14. En el panorama de las **ramas del mundo jurídico** cabe señalar que de cierto modo el Derecho de Familia va perdiendo sus caracteres específicos, que por ejemplo algunas veces llevaron a considerarlo un género diverso del Derecho Público y del Derecho Privado y a reconocerle sentidos personales muy hondos, para quedar más asimilado al Derecho Patrimonial (11).

11 En relación con el Derecho de Familia pueden ver asimismo nuestros estudios: «Bases para la comprensión filosófica del Derecho de Familia», en «Investigación ...» cit., Nº 17, págs. 17 y ss.; «Comprensión sistematista del Derecho de Familia», en «Investigación ...» cit., Nº 23, págs. 11 y ss.; «Derecho de Familia Comparado», en «Investigación ...» cit., Nº 20, págs. 31 y ss.; «Una parte altamente significativa del «Derecho Universal» de nuestro tiempo: el Derecho de Familia japonés», en «Investigación ...» cit., Nº 20, págs. 99 y ss.; «La familia extramatrimonial en el Derecho Internacional Privado», en «Juris», t. 52, págs. D-21 y ss.

LA BIOÉTICA Y EL BIODERECHO EN LA CULTURA DE NUESTRO TIEMPO (*)

Miguel Ángel CIURO CALDANI (**)

1. La Bioética y el Bioderecho, surgidos de los nuevos problemas que la biotecnología generan desde los puntos de vista ético y jurídico, tienen papeles de gran significación en la cultura de nuestro tiempo (1). Los contenidos más habituales de la Bioética y el Bioderecho vienen refiriéndose, por ejemplo, al **origen de la vida** (inseminación artificial, fecundación extracorpórea, cesión de vientres y de espermatozoides, aborto, etc.), con sus **situaciones críticas** (consentimiento informado, producción y uso de medicamentos, encarnizamiento terapéutico, problemática social del SIDA, nuevas prácticas eutanásicas, etc.) y con el desempeño respectivo de los **medios de comunicación** de masas. Por nuestra parte, venimos sosteniendo una perspectiva más amplia, que se ocupa de todo el destino de la vida en nuestras sociedades tecnológicas y utilitarias - abarcando v. gr. las condiciones de la vida en la marginalidad- pero los últimos tiempos evidencian cuestiones quizás todavía más desafiantes.

(*) Notas básicas de una exposición del autor en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (Capital Federal, 11 de agosto de 1997).

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

(1) Pueden v. nuestros artículos «Panorama de los fundamentos de la Bioética», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 18, págs. 33 y ss.; «Perspectivas para una comprensión fáctica, lógica y axiológica de la Bioética», en «Boletín ...» cit., N° 20, págs. 113 y ss.; «Bases para el Bioderecho de la transmisión genética de deficiencias y enfermedades», en «Bioética y Bioderecho», N° 1, págs. 17 y ss.; «Cuestiones axiológicas críticas en el desarrollo del Bioderecho», en «Bioética ...» cit., N° 1, págs. 23 y ss.; «Interrogantes bioéticos básicos respecto de la «reproducción» asistida», en «Bioética ...» cit., N° 1, págs. 29 y ss.; «Una cuestión axial del Bioderecho: la posición del jurista en la tensión actual entre economía y vida «inútil»», en «Bioética ...» cit., N° 1, págs. 41/2; «Una perspectiva bioética: vida y globalización», en «Bioética ...» cit., N° 1, págs. 43 y ss.; «Introducción general al Bioderecho», en «Boletín ...» cit., N° 22, págs. 19 y ss. y en «Bioética y Bioderecho», N° 2, págs. 11 y ss.; «El Bioderecho ante las posibilidades en el campo de la genética humana», en «Bioética ...» cit., N° 2, págs. 65 y ss.; «Notas sobre el significado jurídico del lenguaje bioético», en «Bioética ...» cit., N° 2, págs. 73 y ss.; «La Bioética y la necesidad de genialidad y heroísmo en el hombre del porvenir (Insuficiencia de la conciencia de la postmodernidad)», en «Bioética ...» cit., N° 2, págs. 71/2; asimismo es posible c. v. gr. MAINETTI, José A., «Antropobioética», La Plata, Quirón, 1995; «Bioéticas - Ética de las especialidades médicas», La Plata, Quirón, 1997; MACKINSON, Gladys J., «Bioderecho: Desafío de fin de siglo», en «Bioética ...» cit., N° 2, págs. 23 y ss.; HOOFT, Pedro (Dr.), «Bioética: Una perspectiva desde la Filosofía del Derecho», en «Libro de Ponencias - Congreso Internacional La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo», Santa Fe, Facultad de

Nuestra época de la postmodernidad (2) está signada en general por grandes retos que comenzaron con el estallido de la primera bomba atómica en 1945 pero tienen sus más radicales expresiones en las posibilidades de la **genética humana** y de la **colonización** de otros cuerpos celestes. Unas y otras pueden resultar incluso a largo tiempo combinadas, ya que quizás la colonización de otros cuerpos celestes requiera nuevas manifestaciones de la vida (3).

La genética humana puede lograr, por ejemplo, soluciones revolucionarias en la **prevención de enfermedades**, en la **prolongación de nuestra vida**, en la **reproducción**, etc. (4). Se ha dicho, por ejemplo, que «La clonación encontrará a corto plazo su perfil útil, y seguramente aportará enormes ventajas a favor de una mayor longevidad del hombre. Posiblemente el tratamiento del cáncer y el trasplante de órganos sean los primeros beneficiados.» (5) Tal vez nuestras generaciones puedan ser consideradas, en un futuro no muy lejano, las últimas de «vida corta». Quizás estemos, más que en los comienzos de una nueva edad, en la iniciación de una **nueva era** de la historia.

2. Los grandes desafíos que significan las posibilidades tecnológicas generadoras de la Bioética y el Bioderecho, sobre todo en cuanto a la genética humana, ponen en crisis la noción de **verdad** como mero conocimiento, evidenciando que es imprescindible concebirla como **conocimiento valioso**, desde nuestra perspectiva, como conocimiento de valor ético y jurídico (6). Los conocimientos que pueden contribuir a la prolongación de la vida, en especial en magnitudes tan revolucionarias, son particularmente «verdaderos», pero a su vez no lo son los que la degradan.

3. La verdad es una categoría «**pantónoma**», referida a la totalidad de sus manifestaciones, pero sólo podemos aprehenderla mediante fraccionamientos que son legítimos cuando no es posible avanzar en su realización. Esos fraccionamientos son productores de certeza. Nuestro tiempo resulta época de grandes problemas que no

Cs. Jurídicas y Sociales, 1996, págs. 11 y ss.; NICOLAU, Noemi, «Vida humana y derecho civil» (tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral). «Los vicios de la voluntad en la relación médico-paciente», en «Bioética ...» cit., N° 2, págs. 33 y ss. Además en el amplísimo panorama bibliográfico pueden referirse las recientes publicaciones GRIFFITHS, Paul E., «The Historical Turn in the Study of Adaptation», en «Brit. J. Phil. Sci.», 47, págs. 511 y ss.; MCCORMICK, Richard A., S. J., «Human Reproduction: Dominion and Limits», Vol. 6, N° 4, págs. 387 y ss.; LITTLE, Margaret Olivia, «Procreative Liberty, Biological Connections, and Motherhood», en «Kennedy Institute of Ethics Journal» cit., Vol. 6, N° 4, págs. 392 y ss.; WILDES, Kevin WM., S. J., «Death: A Persistent Controversial of Ethics Journal», en «Kennedy Institute ...» cit., Vol. 6, N° 4, págs. 378 y ss.; CANTOR, Norman L. - THOMAS, George C. III, «Pain Relief, Acceleration of Death, and Criminal Law», en «Kennedy Institute ...», Vol. 2, N° 2, págs. 107 y ss.; VANCE, Russell E., «Heroic Antireductionism and Genetics: A Tale of one Science», en «Philosophy of Science», 63, págs. 36 y ss.; SASS, Hans-Martin, «The Clinic as Testing Ground for Moral Theory: A European View», en «Kennedy Institute ...» cit., Vol. 6, N° 4, págs. 351 y ss.

(2) Puede v. nuestro artículo «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín ...» cit., N° 19, págs. 9 y ss.

(3) Es posible v. nuestro artículo «La Bioética y la necesidad ...» cit.

(4) V. por ej. COHEN, Daniel Ricardo, «La clonación humana. El desafío del hombre», en «Bioética ...» cit., N° 2, págs. 61 y ss.

(5) id., pág. 63.

(6) Es posible v. nuestro artículo «La justice et la vérité dans le monde juridique», en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXIX, fasc. 4, págs. 446 y ss. (versión francesa en colaboración).

pueden ser legítimamente ocultados y la Bioética y el Bioderecho ~~son~~ instrumentos imprescindibles para el desfraccionamiento de la verdad al respecto. El precio de incertidumbre es en parte inevitable, pero ha de ser un «precio justo», al fin «humanizante».

La pantonomía de la verdad acerca de la actual situación de la vida muestra que la Bioética y el Bioderecho deben superar los moldes de las ciencias tradicionales con enfoques **interdisciplinarios**. Ante la verdad más profunda, las disciplinas consagradas resultan insuficientes.

Al hilo de la pantonomía de la verdad se advierte asimismo que es imprescindible superar las cuestiones puntuales que suelen tratar la Bioética y el Bioderecho, abarcando al fin en su **integridad** la problemática ética y jurídica de la **vida**. Sobre todo ante las posibilidades actuales, la complejidad del fenómeno vital presenta interrelaciones tan estrechas que resulta inviable su comprensión en aspectos aislados. Tal vez nunca como ahora ha sido imperiosa la pregunta por la vida en su totalidad.

4. La hondura de las cuestiones de la Bioética y el Bioderecho requiere superar los límites de los planteos éticos para abarcar el resto de los **enfoques filosóficos**, sobre todo con soluciones respecto de la **antropología filosófica** y la **concepción del mundo**.

Si siempre resulta muy difícil sostener una ética aislada del resto de la Filosofía, en nuestro tiempo, ante los enormes desafíos que se nos presentan, ello es imposible.

5. Las exigencias de la Bioética y el Bioderecho requieren además la **comprensión filosófica** de las diversas **disciplinas** que concurren a su formación. En primer término exigen la superación de los enfoques positivistas mediante la Filosofía del Derecho de «alcance menor» (o Introducción al Derecho), que se pregunta por el Derecho en sí, y la Filosofía Jurídica de «alcance mayor» (o Filosofía del Derecho), que se interroga por la relación del Derecho con el resto del universo. No obstante, además es imperioso v. gr. que la Medicina y la Biotecnología sean encaradas con perspectivas filosóficas «menores» y «mayores» (7).

Si nunca es sostenible que se pretenda ejercer la Medicina o realizar la Biotecnología sin plantearse, por ejemplo, qué son y deben ser la salud y la vida, ello es particularmente imperioso en nuestros días. Urge que exista una Filosofía Médica de «alcance menor», que se pregunte por la Medicina en sí, y otra de «alcance mayor», que se interroge por la relación de la Medicina con el resto del universo. Urge que, con proyecciones análogas, haya una Filosofía de la Biotecnología de «alcance menor» y otra de «alcance mayor», etc. No es posible resolver de manera legítima y ni siquiera consciente -v. gr.- el porvenir de nuestra especie y de las otras especies presentes y futuras sin los debidos planteos respecto de la salud y de la vida misma.

7: Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, esp. págs. XIII/XIV y 5 y ss.

6. Los desafíos del porvenir requieren muy especial apertura a las influencias del futuro, pero el **equilibrio** del valor exige la debida consideración de todos los momentos de la **temporalidad** (8). Es necesario y valioso abrirse a un porvenir que puede contener maravillas, pero urge que esa apertura no abandone todo lo que se puede y debe conservar del pasado y del presente.

Con demasiada frecuencia quienes se ocupan de cuestiones de Bioética y Bioderecho lo hacen movidos por el miedo a los cambios que pueden y deben venir, mas la respuesta legítima no puede ser abandonar estas disciplinas permitiendo que se sueñe con el triunfo del pasado en tanto se pierden oportunidades de promover y encaminar los cambios valiosos.

7. Desde las perspectivas internas del **mundo jurídico** (9), el desarrollo de la Bioética y el Bioderecho es imprescindible para superar desviaciones que afectan a las tres dimensiones del Derecho.

En cuanto a la **dimensión sociológica**, el despliegue de la Bioética y el Bioderecho es importante si se quiere advertir y equilibrar la **gran autoridad** que permiten las nuevas técnicas. Si la sociedad no ha de ser autoritaria, la biotecnología debe ser manejada de la manera más participativa posible.

En la **dimensión normológica** la Bioética y el Bioderecho son necesarios para superar el predominio **conceptual** de las ciencias naturales que puede aprisionar la riqueza de la vida plena. El misterio último de la vida no puede ser ignorado limitándolo a conceptos físicos, químicos, etc., por significativos que éstos sean.

Conforme ya señalamos, en la **dimensión dikelógica**, el despliegue de la Bioética y el Bioderecho es imprescindible para equilibrar con **aristocracias no utilitarias** y con realizaciones **democráticas** el imperio tecnocrático, surgido en este caso de manera destacada de la biotecnología. También lo es para lograr que cada ser humano tenga la debida consideración de **fin** y no de medio para otros seres humanos, aunque a su vez es asimismo imprescindible el respeto del resto de la vida que vendrá.

La Bioética y el Bioderecho han de ser caminos para que luego del humanismo «precientífico» y «pretecnológico» que acompañó al Renacimiento la nueva y grandiosa expansión vital genere un **nuevo humanismo** más abierto y esclarecido que el anterior.

8. Creemos que no puede ni debe ser ignorada la amplia acogida que corresponde a la Bioética y al Bioderecho, con sus alcances propios y con las proyecciones que acabamos de señalar, en los **planes de estudios** y en la **conciencia cultural** de nuestros días (10).

(8) Es posible v. por ej. nuestro estudio «El Derecho, la temporalidad y la transtemporalidad», en «Anuario» de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, N° 3, págs. 33 y ss.

(9) V. GOLDSCHMIDT, op. cit.

(10) En la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario existen un Area y una Cátedra de Bioética y Bioderecho en el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

En relación con el tema puede v. nuestro estudio «Notas de Filosofía de la Tecnología», en «Boletín ...» cit., N° 20, págs. 95 y ss. También pueden tenerse en cuenta nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

LA MUERTE DEL HOMBRE A FINES DEL SIGLO XX (*)



Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Cada vida humana se produce, en su comienzo y en su fin, dentro del marco de una **cultura** con el que guarda profundas interrelaciones de influencia recíproca (1). Aunque con una concepción «fiscalista» sólo suele pensarse en la muerte en un momento en que se interrumpen las funciones orgánicas, en realidad la muerte es un **proceso** paralelo a la vida y no sólo natural sino **cultural** (2).

La muerte en la cultura «occidental» está signada en gran medida por su «fáustico» rechazo (3), que se expresa en la desesperación ante ella y en el deseo, crecientemente y maravillosamente exitoso, de prolongar la vida.

La cultura que Occidente difunde hoy por el mundo, que está en condiciones de hacer progresos especialmente sorprendentes en la extensión de la vida (4) pero asimismo ha generado agudos aspectos de la problemática específica básica de la Bioética, influye en la generación de estilos de muerte que están paradigmáticamente representados en la extinción, casi simultánea, de las vidas de Diana Spencer («Lady Di») y la Madre Teresa de Calcuta.

2. Pese a que, como es inevitable, las dos figuras nos llegan en gran medida según la presentación que de ellas hacen los medios masivos de comunicación, parece notorio que con relativa independencia de la propia Diana Spencer «**Lady Di**» fue -con o sin su

(*) Notas básicas de la comunicación del autor a las III Jornadas Argentinas de Bioética - III Jornadas Latinoamericanas de Bioética.

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

(1) Puede v. nuestro estudio «Muerte, cultura y Derecho», en «Investigación y Docencia», Nº 8, págs. 37 y ss.

(2) Como es notorio, sólo podemos referirnos a la muerte «vívica». El resto pertenece al misterio y está fuera de nuestro alcance.

(3) Puede v. nuestra comprensión de la historia occidental reflejada en «Perspectivas Jurídicas», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss. Acerca de la presencia de Fausto en la cultura occidental v. por ej. BOTTACCHIARI, R., «Fausto», en GONZALEZ PORTO - BOMPIANI, «Diccionario Literario», 2a. ed., Barcelona, Montaner y Simón, t. XI, 1967-68, págs. 351 y ss.

(4) Es posible v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, «La Bioética y la necesidad de genialidad y heroísmo en el hombre del porvenir», en «Bioética y Bioderecho», Nº 2, págs. 71/2; «El Bioderecho ante las posibilidades en el campo de la genética humana», en «Bioética ...» cit., Nº 2, págs. 65 y ss.; COHEN, Daniel Ricardo, «La clonación humana. El desafío del hombre», en «Bioética ...» cit., Nº 2, págs. 61 y ss.

consentimiento- mucho más producida por la prensa y al fin murió acosada, aún en sus últimos momentos, por la penetración de los medios en su intimidad. Los medios de comunicación de masas, impulsados en profundidad por la búsqueda del lucro, estuvieron agresivamente presentes en su muerte como lo habían estado en su vida y como también se apoderaron de los sucesos posteriores a su muerte.

El fin de la vida de Lady Di es una expresión radical de la muerte en la cultura **postmoderna** (5) y **globalizada** (6) del sistema capitalista actual. La agresión comunicativa que padeció Lady Di es una vertiente de la agresión utilitaria que, en muchos otros seres humanos, se expresa en el «encarnizamiento terapéutico». Una y otros son «piezas» del sistema, que este mismo termina destruyendo.

3. La vida y la muerte de la **Madre Teresa** son una firme referencia al respeto por la muerte en la **marginalidad** (7). Aunque su obra abarca múltiples aspectos, la parte quizás con justicia más célebre es la de institución de los llamados «morideros» para que quienes recogía de las calles, a menudo ya irreversiblemente destinados a la muerte, tuvieran un final de dignidad humana. Su vida y también su muerte, concordante con ella, son paradigmas destacados de la lucha por la «buena muerte» en nuestro siglo, pero al propio tiempo denuncian la muerte en condiciones de marginalidad. Si en unos casos la agresión proviene del encarnizamiento por exceso terapéutico, aquí se trata en cambio de la carencia de los recursos terapéuticos más elementales.

4. Lady Di y la Madre Teresa representan la muerte en los dos **estratos** en que se va dividiendo la humanidad de la postmodernidad y la globalización, el de quienes están incorporados al sistema de producción, distribución y consumo y el de quienes son marginales, aunque sólo sea porque son «desempleados».

La Bioética tiene mucho que decir y hacer para asumir la problemática de la muerte no sólo en quienes son agredidos por la presencia de la tecnología sino también en quienes son agredidos por la falta de ella (8).

5. Instalados en la problemática de la muerte en el sector de la postmodernidad y la globalización, signada por fracturas de superficie pero asimismo por un a menudo asfixiante predominio de lo económico y de la utilidad, vale considerar las condiciones «activas» y «pasivas» del fin de la vida humana en nuestra propia circunstancia.

El hombre de este tiempo suele ser un «**sujeto débil**», incluso «fracturado», que **ignora la muerte** (9), en mucho porque no está en condiciones de asumirla. Si bien no se

(5) 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.

(6) Es posible v. nuestros artículos «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación ...» cit., N° 27, págs. 9 y ss.; «Una perspectiva bioética: vida y globalización», en «Bioética ...» cit., N° 1, págs. 43 y ss.

(7) Puede v. nuestro estudio «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., N° 25, págs. 25 y ss.

(8) Pueden v. nuestras «Notas de Filosofía de la Tecnología», en «Boletín ...» cit., N° 20, págs. 95 y ss.

(9) Es posible v. nuestros «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, págs. 266 y ss.

«desespera» ante la muerte y quizás ante nada, desprovisto de esperanza suele tener una **«muerte fracturada»** y absorbida por el **sistema económico**.

6. El hombre se constituye con un **complejo personal, real y temporal**, mas a menudo, con especial rigor en nuestro tiempo, suele resultar fracturado en los tres sentidos, y es en esos marcos de ruptura que con frecuencia se produce su muerte.

Desde la sabiduría griega tenemos conciencia de que en cierta perspectiva el hombre es un «ser social» y también la muerte, fenómeno personalísimo, puede y debe tener un sentido social que en nuestros días se muestra a menudo destruido por la muerte en condiciones a veces innecesarias de **aislamiento «terapéutico»**.

La vida plena del ser humano es un complejo real, con múltiples perspectivas, mas el hombre actual, constreñido a los cauces económicos, suele ir muriendo culturalmente con su exclusión de los circuitos de la economía. Para el hombre de hoy el «retiro» es en gran medida una «premuerte», pero a su vez muchas veces el sistema se ocupa de mantener «vivos» **trozos de su ser**, desinteresándose de los demás y de la significación del conjunto.

La existencia cabal del hombre es un complejo temporal en que el pasado, el presente y el porvenir se enriquecen recíprocamente y la muerte es un momento crítico en que todo se replantea por la interrupción del presente y la sustancial modificación del futuro, pero en la actualidad vivimos en un permanente presente que a menudo conduce a una muerte **privada de sentido**. Quien no tiene en claro desde dónde y para qué vivir con frecuencia no sabe desde dónde y para qué morir.

Cabe a la **Bioética** contribuir a recomponer estos complejos para una muerte humanamente **integrada**.

7. La vida humana tiende a la realización de un **complejo de valores** de salud, utilidad, verdad, belleza, amor, santidad, etc. culminantes en la humanidad, el deber ser cabal de nuestro ser. En la muerte, la crisis de la salud obliga al replanteo de todos los otros valores.

Precisamente la Madre Teresa de Calcuta es un símbolo del amor, que ella desarrolló desde la perspectiva de la santidad, para recomponer los otros valores y sobre todo la humanidad. Sin embargo, la vida y la muerte en la cultura capitalista de nuestros días suele ser asaltada por la arrogancia y la subversión de la **utilidad** y por la ausencia de amor que la hacen en muchos casos menos «humana».

Si la vida puede ser confundida en un correr permanente en busca de medios para fines quizás infundadamente elegidos, la verdad «final» de la muerte es difícilmente mediatizable. La **Bioética** tiene mucho que esclarecer al respecto.

8. La muerte es un misterio que pone en crisis todas las **aristocracias** y afirma la

legitimidad de la **autonomía** del moribundo. Ante ella es mucho lo que corresponde al «consentimiento informado». Sin embargo, también urge desarrollar una aristocracia al **servicio de la vida en la muerte**, al servicio del milenario ideal de la «buena muerte». Recordando la afinidad etimológica entre «existir» y «asistir» tal vez sea también esclarecedor hablar de un «asistir» en la muerte (10).

La cultura de este tiempo requiere un replanteo profundo de la **Medicina**, que debe incluir su consideración filosófica, por ejemplo, a través de disciplinas como la Introducción a la Medicina y la Filosofía de la Medicina (11). El médico y el abogado son, de maneras especiales, profesionales que por los sentidos especiales de «sabiduría» y de «humanidad» que han de serles inherentes pueden ser llamados legítimamente «doctores» aunque no posean el título respectivo. Están distantes del sentido empobrecido de ingeniería con que suelen pensarse las profesiones de nuestros días.

Sin embargo, en el replanteo del campo de la «Medicina» de estos días ha de reconocerse, con alcances **interdisciplinarios**, la urgente necesidad específica de desarrollar el servicio a la muerte. Más que hablar de «Medicina» en sentido amplio, quizás corresponda reconocer la necesidad de una **cultura** que para el mejor servicio a la vida también sirva a la vida en la muerte.

Sin abrir juicio sobre la legitimidad del obrar al estilo de un «Doctor Muerte», es evidente que la cultura de este tiempo debe evitar el simbolismo que parece centrarse en ayudar tecnológicamente a quienes optan por apresurar su muerte. Más que ayudar a quienes quieren morir hay que ayudar a quienes quieran tener una muerte **plenamente humana**, la muerte que debe tener todo hombre.

La exposición de la necesidad del replanteo de la Medicina y de la cultura es otro de los grandes aportes que la **Bioética** puede y debe hacer a la cultura y la vida de nuestros días (12).

(10) COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, «Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico», Madrid, Gredos, t. II, 1980, pág. 824.

(11) De cierto modo análogas a la Introducción (filosófica) al Derecho y la Filosofía del Derecho.

(12) Puede v. en este mismo número de «Investigación y Docencia» nuestro artículo «La Bioética y el Bioderecho en la cultura de nuestro tiempo».

LA ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO Y LA NORMA HIPOTETICA FUNDAMENTAL EN NUESTRO TIEMPO (*)



Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La Organización Mundial del Comercio, constituida en Marrakech y aprobada por la Argentina mediante ley 24.425 (de diciembre de 1994; ADLA LV-A, págs. 29 y ss) y su régimen, poseen una trascendente importancia no sólo en la formalización jurídica del capitalismo globalizado de nuestros días (1), sino en la **estructura normativa** del mundo actual.

Aprovechando enseñanzas de la «teoría pura del Derecho» (2) el ordenamiento normativo suele ser representado, con importantes efectos esclarecedores, como una pirámide generada por una **norma hipotética fundamental** cuya adopción como hipótesis brinde una pirámide que se cumpla. Decía Kelsen que «una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige» (3). La norma hipotética fundamental no debe suponerse como lo dispongan las formalizaciones sino como surja de la generación de una pirámide que se cumpla (4).

En ese marco mucho se ha discutido acerca del punto de referencia básico de dicha norma, habiendo sido ubicada en algunos casos con remisión inicial a los ordenamientos estatales, en otros al ordenamiento internacional e incluso resultando también de cierto modo sostenible su relación directa con ordenamientos comunitarios.

(*) Nota para la discusión en una reunión conjunta de la cátedras de Derecho Internacional Privado, I de Introducción al Derecho y III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(**) Profesor titular de las cátedras mencionadas. Director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Puede v. nuestro estudio «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación y Docencia», N° 27, págs. 9 y ss.

(2) V. por ej. KELSEN, Hans, «Teoría pura del Derecho», trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960; «Teoría General del Estado», trad. Luis Legaz Lacambra, México, Nacional, 1959; «Teoría general del Derecho y del Estado», trad. Eduardo García Máynez, 3a. ed., México, 1969; también tener en cuenta «Teoria Geral das Normas», trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986. (v. asimismo "Allgemeine Theorie der Normen", a cargo del Hans-Kelsen-Institut - Kurt Ringhofer y Robert Walter -, Viena, Manz, 1979)

(3) KELSEN, «Teoría pura ...» cit., pág. 141.

(4) Adoptamos la comprensión de la teoría pura respecto del origen del ordenamiento normativo desde la perspectiva de la **teoría trialista del mundo jurídico** (v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., 1987, esp. págs. 339 y ss.; también CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho

2. En tal sentido, las posibilidades abiertas por la constitución de las **Naciones Unidas** en su momento pero sobre todo por el **Fondo Monetario Internacional** y el **Banco Mundial** y en particular ahora con el establecimiento de la **Organización Mundial del Comercio** son datos a tener en cuenta para el reconocimiento del acierto de una norma hipotética fundamental internacional, tal vez hoy podría decirse mejor «global».

Kelsen señalaba que es «en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente» (5) y en nuestros días, de declinación del papel del Estado (6) y de globalización, se advierte con claridad la progresiva traslación de la norma hipotética fundamental. Cada vez más se hace realidad lo expuesto por Kelsen en el sentido que «(L) la norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional» (7).

3. El planteo internacionalista sostenido en su tiempo por el maestro de Viena podía ser impugnado entonces por presentar un enfoque tal vez demasiado «lógico» (quizás facilitado por su idea de la «pura norma» «que ya no es hecho, mirando hacia arriba» -8-) en tanto en la eficacia reinaban los ordenamientos estatales, pero esto ha dejado de suceder y, por lo menos en cuanto se refiere al cumplimiento que pueden darle las mayores fuerzas económicas, la nueva normativa de proyección mundial tiene, ahora también en el despliegue de los hechos, una propia norma hipotética fundamental.

En Derecho Internacional Privado puede hablarse de un nuevo «orden público mundial» de respeto a las reglas del mercado y a los derechos humanos (9), pero creemos que lo que se está configurando es incluso más que un nuevo orden público mundial. Entendemos que se está formando claramente un ordenamiento normativo global.

En nuestro tiempo merecen particular atención las normas que rigen las relaciones de los ordenamientos estatales con los ordenamientos integrados y con el ordenamiento global y la constitución de éste puede resultar decisiva al respecto (10).

4. En el desarrollo dado a la dimensión normológica de la teoría trialista del mundo jurídico se reconoce que las normas se vinculan verticalmente por relaciones de producción y de contenido que realizan respectivamente los valores **subordinación** e

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).

(5) KELSEN, «Teoría pura ...» cit., pág. 140.

(6) Sobre todo del Estado «moderno» y «nacional» (puede 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 ...» cit., N° 26, págs. 20 y ss.)

(7) KELSEN, «Teoría pura ...» cit., págs. 143 y ss. y 154/5

(8) KELSEN, «Teoría General del Estado» cit., pág. 326

(9) Pueden v. nuestros estudios «Filosofía del orden público en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 21, págs. 24 y ss.; «El «saneamiento» de orden público en el Derecho Internacional Privado», en «Investigación ...» cit., N° 8, págs. 13 y ss.; «Meditaciones trialistas sobre el orden público», en «Jurisprudencia Argentina», t. 1977-II, págs. 711 y ss.

(10) Es posible v. nuestro estudio «Los acuerdos internacionales en la reforma de la Constitución Nacional», en «Jurisprudencia Argentina», t. 1995-I, págs. 816 y ss. En particular corresponde atender a los artículos 27, 31, 75 incisos 22 y 24 y 124 del nuevo texto constitucional.

ilación y parece notorio que en general los Estados nacionales no pueden hoy dictar normas «exactas» (que se cumplan, es decir sean eficaces) desconociendo la producción y el contenido establecido en las fuentes globales, o sea prescindiendo de la subordinación y la ilación.

A través de la subordinación y la ilación (como asimismo de la infalibilidad y de la concordancia propias de las relaciones horizontales entre normas) se desarrolla el valor **coherencia** y es claro que hoy existe una fuerte coherencia global.

5. En la dimensión sociológica la consideración de la **constitución material** de los factores de poder del mundo en nuestros días muestra que se trata en gran medida de un régimen total, dentro del cual los regímenes estatales e incluso los regímenes integrados tienen que insertarse (11).

Todo régimen se constituye mediante la planificación «gubernamental» en marcha y la ejemplaridad, que satisfacen respectivamente los valores **previsibilidad** y **solidaridad** y a su vez se realiza así el valor **orden**. Es claro que ahora hay una planificación, cierta ejemplaridad y un orden planetarios.

6. En la dimensión dielógica ese ordenamiento global se expresa en un complejo de valores común, encabezado en gran medida por el valor **utilidad**. Sin embargo, dicho sistema mundial puede resultar legítimo en tanto culmine en la realización del valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser) y satisfaga otros requerimientos, como los de la justicia.

El régimen global será justo si no ignora las particularidades (locales, nacionales y regionales) que deben mantenerse y cambia la actual estratificación de la humanidad en sectores globalizados y marginales (12). Creemos que en todo caso hay que procurar que el ordenamiento normativo «global» sea un ordenamiento **«universal»** (13).

7. Tal vez, en los profundos sentidos de la historia se esté formando y deba estar formándose un Estado mundial, mejor dicho, deba estar formándose un **Estado Universal** (14).

(11) V. LASSALLE, Fernando, «¿Qué es una constitución?», trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

En cuanto concierne a la **Argentina**, en su constitución material y en su composición con sectores «hispánicos tradicionales» y «anglofrancesados» (incluso de afinidad norteamericana) hay diversos elementos que al fin son gradualmente favorables a la integración mercosureña, a la integración latinoamericana y a la planetarización (es posible v. nuestro estudio «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993).

(12) Es posible v. nuestro artículo «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., N° 25, págs. 25 y ss.

(13) En cuanto a las ramas del mundo jurídico, en nuestro tiempo se produce una especial interrelación (no fusión) entre el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho de la Integración y el Derecho Universal. El Derecho Comercial va adquiriendo crecientes sentidos constitucionales.

(14) Puede v. nuestro libro «Lineamientos filosóficos del Derecho Universal», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

LA MERCADIZACIÓN EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA (*)

Ada LATTUCA (**)

Siempre resulta útil hurgar en la historia para comprobar que el hombre frecuentemente no se encuentra preparado no ya para prevenir el futuro que por definición es imprevisible, sino para disponer de una gama de recursos infinitos para enfrentar sus problemas. Sin entrar en el riesgo del profetismo o del catastrofismo, cabe destacar que la magnitud de los cambios en esta nueva etapa de la historia que nos toca vivir sorprende a todos y, en cierta manera, llega a provocar junto a la admiración de sus resultados la confusión acerca del puesto que el hombre desempeñará en ella (1).

La transformación producida a nivel político, económico, tecnológico nos "avisa" de la impostergable necesidad de estar *a la page* con los nuevos modos de comportamiento, aunque la celeridad de los cambios nos impone diarios desafíos que alimentan actitudes de incomprensión y desaliento (2).

Cierto es, que de las innumerables aristas que conforman el tramado de nuestra época, las inherentes a la dimensión social se encuentran de hecho en una situación de déficit frente a otros componentes, sea por el débil *marketing* de la cuestión o por la escasa atención que el reclamo de los derechos consagrados merece en el ámbito de los poderes decisoriales (3).

(*) Reflexiones en una clase del Seminario sobre Integración, dirigido por la autora, Facultad de Derecho, U.N.R., setiembre, 1997

(**) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la U.N.R., Directora del Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales, Facultad de Derecho.

(1) ORTEGA y GASSET, José, "Obras Completas", 2da. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1965; CIURO CALDANI, Miguel A., "Comprensión jusfilosófica de la circunstancia, la situación y el puesto del hombre en el universo", en "Investigación y Docencia", n° 25, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 13 y ss.

(2) Ello es evidente en las circunstancias actuales signadas por el postmodernismo que, radicado en los "países centrales", está cubriendo el universo pese a las significativas asimetrías originarias y adquiridas que poseen quienes están aún fuera de aquella órbita. Puede verse, LYOTARD, Jean François, "La condición postmoderna", trad. Mariano Antón Ratto, Madrid, Cátedra, 1987; CIURO CALDANI, Miguel A., "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 19, Rosario, FIJ, 1995, págs. 9 y ss. y "Perspectivas jusfilosóficas externas e internas del derecho de la integración", en "Investigación" cit., págs. 55 y ss.

(3) LATTUCA, Ada, "Asimetrías en el tablero laboral comunitario. El crecimiento frente a la equidad", presentado en IV Congreso Internacional de ALADI, Santiago de Chile, Octubre 1997 (en prensa).

Al parecer, los fenómenos surgidos al hilo del proceso integrador han conformado bloques y megabloques requeridos por instancias crematológicas que los tiempos demandaban y cuyo devenir ha alterado tradicionales relaciones en el tablero mundial (4). La atracción que exitosas regiones cosechaban en el marco de los intercambios comerciales, financieros y de servicios atrajeron a una verdadera humanidad de peregrinación dispuesta a participar de sus rindes.

El hombre migrante

El desplazamiento demográfico fue significativo en la geografía sin fronteras animada por los sucesivos Tratados que instituyeron el bloque más poderoso de Europa occidental. La actual Unión Europea impulsó la circulación de las personas acorde a las directrices impuestas por los requerimientos del mercado. Los índices de crecimiento señalaban una etapa en perpetuo ascenso y la mano de obra extranjera colaboraba en una optimista imagen de bienestar. Pero, a medida que el repliegue económico amenazó con perturbar la espiral de progreso, el aporte foráneo comenzó a ingresar en la categoría de prescindible, cuando no de expulsable.

La política de los diversos Estados Miembros se caracterizó por una amplia gama de aciertos y desaciertos en la que la armonización de las medidas no se consiguió y la diversidad de resultados arrojó un balance de desaciertos, de improvisaciones que convirtieron la praxis declarada en una humanitaria legislación en actos puramente voluntaristas. Así, las fronteras se abrieron y cerraron según el barómetro del mercado y las opciones del trashumante se acotaron, con el agravante surgido en la década de los años '90 debido al fenómeno de una transformación mundial en el sistema de trabajo, en la contratación de personas al hilo de la modificación operada en las empresas bajo el signo de la flexibilización, la desregulación y la transferencia de empresas en fin, a la revolución tecnológica y las redes informáticas (5). El escenario donde los inmigrantes fijaron residencia devino confuso, y la adversidad quebró sus expectativas de vida, aún para los mismos trabajadores nativos.

Mercado y Trabajo

Si bien el desequilibrio en el mercado de trabajo productor de una subocupación y desocupación alarmante afecta a todo el área de los trabajadores, la solución se busca en no pocos casos, en la disminución de los ingresos foráneos para reducir la competitividad con el nativo en el seno de cada Estado. Paradojalmente, las características de este mercado ocupacional tienden a aumentar sus índices de desequilibrio en el futuro

(4) Acerca de la reformulación y de las nuevas estrategias empresariales. HARRISON, Bennett. "La empresa que viene", trad. de Guillermo Sánchez, Barcelona, Paidós Ibérica 1997, especialmente la Tercera Parte LATTUCA, Ada, "¿Globalización o colonización?", en "Derecho de la Integración" nº 6, Rosario, Centro de Estudios Comunitarios, 1997, págs. 45 yss.

(5) LACH, Juan J., "Otro siglo, otra Argentina", Bs. As., Ariel, 1997. Acerca de las nuevas estrategias de asociación internacional de las empresas, "Mercosur, el desafío del crecimiento", en XXXII Coloquio Anual de IDEA, Bs. As., Socma, 1996. Resulta interesante consultar las estadísticas sobre la evolución del comercio exterior en, "La nueva realidad de la integración", nº 10, Montevideo, ALADI, marzo-mayo, 1997. Respecto de los nuevos sistemas de contratación laborales y la expectativa del mercado laboral, RIFKIN, Jeremy, "El fin

frente a la reducción en los porcentajes adecuados de su población activa (6). La tasa de fecundidad de la población se encuentra en niveles negativos, países como Italia, España y Dinamarca asumen los índices más bajos de la UE, mientras que el aumento de la franja de inactivos (pensionados y jubilados) cobra un ascenso inusitado. En la relación del mercado y la fuerza de trabajo se comprueba que, precisamente el sector migratorio aporta a la configuración demográfica los renuevos imprescindibles en la pirámide poblacional de un importante número de países.

De acuerdo a estudios realizados por analistas del tema, la desocupación no afectaría a un amplio sector de la oferta de trabajo considerado *despreciable, humillante*, para lo cual estaría habilitado el *sub grupo* de los inmigrantes a ejercerlo con idoneidad. Ello al menos será posible en el presente, hasta tanto el cambio exigido por las innovaciones tecnológicas y organizativas redimensionen y lleguen a anular este espacio de oportunidad que se le ofrece (7).

En líneas generales, la mano de obra emigrada suele ser menos calificada que la nativa (8). Posee escasos instrumentos informativos y reducido espacio relacional, es más "flexible" para realizar "cualquier tipo de trabajo", en especial manuales y extenuantes, y con bajas remuneraciones. El área de inserción se sitúa generalmente en el sector terciario, el de la construcción, agricultura y el doméstico. Encuentran oportunidades en la industria, en particular dentro de la pequeña y mediana, que poseen una restringida capacidad de tecnología. De donde, más que la competitividad se estaría ofreciendo, a través de la particular inserción de estos trabajadores una complementariedad en el mercado de trabajo. Claro que ello parte de la presunción que éstos y sus descendientes desempeñarán el rol que tácitamente se les ha asignado aunque, probablemente estaríamos disfrazando la aspiración de tener una mano de obra casi servil que podrá continuar resolviendo problemas conyunturales.

En esta temática se cae en la peligrosa pendiente de menospreciar -de hecho- las conquistas logradas por Organizaciones no gubernamentales, las declaraciones acerca del los Derechos del hombre, las amplias recomendaciones del Foro Internacional (1995) sobre de la reforma y la democratización de las Naciones Unidas, etc. En fin, del espacio que el hombre, nativo o inmigrantes desempeña por lo que es y no por su utilidad, que haría pensar en un mundo uniformado por la economía pero dividido quizás en hombres de "primera y de segunda clase" (9).

del Trabajo", trad., Guillermo Sánchez. 3ra. reimpresión, Bs. As., Paidós, 1997.

(6) Statistiche generali dell'Unione Europea. 33ª edizione, en EUROSTAD, Luxemburgo, 1996.

(7) GERIA, Alessandro y PITTAU, Franco, "Immigraziones e mercato del lavoro in Italia: dati, problemi e prospettive", en "Affari Sociali Internazionali", n° 4, Milano, F. Agnelli, 1996, págs. 39 y ss. Los autores declaran que "Secondo gli studiosi, nonostante l'alto livello di disoccupazione, vi sono posti di lavoro "cattivi" che non interessano gli italiani e creano spazi crescenti per gli immigrati", pág. 43.

(8) Aunque a veces los inmigrantes se declaran no calificados a pesar de poseer un alto grado de instrucción o de formación, porque están interesados en lograr el trabajo despreciado por los italianos, ibidem, pág. 44. También puede verse "L'occupazione in Europa", Luxemburgo, P. O., 1996.

(9) DE STEFANI, Paolo y LEITA, Francisco, "La tutela giuridica internazionale dei diritti umani", Padova, CEDAM, 1997; "PACE, DIRITTI UMANI", en "Archivio", Bullettino n° 10 al 13, Centro di Studi e di Formazione sui diritti dell'uomo e dei popoli", Padova, 1994 a 1997.

La historia nos brinda nutridos ejemplos acerca de la larga lucha destinada a la más amplia protección de los derechos del hombre, sin categorizaciones denigrantes que confluyen en una dramática discriminación conocida, aunque aún no superada. La UE, uno de los bloques más atractivos para la inversión empresarial, debe asumir todavía su cuota de participación en la inversión humana. los proyectos y declaraciones expuestos por J. Delors como Presidente de la Comisión y de su sucesor J. Santer, se dirigen a orientar la proa sobre la deficitaria cuestión social asfixiada por el imperio de una agresiva globalización que va ocultando las aristas humanitarias de la integración pensada por Schuman y Monnet. De allí, que el "modelo social europeo" basado en la solidaridad encuentre aún hoy grandes zonas de fricciones dentro del mismo mercado interno común entre sus EM y lleve a sus funcionarios a indagar, "... se la prassi política della Unione la "dimensione sociale", svolga davvero un ruolo equivalente a quello dell'economia" (10).

Este acercamiento de todas las regiones del mundo que lleva a conocernos -a veces sólo superficialmente- a todos los pueblos conduce a una riesgosa "standarización" de modelos ocupacionales que sacrifican la dignidad humana. Luego, no resulta privativo de los países desarrollados la "abstinencia" que las cuestiones sociales les provoca. El último intento de integración formado en América del Sur, el Mercado Común del Sur, no ha definido aún la política a seguir con los inmigrantes que circulan en su espacio interno, con los que provienen del área de sus recientes asociados y del área extra comunitaria. Al parecer, las urgencias que originaron su institucionalización le oprimen en la tarea para alcanzar óptimos rindes, de lo cual las cifras y porcentajes del comportamiento dinámico de sus exportaciones señalan la dirección altamente positiva en este sentido.

Peso a ello, un significativo sector de la humanidad permanece como un verdadero *retazo* de ella y no como elemento integrante. A los trabajadores se los desclasa y cobra actualidad la expresión de Hannah Arend cuando nos ilustraba acerca de la nueva categorización de los "trabajadores sin trabajo" que ocuparían literalmente en la sociedad global un lugar se supernumerarios, esto es de "inútiles" para el mundo (11). La CEPAL ha advertido en una reciente publicación que el desempleo se ha transformado en la mayor preocupación de América Latina a finales de la presente década (12).

Una inmigración callada y persistente de paraguayos, bolivianos, brasileños, y en menor medida de uruguayos ocupan los asentamientos periféricos de Buenos Aires y Rosario, que comparten con el caudal humano proveniente de provincias argentinas. Todos ellos, con "una voluntad de hierro y que se animan a cualquier oficio", según

(10) "La dimensione sociale europea", en la serie "L'Europa in movimento", Bruxelles, Commissione Europea, 1996. En el reciente Tratado de Amsterdam (junio de 1997), uno de los temas centrales fue el desequilibrio promovido por la desocupación, también puede verse, "Occupazione, crescita, competitività e solidarietà" y "Occupazioni NOW", en la serie "Europa Sociale", Bruxelles, Commissione Europea, 1996.

(11) CASTEL, Robert, "La metamorfosis de la cuestión social", trad. Jorge Piatigorsky, Bs. As., Paidós, 1997. Ante el impacto de la desocupación, las familias subsidian el desempleo de sus hijos, tanto en Europa como en América Latina.

(12) "Balances preliminar de la economía en América Latina y el Caribe", CEPAL, 1997.

declaraciones de un diario tradicional (13).

La explotación que hace presa a más de un millón de inmigrantes que tiene el país, en su mayoría indocumentados está poco menos que “industrializada”. Una compacta organización de facto se ocupa de seleccionarlos, transportarlos, alojarlos y procurarles ubicación, en absoluta complicidad con los dadores de trabajo. El resto lo completa, en algunos casos, la solidaridad de sus connacionales (14). Es evidente, que la situación de ilegalidad es rápidamente aprovechada por un red de “esclavizadores” que medran con ella y les proporciona pingües dividendos. Las escenas descriptas en la literatura mundial en pleno siglo XIX, acerca de las deshumanizantes condiciones del proletariado, cobran una hiriente actualidad. Sobre la exigencia de jornadas laborales de 16 o más horas, talleres con carencias substanciales, salario “del medio”, nos ilustra la crónica diaria.

En un país como el nuestro que ofrece la más amplia declaración de principios recogida en su Preámbulo: “para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, la opción a serlo queda desdibujada, confusa. Los ilegales como ha expresado en diversas oportunidades el padre Volmar Scaravelli, no se deben confundir con delincuentes (15). La raíz de esta situación obedece, en gran proporción a un engorroso, lento y costoso procedimiento para normalizar la situación de los perjudicados, reforzándose en consecuencia la industria de la ilegalidad. Los esfuerzos esporádicos de las esferas oficiales tendientes a erradicar el problema, sea con medidas conminatorias o expulsivas, así como las penalidades establecidas para los empresarios que cometan abusos contra los inmigrantes, han resultado en la mayoría de los casos inoperantes. La utilidad marcha delante de la solidaridad, de la cooperación, en fin de la humanidad.

No es lícito, quizás, englobar bajo el término de racismo o chauvinismo los actos discriminatorios operados en nuestro país y en el mundo contra los inmigrantes. En una poderosa sociedad utilitaria de puro mercado, los débiles tendrán muy probablemente cada vez menos posibilidades para aspirar al deber ser de cada ser. Ahora se condena al hombre más que por el color de su piel o su religión por su condición de ser pobre. Y ello otorga una significativa cuota de reflexión ante los instrumentos poderosos que están proveyendo una globalización “de las luces” en la que participaría una proporción reducida y poderosa de los hombres y otra más amplia, de “tonos grisáceos”, conformada por el resto de la humanidad. Tremenda paradoja que continuará postergando la realización del “nosotros”, por la persistencia del “otro”, en el marco de una integración que deberá asumir seriamente el compromiso de ser totalizadora y no desintegradora (16).

(13) El diario “Clarín”, del 2 de febrero de 1997, en un Informe Especial declara que uno de cada diez habitantes de la Capital es extranjero, además de señalar la geografía de los diversos asentamientos por comunidades extranjeras reproduce datos del INDEC relativos al mes de abril de 1996, según los cuales de casi 3 millones de habitantes que tenía la Capital, el 70,3 % son porteños, el 20% proviene del interior y el 9,7% son extranjeros.

(14) Sin embargo, suele suceder que los estafadores provengan de sus mismos grupos étnicos.

(15) En este sentido, consultar los numeros y excelentes artículos del P. Scaravelli en la Revista bajo su dirección, “Migración Noticias”.

(16) BIDART CAMPOS, Germán, “La relación entre derecho comunitario, los derechos humanos el derecho internacional y el Mercosur”, en “Filosofía del Mercosur”, Bs. As., Edic. Ciudad Argentina, 1997, págs. 369 y ss.

LA RELACION ENTRE EL DERECHO ESTATAL Y EL “DERECHO” DEPORTIVO: ¿CONFLICTO DE LEYES O INSUMISIÓN AL ORDEN JURÍDICO?

(Algunas reflexiones desde el Derecho Internacional Privado ante la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12.12.1995 en el caso Bosman y otros Supuestos Previos)

Dámaso-Javier VICENTE BLANCO (*)

1.- INTRODUCCIÓN: LOS ÓRDENES JURÍDICOS EXTRAESTATALES

Hoy resulta una referencia clásica mencionar la **pluralidad de ordenamientos jurídicos a nivel mundial** como uno de los tres presupuestos de base del Derecho internacional privado, junto a la existencia de relaciones humanas que se realizan a través de las fronteras y la contradicción normativa a que da lugar la diversidad de soluciones jurídicas que establecen los distintos ordenamientos para un mismo supuesto de hecho (1). Esta concepción de la **pluralidad de ordenamientos**, hoy generalizada, da por hecho que se trata de un dato de la realidad que determina la existencia del Derecho internacional privado; pero sólo toma en consideración la **pluralidad de ordenamientos estatales**, o a lo más la existencia de ordenamientos intraestatales, es decir, aquellos que conviven dentro de un mismo Estado (el denominado Estado plurilegislativo).

En su Curso General de Derecho Internacional Privado de 1989 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Francois Rigaux plantea un nuevo tipo de *pluralismo jurídico*(2) Utiliza el término en un sentido distinto, contrapuesto a lo que en el Derecho internacional público se conoce como *monismo jurídico* y *dualismo jurídico*.

(*) Prof. Asociado de Derecho internacional privado Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid.

(1) AGUILAR NAVARRO, M.; “Derecho Internacional Privado”, vol. I, t. I, Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, pp. 9 y ss., y 14 y 15; CARRILLO SALCEDO, J. A., “Derecho Internacional Privado”, Madrid, Tectos, tercera edición, reimpr., 1985, pp. 19 y ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Curso de Derecho Internacional Privado”, Madrid, tercera edición, Civitas, 1996, pp. 37 y ss.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Derecho Internacional Privado”, vocablo de la “Enciclopedia Jurídica Básica”, t. II, Madrid, Civitas, pp. 2.314-2.315; ídem, “Las Normas sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letra de Cambio, Pagaré y Cheque: Presupuestos, Soluciones y Problemas” Capítulo XVII del libro colectivo “Derecho Cambiario, Estudio sobre la Ley Cambiaria y del Cheque” (Dir. A. Menéndez), Madrid, 1986, pp. 953-978; PÉREZ VERA, E., “Derecho Internacional Privado”, libro colectivo bajo su dirección, Madrid cuarta edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia, junio de 1993, pp. 15-17.

(2) RIGAUX, F., “Les Situations Juridiques Individuelles dans un Système de Relativité Général. Cours Général de Droit International Privé”, “Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye”, 1989-I, t. 213, 1989, pp. 45 y ss. Ciertamente, el Capítulo I de su manual aparece bajo esta denominación “Pluralismo Jurídico” (ver la edición española de 1985, traducida y adaptada al Derecho español por A. BORRÁS, “Derecho Internacional Privado. Parte General”, pp. 43-89), haciendo mención expresa de Santi ROMANO

Frente al dualismo jurídico sostiene que existe una mayor pluralidad de órdenes normativos que la que distingue solamente entre el orden internacional y los órdenes estatales, aunque comparte con el dualismo la autonomía que se confiere a los distintos órdenes jurídicos y su falta de unidad y continuidad. La lejanía con el monismo es mayor, dado que éste sostiene precisamente - además de la sola existencia de esa doble dimensión de órdenes jurídicos - la continuidad de los órdenes estatales en relación con el orden internacional y su falta de autonomía. De este modo, François Rigaux hace referencia en su curso de la Haya a un conjunto de órdenes jurídicos extraestatales - distintos del orden internacional y de los órdenes estatales - a los que se refiere como *órdenes jurídicos transnacionales*, en tanto que categoría autónoma y diferenciada. Dentro de estos órdenes transnacionales incluye lo que denomina los *órdenes jurídicos deportivos*, como modalidad de los anteriores. La pretensión del presente estudio es hacer, a la luz de algunos supuestos, una **aproximación al análisis del conflicto entre los órdenes jurídicos estatales** (o el orden jurídico comunitario como expresión de un espacio de integración interestatal) y **las organizaciones deportivas**, poniendo en evidencia los problemas que plantea la posible consideración de estas últimas como generadoras de verdaderos órdenes jurídicos deportivos. Dicho de otro modo, el problema al que vamos a enfrentarnos es si la organización del deporte debe someterse en todo caso a las exigencias impuestas por las legislaciones estatales, según sus propios criterios, o si, por el contrario, se debe aceptar su autonomía jurídica en el ámbito de su actividad y que por tanto se autorregule por normas propias, sin que los Estados deban entrar en esa parcela de actuación deportiva. La trascendencia de la respuesta no se puede desdeñar, dada la enorme relevancia social, política y económica de la actividad deportiva, que en su modalidad de espectáculo implica cantidades astronómicas de dinero, los más variados intereses y proyecta su influencia en los más diversos órdenes(3).

Es preciso inicialmente remarcar el carácter de personas jurídicas de Derecho privado que tienen las organizaciones deportivas internacionales para los Derechos estatales. No se trata por tanto de organizaciones del Derecho internacional, sino de entes que reciben su personalidad jurídica, su carácter de sujetos del Derecho, de un orden jurídico estatal. Así, por poner distintos ejemplos, el Comité Olímpico Internacional (COI), la Federación Internacional del Fútbol Asociado (FIFA), o la Federación Europea de Fútbol (UEFA) son asociaciones registradas en Suiza, constituidas de acuerdo con el Derecho suizo y cuya personalidad jurídica le es conferida por el Derecho helvético. En el caso particular del Comité Olímpico Internacional, con sede en la ciudad de Lausana, desde 1975 hasta 1991 la Carta Olímpica contenía una norma en la que declaraba que el Comité Olímpico Internacional "es una asociación de derecho internacional, con personalidad jurídica"(4). Más allá de que la calificación que haga de sí misma una

como el principal teórico de esta concepción (p. 86)

(3) Como señala G. AUNEALI ("Le Mouvement Sportif Européen à l'Épreuve du Droit Communautaire", en "Revue Trimestrielle du Droit Européen", nº 1, 1996), "El máximo hecho social que constituyen hoy la espectacular expansión del deporte así como su vulgarización está en el origen de numerosas modificaciones y transformaciones del comportamiento de los actores de la vida política y jurídica".

(4) Ver RIGAUX, F., "Les Situations Juridiques Individuelles...", op. cit., p. 66 (nota 2), y también, PONS RAFOLS F.-X., "El Comité Olímpico Internacional y los Juegos Olímpicos. Algunas Cuestiones de Relevancia Jurídica

entidad no la compromete más que a ella, y en su caso a los asociados, se da la circunstancia de que el Comité Olímpico Internacional no ha sido considerado en ningún caso un sujeto del Derecho Internacional, careciendo de ese status en cualquier ámbito, dado que la personalidad jurídica internacional viene atribuida a las organizaciones internacionales por los Estados (5). La modificación en 1991 de la Carta Olímpica, modificó este extremo, pasando a calificarse de "organización internacional no gubernamental sin fines de lucro"(6). Paralelamente, a estas organizaciones están subordinadas todas las organizaciones nacionales deportivas de su actividad y territorio. Es decir, todos los comités olímpicos nacionales al COI, todas las federaciones de fútbol nacionales a la FIFA, así como las federaciones regionales o continentales, y todas las federaciones nacionales europeas de fútbol a la UEFA, que a su vez se somete a la FIFA. Su actuación se rige en la práctica según un modelo monopolístico, que imposibilita la existencia de más de una organización por deporte y les dota de un verdadero poder sin contrapeso(7).

II.- ALGUNOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO ESTATAL Y LAS ORGANIZACIONES DEPORTIVAS

1.- El caso Heysel (8)

En 1991, después de sendos fallos en primera instancia y en apelación, el Tribunal Supremo de Bélgica, mediante decisión judicial confirmatoria, responsabilizó a la Federación Europea de Fútbol (UEFA) de la tragedia del estadio Heysel, en Bruselas, donde el 9 de mayo de 1985 y a causa de una avalancha humana murieron 39 aficionados durante la final de la Copa Europa de fútbol que disputaban el Liverpool y la Juventus de Turín. La UEFA consideraba que era el gobierno belga el que debía hacerse responsable de esas indemnizaciones, y tras la sentencia judicial, abrió un período de deliberaciones para, en caso de que le exigiesen pago de la indemnización, sancionar futbolísticamente a Bélgica, acordando: la exclusión de sus equipos y de su selección de las competiciones europeas; el rechazo de la candidatura de Bélgica como sede de la "Europa-96"; la negativa a la celebración en Bélgica de finales continentales; y, como colofón, el veto a la disputa en este país de encuentros internacionales. La UEFA valoró como incomprensible e inaceptable la decisión del Tribunal Supremo belga, y su presidente

-Internacional", en "Revista Española de Derecho Internacional", vol. XLV, nº 2, 1993, pp. 284-286, que es un estudio detallado sobre el COI y su reglamentación jurídica

(5) PONS, RAFOLS, F.-X., op. cit. p. 286 (nota 4)

(6) PONS, RAFOLS, F.-X., op. cit., p. 285-301. El autor estudia aquí la correspondencia entre los caracteres reales del COI y los requisitos exigidos por las Naciones Unidas a las organizaciones que reclaman esta denominación y su status, llegando a la conclusión que no los cumple en todos sus extremos en particular, la falta de organización democrática y la existencia de lucro según los parámetros de la NNUU.

(7) RIGAUX, F., "Les Situations Individuelles...", op. cit., pp. 286-288 (nota 2); BORRÁS, A., "Existe-t-il un Droit International du Sport?" en "Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux", Bruselas, Bruylant, 1993, p. 114; y también AUNEAU, G., op. cit., p. 102 (nota 3).

(8) Ver el diario El País (Madrid), el 31 de octubre de 1991. También hay referencia al caso en DUPONT, J.-L., "Deporte Profesional y Ordenamiento Jurídico Comunitario después del Caso Bosman", en "Revista de Instituciones Europeas", vol. 23, nº 2, mayo-agosto, 1996, p. 488

afirmó que no podían aceptar el riesgo de que sus directivos volviesen a ser considerados responsables de hechos parecidos en el futuro.

2.- La sanción al Olimpic de Marsella de Bernard Tapie.(9)

El 6 de septiembre de 1993 la Federación Europea de Fútbol (UEFA) decide excluir de la Copa de Europa de esa temporada a un equipo de fútbol francés, el Olimpic de Marsella - campeón de la Copa de Europa del año anterior -, ya que había sido acusado de intentar sobornar a jugadores de otro equipo francés para que se dejasen ganar en un encuentro de la liga francesa. El asunto estaba subjudice ante los Tribunales franceses, y como éstos retrasaban dictar su resolución, la UEFA decidió actuar sobre la base de las investigaciones de las autoridades administrativas francesas, que habían llegado a la conclusión de que efectivamente en aquel encuentro se habían producido “irregularidades”. La jurisdicción competente en Francia, sin embargo, no había dictado aún su resolución.

Contra el acuerdo de la UEFA, el presidente del Olimpic de Marsella presentó un recurso ante la jurisdicción suiza, la que resultaba competente al ser la UEFA una asociación del Derecho suizo; y de inmediato, al admitir a trámite el recurso y a título provisional, la jueza suiza que conocía el caso dictó, el 9 de septiembre de 1993, la suspensión provisional de la sanción impuesta al Marsella por la UEFA. Como respuesta a la intervención judicial, la UEFA y la FIFA amenazaron al club con excluirlo definitivamente de toda competición, incluida la competición nacional francesa, porque sus estatutos asociativos prohíben a los clubes y a los deportistas recurrir a los Tribunales ordinarios, al considerar que cualquier disputa deportiva debe resolverla exclusivamente una autoridad deportiva, o en su caso acudiendo al arbitraje, y siempre de acuerdo con las normas deportivas(10).

El día 10 de septiembre, el presidente del Olimpic de Marsella retira la demanda presentada contra la UEFA en el juzgado suizo, a causa de las presiones de la Federación Francesa de Fútbol. Esta federación había recibido el requerimiento de la UEFA y de la FIFA para que excluyese al Marsella de cualquier competición futbolística (incluida la liga francesa), a riesgo de, en caso contrario, ver fuera de las competiciones europeas a todos los clubes franceses y no permitir la participación de la selección francesa en el Campeonato del Mundo para el que ya estaba clasificada. El presidente de la Liga francesa solicitó personalmente al presidente del Olimpic de Marsella la retirada de la demanda, porque esa acción judicial iniciada contra la UEFA “iba a conducir ineludiblemente a una situación dramática de la que nadie saldría librado”.

3.- Las posibles lecturas de los supuestos anteriores.

Los casos anteriores pueden ser interpretados desde dos perspectivas jurídicas abiertamente contradictorias que son las que pueden observarse en las distintas

(9) Ver el diario El País (Madrid), los días 7, 10 y 11 de setiembre de 1993.

(10) El artículo 48 del Reglamento de la FIFA exige la renuncia a cualquier recurso judicial, imponiendo la vía del arbitraje como único medio admitido para la resolución de las disputas deportivas.

(11) Ésta es la perspectiva que mostraba, en un artículo periodístico “El Derecho ante la FIFA”- publicado en las páginas de deportes del diario español “El Mundo” el 17 de setiembre de 1993, el profesor de la Universidad de Nancy II, G. SIMON, contestando a la actuación de las autoridades deportivas en el caso del Olímpic de Marsella.

51

a la ley del Estado que corresponda, según lo que determinen las normas de Derecho internacional privado. Las organizaciones deportivas tienden, sin embargo, en estos casos a establecer acuerdos o reglas que exigen a los Estados se les exonere de cualquier responsabilidad por daños ocasionados en un evento deportivo organizado bajos sus auspicios y sus siglas y del que se benefician económicamente (13).

B) Según otra perspectiva, las **normas** que organizan un deporte en una Federación internacional y en las federaciones regionales y estatales, junto con las **autoridades deportivas** que se encargan de legislar, ejecutar, interpretar y hacer cumplir esas normas, constituyen un **orden jurídico autónomo** un orden jurídico propio, similar al orden jurídico de un Estado (14). Se estaría entonces, ante **órdenes jurídicos sectoriales**, que rigen un sector de la vida social, un deporte, y quienes deseen practicarlo en competición deben acatar las reglas de cada Organización, y sus resoluciones internas referidas a las condiciones de ejercicio de la actividad. Los Estados aceptan tácita o expresamente el ámbito propio de competencia de ese Orden jurídico deportivo, porque le atribuyen, tácita y/o expresamente, la potestad de regular y normar la actividad deportiva, sin inmiscuirse generalmente (15). Por ejemplo, los participantes - jugadores o equipos - de cualquier competición deportiva no acuden a los tribunales estatales para contestar los acuerdos equivocados de un árbitro que con su arbitraje “les ha robado el partido”, o para recurrir una expulsión o una sanción en el campo de juego, y si acudiese, se encontraría con la inhibición de las autoridades judiciales. Y ello, porque de eso se ocupan (son competentes) las autoridades deportivas (v.g. los Comités de Disciplina Deportiva). Desde el punto de vista, la regla que prohíbe a los clubes y deportistas acudir a los tribunales ordinarios resulta lógica porque la actividad deportiva se rige por las normas deportivas y los conflictos deben resolverse por las autoridades y medios deportivos (incluido el arbitraje). La resolución judicial de una cuestión deportiva sería una intromisión de otro orden jurídico - el orden estatal - en un ámbito de actividad propio del orden deportivo y sólo regulado por él. Así, los casos de *doping* en el deporte se resuelven mediante una sanción deportiva, la expulsión, que es la máxima de un orden deportivo, y no mediante una sanción penal. Como se observa en los casos anteriores, el **orden deportivo busca imponerse**, hacer valer la **eficacia jurídica de sus normas** por medio de lo que es el último recurso del Derecho: la coacción. Las normas

(13) Tal es el caso del Comité Olímpico Internacional, que en el contrato que celebra con la ciudad designada como sede de los juegos Olímpicos y el Comité Olímpico Nacional correspondiente, se exonera “de todo pago por cualquier daño resultante de, o causado por, cualquier infracción del presente contrato, incluso si ésta es debida a fuerza mayor”-apartado 8 de la propuesta de contrato, acorde con el artículo 40 de la Carta Olímpica; ver PONS RAFOLS, F.-X., op. cit., p. 310-312 (nota 4) -

(14) “... las federaciones deportivas y, en particular, las internacionales, tenían la convicción de pertenecer a un ordenamiento jurídico autónomo, paralelo, y quizás superior a los ordenamientos jurídicos nacionales, y que dicha autonomía les dispensaba de respetar las normas imperativas y el derecho público de los distintos Estados de Derecho en los cuales organizan sus actividades”, DUPONT, J.-L., op., cit., p. 488. Ésta es en gran medida la tesis sustentada por F. RIGAUX “Les Situations Juridiques Individuelles ...”, op., cit., p. 64-68, 283-291 y 379 (nota 2)-. A. BORRAS en su texto citado en la nota 7 hace también una breve exposición de la posición de F. Rigaux, así como G. van HECKE, en su trabajo citado en la nota 12.

(15) NAFZIGER, J. A., R., op., cit., p. 133 (nota 12)

deportivas estaban vigentes, eran válidas y encontraban su eficacia por medio de la **amenaza de la sanción**, que precisamente caracterizaba el incumplimiento de toda norma jurídica. Y en lo que se refiere al primero de los supuestos, la UEFA no consideraba que los sucesos de la tragedia de Heysel fueran de su responsabilidad, pero en cualquier caso no admitía su sometimiento a la jurisdicción estatal, de modo similar a lo que sucede con la inmunidad de jurisdicción de los Estados (16). Como ha sido señalado, la inmunidad resulta uno de los caracteres de los que parece dotarse el movimiento deportivo al organizar las actividades relativas a su competencia (17). En determinados casos, además se produciría una suspensión de la aplicación de las normas estatales por motivos de interés deportivo (18), aunque en otros supuestos pueda constatarse, como se ha señalado por F. RIGAUX, una recepción o un reenvío en relación con las normas del Derecho estatal (19). La creación en 1983 por el COI del denominado "tribunal de arbitraje del deporte", concebido por Juan Antonio Samaranch y operativo desde el otoño de 1985, se ha hecho con la intención deliberada de reforzar el carácter autónomo de los ordenamientos deportivos (20). El COI obliga a someter a este tribunal todas las diferencias surgidas de los eventos y competiciones olímpicas (21), pero su alcance parece tener una pretensión mayor, la de dar cobijo a todos los "órdenes deportivos", de modo que la existencia de esta instancia neutralice la intervención de las jurisdicciones estatales.

III.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 15 DE DICIEMBRE DE 1995 EN EL CASO BOSMAN O LA QUIEBRA DE LA AUTONOMÍA Y DE LA EXCEPCIÓN (*de facto*) DEPORTIVA

1.- La libre circulación de trabajadores en el Derecho comunitario europeo y las normas sobre libre competencia (22).

Como se sabe, el Derecho comunitario europeo - el propio de las Comunidades Europeas y de la Unión europea - establece y regula las denominadas libertades de circulación económicas: la libre circulación de mercancías, de trabajadores, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales.

(16) Para una breve perspectiva actual sobre el problema de la inmunidad de jurisdicción y su conexión con el deporte véase HECKE, G., op. cit. (nota 12).

(17) AUNEAU, G., op. cit., p. 104-105

(18) Así sucede, de hecho, con las normas estatales sobre la entrada y salida de extranjeros en los acontecimientos olímpicos por exigencia del COI. Ver PONS RAFOLS, F.-X., op. cit., p. 308-309 (nota 4).

(19) RIGAUX, F., "Les Situations Individuelles", op. cit. p. 68 (nota 2).

(20) AUNEAU, G., op. cit., p. 104 (nota 4). BORRÁS, A., op. cit., p. 117 (nota 7) y PONS RAFOLS, F.-X., op. cit., p. 311-312 (nota 4). En estos textos hay referencias bibliográficas sobre el tribunal arbitral, la concepción de su reglamentación y su funcionamiento.

(21) PONS RAFOLS, F.-X., op. cit., p. 311-312 (nota 4).

(22) Para todo lo referido a la libre circulación de trabajadores, véase: VICENTE BLANCO, D.-J., "Libre Circulación de Trabajadores", vocablo del "Diccionario de Términos Comunitarios", Paloma Biglino (Coord.), McGraw-Hill/ Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, Madrid, 1997, pp. 232-243. En relación con las normas sobre libre competencia comunitaria de los artículos 85 y 86 TCE pueden consultarse

Las libertades de circulación constituyeron los **fundamentos de la Comunidad** en las fases anteriores al Tratado de Maastricht o tratado de Unión Europea (que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993), es decir, desde 1957, fecha del Tratado constitutivo de la CEE, hasta 1993. Sin haber disminuido su importancia, han pasado a considerarse como **políticas** de la Comunidad, manteniendo su vigor jurídico y prosiguiendo su desarrollo y realización con objeto de eliminar todas las trabas y obstáculos a su cumplimiento. En el caso particular de la **libre circulación de trabajadores**, regulada en los artículos 48 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea, la libertad de circulación supone que no se pueden poner obstáculos a los trabajadores nacionales de los Estados miembros de la Unión europea en su derecho a desplazarse a otro Estado miembro distinto del que son nacionales a los efectos de ejercer una actividad económica asalariada. En su ejercicio esto supone para el trabajador el derecho de entrada, estancia y permanencia en el territorio del Estado donde va a realizarse la actividad, pero también que en el Estado de acogida los nacionales de los otros Estados se benefician del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, es decir, que deben recibir un tratamiento igual que el que se da a los nacionales de ese Estado, en cuanto a condiciones de acceso al empleo, salario, condiciones de trabajo, jubilación y otros derechos y beneficios sociales - como las becas de estudios para sus hijos o las ayudas a la compra de viviendas -, derechos sindicales, derechos de seguridad social y asistencia, etc...

Como complemento a las libertades de circulación económicas, el Derecho de la libre competencia pretende asegurar el buen funcionamiento del Mercado Interior comunitario, evitando que los operadores económicos lo perturben en su beneficio o se prevalgan de una posición dominante. Con este fin, los artículos 85 y 86 del tratado CE prohíben los pactos entre agentes económicos que persigan o signifiquen la alteración de la libre competencia en el mercado común, así como la utilización de una posición dominante en el mercado para llevar a cabo un obstáculo a la libre competencia.

2.- El caso Bosman y la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de diciembre de 1995 (23).

El Sr. Bosman era un jugador de fútbol profesional, de nacionalidad belga, que jugaba en el Real Club de Lieja, de la primera división de Bélgica y estaba contratado por él desde 1988 con un contrato que finalizaba el 30 de junio de 1990, de acuerdo con el que cobraba una cantidad económica mensual que ascendía a 120.000 francos belgas (unos 3.200 dólares). Pocos meses antes de finalizar su contrato, y en aplicación de las

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.-L., "Derecho Mercantil Internacional", segunda edición, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 328 y ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (ed.); "Derecho del Comercio Internacional", Madrid, Eurolex, 1996, pp. 148 y ss.; y VIRGÓS SORIANO, M., "El Nuevo Derecho Español de la Competencia Desleal", Madrid, Civitas, 1993.

- (23) En relación con la sentencia "Bosman" (asunto C-415/93, sentencia de 15.12.1993), pueden consultarse: ADRIÁN ARNAIZ, A. J., "Entre el Pasado y el Futuro de la Libre Circulación de Personas: la Sentencia Bosman del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en "Revista de Estudios Europeos", nº 16, Mayo-Agosto, 1997 (en prensa); AUNEAU, G., op., cit., (nota 3) y DÍEZ HOCHLEITNER, "La Contribución de la Sentencia Bosman a la Libre Circulación de Trabajadores. ¿Y al Deporte?", en "Gaceta Jurídica de la Unión Europea", 1996, pp. 247 y ss.; DUPONT, J.-L., op., cit., (nota 8).

normas deportivas, el Real Club de Lieja le ofrece un nuevo contrato, en el que reduce el monto de salario a una cuarta parte, a 30.000 francos belgas (unos 800 dólares). El Sr. Bosman lo rechaza, por lo que pasa a lo que se llama una lista de jugadores transferibles (24). Las normas de la FIFA y de la UEFA contemplaban, para la transferencia de un jugador de un club a otro, aunque hubiera finalizado su contrato, la obligación del pago de una compensación económica por el club de acogida al club de origen, por los gastos que a este último le ocasionó el jugador en su formación (25).

Cuando el jugador, al finalizar su contrato - como le pasó al Sr. Bosman -, no llegaba a un acuerdo con su club, se abría un periodo de tiempo en el que el club que quisiera contratarlo debía pagar la indemnización con un monto que se calculaba de acuerdo a una fórmula que aplicaba un coeficiente a los ingresos anuales brutos del jugador. Es decir, en este primer período la indemnización era una cantidad rígida no negociable. Si ningún club estaba interesado por el jugador pagando esa cantidad, se abría otro período en el que el monto del pase se podía negociar por acuerdo entre el propio jugador, el club con el que había estado contratado y el club con interés por sus servicios. Y si en este último período ningún club estaba interesado o no se llegaba a ningún acuerdo, el jugador permanecía en su club de origen por un año, cobrando la cantidad que le había ofrecido su club antes de la finalización del contrato.

El Sr. Bosman no fue requerido por ningún club en el primer período de transferencia con la indemnización rígida calculada con la fórmula, pero en el segundo período - de negociación libre del monto de la compensación -, consiguió un contrato con un club francés de segunda división - el Duquerque - que acordó con el real Club de Lieja el pago de la indemnización por una cantidad que representaba el diez por ciento de la cifra rígida fijada según la fórmula. Para que se hiciera efectiva la transferencia, el Real Club de Lieja - club de origen - debía solicitar a la Federación Belga de Fútbol que transmitiera a la Federación Francesa de Fútbol el certificado de transferencia al nuevo club francés, pero no lo hizo porque dudaba de la solvencia de ese club. El Sr. Bosman interpuso, el 8 de agosto de 1990, una demanda contra el Real Club de Lieja ante el *Tribunal de premiere instance* de Lieja: y por decisión judicial sobre medidas provisionales pasó a cobrar los 30.000 francos belgas mensuales del Real Club de Lieja que le había ofrecido inicialmente, al tiempo que el juez advertía al club para que no obstaculizara la contratación del jugador por otros clubes con la reclamación de ninguna compensación.

Todo esto suponía vulnerar abiertamente los estatutos de la FIFA y de la UEFA, porque el Sr. Bosman acudía a los tribunales ordinarios de un Estado para resolver una cuestión deportiva, cuando sólo debían conocerlas autoridades deportivas, o en su caso un tribunal arbitral. El Sr. Bosman sufrió entonces un boicót por parte de los clubes que

(24) Aquí hay que diferenciar y precisar algunos conceptos. La "afiliación" es la relación del jugador con una federación deportiva. La "ficha", que vincula al deportista con un club. La "habilitación", que es la condición necesaria para que el jugador participe en competiciones oficiales. La "alineación", que permite al jugador participar en un encuentro concreto. Y por último, la "transferencia", que es el cambio de ficha de un club a otro.

(25) Es lo que en la jerga deportiva latinoamericana, según mis informaciones, se conoce como el *pase*.

podían contratarle, y amplió sucesivamente su demanda contra la Federación Belga de Fútbol y contra la Federación Europea de Fútbol, solicitando que se declarasen no aplicables las **normas sobre transferencias** que condicionaban su traspaso al pago de la indemnización al club de origen, así como las **cláusulas de nacionalidad** que restringían el número de no nacionales que cada club podía alinear por partido (cuotas de extranjeros) tanto en competiciones nacionales como europeas, ya que **ambos tipos de normas suponían una vulneración del Derecho comunitario**.

La invocación del Derecho comunitario ante el *Tribunal de premiere instance* de Lieja, conllevó, con la llegada de la instancia al *Tribunal d'Appel* de Lieja, después de distintos pormenores, que se suspendieran las actuaciones y se presentara por este órgano jurisdiccional una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE), quien debía pronunciarse sobre la **compatibilidad de las normas deportivas (transferencias y cuotas de extranjeros) con el Derecho comunitario**. Y ello significaba también que el litigio no quedaba exclusivamente en el ámbito de un Estado, sino que se extendía su alcance - desde el punto de vista jurídico - a las Comunidades Europeas, y por ende a los entonces doce Estados miembros. En este caso al resultar implicados todos los Estados comunitarios - y como finalmente ha demostrado la realidad - difícilmente la UEFA podía poner en marcha los medios de coacción habituales de su "ordenamiento deportivo" que había utilizado con anterioridad. Es decir, no podía anunciar que excluiría de las competiciones europeas a los Equipos de los Estados miembros de la Unión Europea, ya que, al expulsarlos, se quedaría sin el espectáculo. Sus medios (jurídicos?) de coacción por exclusión resultaban (resultan) eficaces frente a un Estado aislado (26), pero carecen de idéntica fuerza frente a la Unión Europea en su conjunto, pese al exceso de cautela y los temores que como veremos la Comisión Europea había demostrado históricamente con los medios deportivos, y en particular con la UEFA, a la hora de obligar al cumplimiento de las normas del Derecho comunitario.

Las normas del derecho comunitario invocadas por J. M. Bosman contra las normas deportivas sobre transferencias y sobre cuotas de extranjeros fueron las relativas a la **libre circulación de trabajadores (artículo 48 TCEE)**, pero también al Derecho de libre competencia (artículos 85 y 86 TCEE). El Sr. Bosman sostuvo, en primer lugar, en lo que hacía referencia a la **libre circulación de trabajadores**, que aunque no conlleven una discriminación por razón de nacionalidad, son contrarias al artículo 48 TCEE, ya que constituyen un **obstáculo** que limita el libre movimiento de los trabajadores comunitarios sin que exista una justificación de interés mayor (27). En el Derecho comunitario, este planteamiento tenía un significado preciso: trasladar al ámbito de la libre circulación de trabajadores la doctrina elaborada por el TJCE en materia de libre circulación de mercancías en relación con las disposiciones o normas indistintamente

(26) "Es necesario reconocer que la transnacionalización de los sistemas deportivos paraliza la acción que cada Estado podría sólo intentar en su orden interno", RIGAUX. "Les Situations Individuelles", op. cit., p. 286 (nota 2)

(27) DUPONT, J.-L., op. cit., p. 498 (nota 8).

aplicables (no discriminatorias) pero susceptibles de obstaculizar la libertad de circulación y por ello contrarias al Derecho comunitario (28).

De igual modo, para el Sr. Bosman, la **cláusulas de nacionalidad** constituían un obstáculo a la libre circulación de trabajadores ya que suponía una discriminación por razón de nacionalidad que conlleva una limitación de las posibilidades de empleo.

El Sr. Bosman invocó también las **normas relativas al Derecho de libre competencia (artículo 85 y 86 TCEE)**, al entender que los reglamentos de las federaciones constituían, tanto en lo relativo a las transferencias como a las cuotas de extranjeros, acuerdos entre empresas que perseguían regular el mercado de trabajo y restringir la libre competencia, limitando el sueldo de los jugadores y la libertad de los clubes para contratar mejores jugadores (29), o también un abuso de posición dominante de las federaciones supranacionales.

Ya con anterioridad el **TJCE se había enfrentado en sentencias anteriores a la cuestión de la compatibilidad de las normas deportivas sobre cláusulas de nacionalidad con la libre circulación de trabajadores**, particularmente en dos conocidas sentencias de los años setenta, la sentencia de 12.12.1974, en el asunto 36/74, *Walrave* y la sentencia de 14.07.1976, en el asunto 36/74, *Doná*. El caso *Walrave* se suscitó por la reglamentación de la Unión Ciclista Internacional, que impuso a partir de 1973 que en los campeonatos mundiales de carreras ciclistas tras motos (donde el ciclista está acompañado de un entrenador que conduce la moto a la que sigue el ciclista) el entrenador y el ciclista fueran de la misma nacionalidad. Dos entrenadores contestaron la compatibilidad de la normativa con los artículos 7, 48 y 59 del Tratado CEE (principio de no discriminación por razón de nacionalidad, libre circulación de trabajadores y libre prestación de servicios). El Tribunal de Luxemburgo entiende en el fallo que la norma de no discriminación se extiende por igual a las prestaciones de trabajo y de servicios en la actividad deportiva, en la medida en que ésta constituya una actividad económica, y que se aplica no sólo a las disposiciones emanadas de una autoridad pública, sino también de las autoridades privadas (eficacia horizontal del Derecho comunitario)(30), pero que, en el caso del deporte, no afecta a la composición de los equipos nacionales, ya que esta cuestión se refiere únicamente a lo deportivo y es ajena a la actividad económica. El caso *Doná* hacía referencia a las cláusulas de nacionalidad que en 1976 prohibían fichar a jugadores extranjeros en equipos italianos de fútbol, según el Reglamento de la

(28) Para las normas indistintamente aplicables en la libre circulación de mercancías véase: A. MATTERA, "El Mercado Único Europeo. Sus Reglas, su Funcionamiento", Civitas, Madrid, 1991, pp. 259 y ss. (en particular pp. 269 y 270); Ídem, "L'Article 30 du Traité CEE, la Jurisprudence Casis de Dijon et le Principe de la Reconnaissance Mutuelle", *Revue du Marche Unique Europeen*, nº 4, 1992. En cuanto a las tentativas de trasvase de esta jurisprudencia a la libre circulación de personas, ver ADRIÁN ARNÁIZ, A. J., "Nuevas Perspectivas Legales en el Derecho de Establecimiento de Abogados en la Comunidad Europea", en "Noticias de la Unión Europea", año XII, Nº 143, diciembre, 1996; Ídem, "Entre el Pasado y el Futuro de la Libre Circulación...", op., cit., (nota 23); y VICENTE BLANCO, D.-J., "La Libre Circulación de Personas en la Experiencia de la Unión Europea: Ámbito de Aplicación y Derecho Aplicable", en "V Encuentro de Especialistas en el Mercosur" (en prensa).

(29) DUPONT, J.-L., op., cit., p. 498 (nota 8).

(30) Sobre la eficacia horizontal del Derecho comunitario puede verse ADRIÁN ARNÁIZ, A. J., "Aplicación Directa", vocablo del "Diccionario de Términos Comunitarios", Paloma Biglino (Coord.), op., cit., pp. 1-5 (nota 22).

resuelve, sin embargo, lo relativo a los artículos 85 y 86 TCEE, ya que al aceptar la vulneración del artículo 48, el primero invocado, se hace innecesaria cualquier otra consideración posterior.

Al margen de lo que este fallo supone en el Derecho Comunitario europeo -al admitir el Tribunal de Luxemburgo la tesis del “obstáculo” contrario a la libertad de circulación, aunque se trate de una medida indistintamente aplicable-, cuestión que no es directamente el objeto de nuestro estudio y para cuyo examen puede acudir a las referencias bibliográficas anejas (36), **lo que resulta relevante en nuestro interés es que el Tribunal de Justicia rechaza en el punto 73 de la sentencia la tesis de la autonomía del movimiento deportivo** -a la que alude expresamente en el punto 71 como argumento de la UEFA para evitar la aplicación del Derecho comunitario-. El Tribunal reitera, haciendo mención de las sentencias *Walrave y Doná*, que la práctica del deporte sólo se regula por el Derecho comunitario en la medida en que ésta constituye una actividad económica. tal y como sucede en el caso de los jugadores de fútbol profesionales. Pero tal restricción del ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias debe limitarse a su propio objeto, “no puede ser invocada para excluir toda una actividad deportiva del ámbito de aplicación del Tratado” (37).

La aplicación de la sentencia en el terreno deportivo se ha ido llevando a cabo paulatinamente, de modo desigual (38), de manera que algunas federaciones nacionales de fútbol retrasaron su aplicación a la temporada 96/97 y sólo la Liga de Fútbol Profesional de Inglaterra eliminó las restricciones por nacionalidad en la temporada 95/96. También la forma de aplicación ha sido diferenciada, ya que la UEFA en sus competiciones así como un país (Holanda) han eliminado totalmente las cláusulas de nacionalidad, o en relación con todos los jugadores europeos, ya fueran comunitarios o no (Alemania); otros Estados han cumplido la sentencia en sentido estricto asimilando a los jugadores comunitarios con los nacionales y manteniendo la cláusula (Francia, Inglaterra e Italia); y España, por ejemplo ha mantenido una cláusula menos restrictiva (6 extranjeros no comunitarios por club). Sólo Portugal mantuvo la restricción para los jugadores comunitarios incumpliendo la sentencia. Pero el efecto de la misma no se ha quedado exclusivamente en el ámbito futbolístico y otros deportes -como el hockey sobre hielo en Inglaterra- han eliminado también las cláusulas de nacionalidad para acatarla, ya que su alcance se extiende a cualquier deporte cuya práctica se realice como actividad económica.

Resultó más difícil el cumplimiento de la sentencia en lo relativo a la eliminación de las reglas sobre indemnizaciones en las transferencias, que no habían sido plenamente eliminadas en febrero de 1996 salvo por la Federación Neerlandesa de Fútbol. La UEFA por su parte hizo público un comunicado el 17 de enero de ese año en el que se refería a la voluntad de la FIFA de declarar inválido cualquier transpaso que no llevara a cabo el

(36) Ver las referencias bibliográficas de las notas 23 y 28

(37) Punto 76 de la sentencia.

(38) Los datos referidos han sido tomados de AUNEAU, G., op., cit., pp. 118 y 119 (nota 3); DíEZ-HOCHLEITNER, op., cit., pp. 280-283 y 291 y ss. (23); y DUPONT, J.-L., op., cit., 502-503 (nota 8).

pago de los derechos económicos considerados legítimos según su criterio.

El cumplimiento de la sentencia *Bosman*, al parecer, sólo se hizo efectivo cuando la Comisión de las Comunidades Europeas utilizó el artículo 85 del Tratado de la CE (libre competencia), sobre el que el TJCE no se había podido pronunciar en la sentencia, como instrumento jurídico que le permitía advertir a la UEFA y a las federaciones nacionales con altas sanciones pecuniarias, del mismo modo que a cualquier empresa u operador económico que perturba la libre competencia comunitaria (39). Después de su cautela histórica con la UEFA, parece que la Comisión decidió actuar con firmeza amparada en la sentencia *Bosman* y en la lógica alarma social que hubiera causado en Europa su incumplimiento, dado el alcance informativo que suscitó su contenido.

La intervención del Tribunal resultó decisiva para que el Derecho comunitario se pudiese aplicar en el ámbito del deporte, pese a la actitud de la Comisión, a quién el Parlamento Europeo había reclamado la vía de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE ya en una resolución de 11 de abril de 1989 (40). Pero la existencia en el Orden comunitario europeo de una distribución de poderes, en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es un poder independiente, cuya función es la de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación de los Tratados fundacionales y de las normas del Derecho derivado (41), ha permitido hacer valer el Derecho comunitario pese al afán de las autoridades deportivas y de un poder real en el plano europeo como la UEFA. Bien es cierto que para ello el Sr. Bosman hubo de jugarse su carrera profesional, que abandonó definitivamente a causa del boicot.

La tesis del Derecho deportivo como Derecho autónomo se ha visto inevitablemente afectada por la sentencia del TJCE en el caso *Bosman*, y si bien no cabe decir que se ponga totalmente en entredicho, sí exige una matización en su formulación.

IV - CONCLUSIÓN: ¿EL CONTROL MARGINAL DE LOS ÓRDENES ESTATALES SOBRE LOS ÓRDENES DEPORTIVOS?

1- El caso de Harry Butch Reynolds contra la Federación Internacional de Atletismo (42).

En 1990, el atleta Harry Butch Reynolds, estadounidense de veintiocho años, plusmarquista en los 400 metros, dio positivo en el control antidopaje de la reunión de Montecarlo. Había consumido, según el análisis de orina, un esteroide anabolizante. La Federación Internacional de Atletismo (IAAF) le suspendió por dos temporadas privándolo de acudir a los Juegos Olímpicos de Barcelona. Defendiendo su inocencia desde el primer momento, Reynolds apeló a la justicia ordinaria estadounidense y a

(39) DIEZ-HOCHLEITNER, op. cit., pp. 288-289 (nota 23); y DUPONT, J.-L., op. cit., 502-503 (nota 8)

(40) RIGAUX, F., "Les Situations Individuelles", op. cit., p. 284-287 (nota 2).

(41) Sobre la distribución de poderes en la Comunidad Europea, véase, Antonio Calonge Velázquez, "Distribución de Poderes en la Comunidad Europea", vocablo del "Diccionario de Términos Comunitarios", Paloma Biglino (Coord.), op. cit., pp. 164-169 (nota 22)

(42) Ver diario El País (Madrid), 5 de octubre de 1992 y 2 de noviembre de 1994. Una exposición más detallada del caso puede encontrarse en NAFZIGER, J. A. R., op. cit., p. 134-140 (nota 12), donde aparecen otros casos de interés en la materia

finales de 1992, un magistrado de Ohio falló a su favor, condenando a la IAAF al pago de 27,3 millones de dólares de indemnización, al entender que la Federación internacional de Atletismo habría faltado a la verdad, actuando con malicia en perjuicio de Reynolds para mantener la credibilidad de sus controles antidopaje. La IAAF, establecida en Londres en el momento del litigio, no admitía la competencia de la jurisdicción estadounidense y recurrió ante el Tribunal de Apelación de Cincinnati, que declaró su incompetencia y la del juez de Ohio en la materia. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tras recurrir Reynolds la sentencia del Tribunal de Cincinnati, confirmó el fallo al estimar que los jueces y tribunales de los Estados Unidos no eran competentes en una materia de estricto alcance deportivo. El fallo del Tribunal supremo tenía la evidente lectura de que hacía suya la tesis de la autonomía jurídica de los órdenes deportivos, sustrayendo a la ley y al jurisdicción estatal el conocimiento de los litigios deportivos.

2- La teoría del control marginal.

Después de haber visto tres supuestos conflictivos como son el asunto sobre la responsabilidad extracontractual de la UEFA en la tragedia del Estadio Heysel, el caso del Olímpic de Marsella y muy en particular el caso de Bosman, el caso Reynolds nos permite retornar a la tesis de la autonomía del Derecho deportivo de modo no traumático, pero ya con la perspectiva que aporta la sentencia Bosman de que el Derecho de los Estados (en el caso particular el Derecho comunitario, que es un Derecho de un espacio de integración) se haya impuesto pese a la oposición del orden deportivo, de modo que sus instrumentos coactivos hayan resultado eficaces frente a los medios de coerción de la organización del deporte.

Las enseñanzas del caso Reynolds, residen en mostrar que efectivamente los Estados aceptan un ámbito propio de actuación al Derecho y a las autoridades deportivas, por lo que tampoco el puro abandono de la tesis del orden jurídico deportivo parece apropiada, ya que la existencia de muchos de los elementos de un orden jurídico no puede dejarse de constatar.

En un ensayo en homenaje al propio F. RIGAUX, en el libro “Nouveaux Itinéraires en Droit, Hommage à François Rigaux” (43), el profesor emérito de la Universidad Católica de Lovaina, Georges van HECKE sostiene que entre la abstención del control y el control completo hay una vía intermedia susceptible de ser rescatada a propósito de la relación del Derecho estatal: el control marginal que se aplica a los órdenes profesionales. Sostiene también que para que el orden jurídico estatal considere “relevante” algo que sucede en el orden deportivo, será necesario que se halle implicado un interés no despreciable. Para HECKE, los órdenes estatales consideran a los órdenes deportivos como órdenes subordinados y mediante el control marginal únicamente verifican que la decisión cuestionada no supone un atentado manifiesto contra la buena fe ni tampoco sobrepasa de modo manifiesto los límites de un ejercicio razonable del

(43) HECKA, G., op., cit., (nota 12)

poder en virtud del que se adoptó la decisión. La teoría del control marginal podría, en todo caso, conducirse por dos vertientes antagónicas. Una primera vertiente, que es por la que parece decantarse HECKE, que plantea al ámbito de actuación del ordenamiento deportivo como expresión de la de la autonomía de la voluntad dentro del ordenamiento estatal, y la intervención de control de éste último como manifestación de la imperatividad de las normas no dispositivas del Derecho declarado aplicable. Pero esta teoría tiene un flanco vulnerable: la constatación de que los órdenes deportivos-a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos de lo que es la vida privada a la luz de los ordenamientos estatales-son susceptibles de utilizar medios de coacción que consiguen neutralizar la acción normativa de los Estados y el monopolio de la fuerza que éstos se atribuyen. Por lo cuál, se abre una segunda vertiente, de acuerdo con la que el "control marginal" sería expresión del orden público del ordenamiento estatal bien como norma de aplicación inmediata o como excepción de orden público típicas del Derecho internacional privado (44).

(44) Ver para ambos tipos de técnicas: MARQUES DOS SANTOS, "As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado (Esboço de uma Teoria Geral) " Coimbra, Almedina, 1991; y MOSCONI F., "Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules", "Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye", 1989-V, t. 217, 1990 pp. 9-214.