

APORTES FILOSOFICO-POLITICOS PARA LA COMPRENSION DEL MERCOSUR Y DE SU INFLUENCIA EN LAS ESTRUCTURAS SOCIALES (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I) El Mercosur en general

a) Características de la región

1. La comprensión del Mercosur ha de partir de **datos geográficos**, en los que se destaca la **continuidad** del territorio, surcado por importantes ríos navegables con cuencas que se encuentran entre las más extensas del mundo, y en general formado por planicies que en muchos casos favorecen la comunicación. Los climas son muy diversos, pero las extensiones que permiten la fácil ocupación humana son muy vastas.

La **superficie** americana de la Argentina es de 2.791.810 km². (a la que corresponde añadir 1.268.195 km² de la porción antártica y 4.150 km² de las islas intercontinentales Georgias y Sandwich del Sur); la extensión del Brasil es de 8.511.965 km²; la superficie del Paraguay es 406.752 km² y la extensión del Uruguay es 186.926 km². Esta duplicación de las dimensiones de los otros países por el Brasil se reproduce en la **población**, en cuyos datos encontramos que Argentina posee 32.608.867 habitantes,

(*) Notas de una disertación del autor en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales del Centro Educativo Latinoamericano.

En relación con el tema en general pueden v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Notas sobre el Mercosur y el realismo genético», en «Investigación y Docencia», Nº 18, págs. 163 y ss.; «Aportes filosóficos para la elaboración de normas del Mercosur», en «Investigación ...» cit., Nº 22, págs. 9 y ss.; «Importancia de la Filosofía para la integración jurídica y política del Mercosur», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», Nº 21, págs. 43 y ss.; «Notas acerca del desarrollo de las relaciones Unión Europea - América Latina, con especial referencia al Mercosur», en «Derecho de la Integración», Nº 5, págs. 7 y ss.; «El Mercosur, un desafío de la historia», en «Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario», año XL, Nº 1461, págs. 36 y ss.; «Reflexiones sobre el proceso de ampliación del Mercosur», en «Investigación ...» cit., Nº 27, págs. 87 y ss.; «El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur», en «Derecho ...» cit., Nº 4, págs. 113 y ss.; «Introducción al Derecho del Mercosur», en «Derecho ...» cit., Nº 4, págs. 133 y ss.; «Técnicas de integración», en «Investigación ...» cit., Nº 18, págs. 101 y ss. Asimismo v. AS. VS., «Del Mercosur», Bs. As., Ciudad Argentina, 1996; «Desafíos del Mercosur», Bs. As., Ciudad Argentina, 1997; «La Filosofía del Derecho en el Mercosur», Bs. As., Ciudad Argentina, 1997.

En cuanto al horizonte filosófico político v. por ej. nuestro estudio «Derecho y política». Bs. As., Depalma, 1976.

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

Brasil 153.300.000, Paraguay 4.613.000 y Uruguay 3.149.000. La población es mayoritariamente blanca de origen europeo occidental, en especial en la Argentina y el Uruguay.

La zona del Mercosur se encuentra principalmente en el **hemisferio Sur** y distante de los grandes centros del poder mundial.

2. La homogeneidad **cultural** mercosureña se manifiesta en un considerable nivel de parentesco **lingüístico ibérico** y en una gran base **religiosa** común. Las expresiones **artísticas** de la región, también con relevantes bases compartidas, son significativas.

Los desniveles **educativos** son grandes y aunque se destacan los logros alcanzados por Argentina y Uruguay y en particular la gigantesca obra alfabetizadora realizada en nuestro país, en general -sin desconocer diversidades relevantes- la región no ha podido asimilar a la Universidad como una realización propia. No tener integrada a la Universidad en el panorama general de la cultura es un elemento negativo para que la región se haga protagonista de su propia vida y genera despliegues de dependencia. En algunos ámbitos se registran importantes niveles de desarrollo **científico y técnico**, aunque tampoco la ciencia y la tecnología son realidades cabalmente integradas.

Pese a grandes desigualdades en cuanto a los medios para la preservación de la **salud**, entre quienes están a la altura de los grandes centros de atención mundiales y sectores que mueren por carencias muy elementales, la zona no presenta en esta perspectiva problemas particularmente amenazantes.

3. 1. Al atender a la **historia** de la región cabe tener en cuenta como dato básico que la población indígena **precolombina** abarcó grandes unidades que superan las fronteras actuales, principalmente signadas por la familia lingüística y cultural **tupí-guaraní**, que abarcaba desde la zona comprendida entre los ríos Paraná y Paraguay (con presencia, según se afirma, desde el río Carcarañá) hasta el Amazonas, por una parte, y los contrafuertes andinos por otra. También vale destacar la presencia de derivaciones incaicas.

3. 2. La penetración europea, destacadamente **española y portuguesa**, se produjo por diversas corrientes: atlántica (directa o por senda fluvial), desde el Norte peruano, y desde el Oeste chileno. Gran parte de la Argentina, Paraguay y Uruguay fue ocupada por la corriente que ingresó por el río de la Plata. Luego la región recibió, de maneras indirecta o directa, en el primer caso primero a través de las metrópolis española y portuguesa, influencias **francesas e inglesas**. Importa señalar el ingreso de la dinastía francesa de Borbón en España y el predominio que tuvo en Portugal el poder inglés.

Como suele ocurrir en los países dependientes, los del Mercosur evidencian la existencia de dos **culturas superpuestas**. Una es -con diversos matices hispanos o

lusitanos- la más «autóctona» cultura **ibérica tradicional** (a menudo con un aporte itálico meridional) y otra es la cultura «**anglofrancesada**», de la cual ahora se desprenden, de cierto modo, las proyecciones «**norteamericanas**» (1).

La cultura ibérica tradicional es más paternalista y comunitarista y en su inconsciente colectivo están las raíces católicas premodernas. Un referente básico podría ser Felipe II. La cultura anglofrancesada es más individualista y en su inconsciente colectivo suelen advertirse ciertas no declaradas proyecciones calvinistas. Un referente básico podría ser Carlos III.

Las luchas originadas por la expulsión de los jesuitas ordenada por Carlos III son una de las primeras «guerras civiles» que han afectado a la región. Tampoco es posible comprender la realidad del pasado del Mercosur sin atender a las hondas dimensiones históricas y culturales de la Guerra de la Triple Alianza o desconociendo cómo al fin se han superado muchos de los resentimientos al respecto.

Luego de la relativa decadencia de la influencia inglesa y francesa, que durante mucho tiempo fue predominante, el ámbito mercosureño está desde hace varias décadas en la zona de hegemonía directa de la principal potencia mundial, los Estados Unidos de América, aunque en la actualidad parece recuperarse la influencia europea a través del relevante proceso de integración producido en el Viejo Continente.

3. 3. El área del Mercosur pertenece al ámbito general de **Occidente** pero, como suele ocurrir con toda Iberoamérica, se trata en mucho de una occidentalidad relativamente **anacrónica**, referida a una realidad que ya pasó.

En general la región ha sido una zona de **recepción** de modelos europeos o norteamericanos, a veces de manera directa y otras indirecta, como en el caso de la importante recepción paraguaya a través de la Argentina y el Brasil (2).

4. 1. Con miras a la comprensión **económica** de la región vale atender a la producción, la distribución y el consumo en el ámbito mercosureño. Respecto a la producción corresponde destacar la gran disponibilidad de recursos **naturales**, pero en cambio la capacidad de **trabajo** es dispar y a menudo posee insuficiente vocación transformadora y los **capitales** suelen ser escasos, requiriéndose decisivos aportes extranjeros. La vocación **empresaria** local es desigual y tampoco parece ser suficiente.

La **distribución** de la riqueza y la capacidad de **consumo** son muy desiguales y todavía los **medios de comunicación** suelen ser insuficientes respondiendo incluso a modelos de dependencia externa y de enfrentamientos locales. Basta recordar, por ejemplo, las estrategias militares que tendieron a aislar a la Mesopotamia para evitar la eventual penetración de tropas brasileñas.

- 1) Es posible v. nuestro libro «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.
- 2) Pueden c. nuestros artículos «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en «Revista de Dereito Civil», 8, págs. 73 y ss.; «Originalidad y recepción en el Derecho», en «Boletín ...» cit. N° 9, págs. 33 y ss., también nuestro libro «Lineamientos filosóficos del Derecho Universal», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

4. 2. Pese a ciertas zonas de desarrollo industrial, en general se trata de economías **agrícolas**. Coexisten en la región estructuras de tipo **feudal** con otras **capitalistas**, aunque urge reconocer que con frecuencia es un capitalismo «importado». Muchos de los caracteres de la zona están signados por las tensiones entre el sentido **precapitalista** que predomina en el sector ibérico tradicional y el relativamente **capitalista** del sector anglofrancesado. En algunas áreas el ámbito mercosureño posee empuje económico importante, pero a menudo el impulso al respecto suele ser muy limitado.

4. 3. Los polos de desarrollo más significativos están centrados en torno a **San Pablo** y a **Buenos Aires**. El «eje» de desenvolvimiento actual del Mercosur puede trazarse entre estas dos ciudades, aunque el proceso integrador abre otras posibilidades, en particular porque por primera vez las economías pueden superar la absorbente proyección atlántica.

Para una ciudad como **Rosario**, la integración mercosureña significa oportunidades antes inimaginadas y obras como el puente Rosario-Victoria y la autopista Córdoba-Rosario e incluso el permanente dragado del Paraná adquieren gran importancia.

4. 4. El Mercosur es -sobre todo por extensión, por población y por potencial económico- mucho más **asimétrico** que la Unión Europea; su desequilibrio es tal vez comparable al del NAFTA.

5. No sería totalmente comprensible la realidad básica del Mercosur sin atender a que, en mucho también por diversos factores externos, la región ha afianzado ciertas realizaciones **democráticas** que afortunadamente parecen en varios casos irreversibles.

b) Los retos de la globalización y de la marginalidad y las posibilidades de la integración

6. 1. En la actualidad la región del Mercosur se encuentra ante los desafíos que significan, por una parte, la **globalización** impuesta por la economía capitalista y las posibilidades técnicas de proyección mundial y la consiguiente **marginalidad** de quienes no pertenecen al sistema dominante (3) y, por otra, los procesos de **integración**, que a veces se hacen para reencauzar la globalización y en otros casos para insertarse en ella.

Al hilo de la globalización y de la marginalidad se debilitan los sentidos de lugar y de personas. Las cosas, que fueron decisivo soporte del capitalismo y de alguna manera sitúan por su materialidad, pierden significación ante los **bienes inmateriales**, que a veces circulan en un mundo cada vez más virtual. En correlato con la pérdida de los

(3)Pueden v. por ej. nuestros estudios «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación ...» cit., Nº 27, págs. 9 y ss. y «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., Nº 25, págs. 25 y ss.
Es posible c., v. gr., una fuerte crítica de la globalización en CHOMSKY, Noam - DIETRICH, Heinz, «La aldea global», Txalaparta, Tafalla, 1997. En relación con el tema v. además por ej. ORSI, Vittorio, «Las Claves de Davos 97», 8vas. Jornadas Bancarias de la República Argentina; SMART, Barry, «Sociology, Globalisation and Postmodernity», en «Int. Soc.», 9 (2), págs. 149 y ss.

sentidos de lugar se debilitan los sentidos personales, al punto que sujetos cada día más débiles tienen a menudo menos proyecciones individuales y sociales (4).

Mucho es lo valioso que se debe al capitalismo y a su proyección mundial y también mucho lo que puede seguir aportando, pero la globalización acarrea también pérdidas importantes que conviene evitar y uno de los cauces puede ser la integración.

6. 2. La **integración** es la manera en la cual a través de la economía se producen en nuestros días los acercamientos entre pueblos que, sujetos a la globalización y a la marginalidad, perderían su identidad. En este sentido, el exitoso **paradigma de la Unión Europea** merece ser tenido particularmente en cuenta. De manera decisiva, los países de la Unión tienen el peso que hoy poseen porque forman parte de la nueva «comunidad».

II) El Mercosur como fenómeno del mundo jurídico y el mundo político

1) El Mercosur como fenómeno del mundo jurídico y el mundo político en general

a) Dimensión sociológica

7. 1. La integración ha de contar siempre con un conjunto favorable de **distribuciones** de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y de **repartos** originados por la conducción de seres humanos determinables. Las distribuciones producidas en nuestra región parecen brindar, sobre todo en este momento, un importante espacio favorable a la conducción integradora.

7. 2. Para comprender el Mercosur hay que tener en cuenta quiénes serán sus **repartidores** (conductores) y sus **recipientes**, cuáles serán los **objetos** repartidos (potencias e impotencias), en qué **formas** se adoptarán las decisiones, cuáles serán los **móviles**, las **razones alegadas** y las **razones** que en su caso atribuya la sociedad si considera que los repartos son justos (5).

(4) La sociedad de consumo «produce» a sus propios consumidores, para los cuales es notoriamente insuficiente la habitual «protección del consumidor». Con ésta se resguarda que no haya abuso en el consumo, pero no se llega a poner freno a la dominación en la **«producción»** de la voluntad de consumir. Es también significativo que -con alcance claramente intrasistématico- se proteja de manera creciente y en general legítima al consumidor, en un tiempo en que se retrotrae la protección del trabajador, cuyos títulos para el amparo son análogos porque a semejanza del consumidor él es asimismo débil (puede v. nuestro estudio «Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la Filosofía del Derecho Privado)», en «El Derecho», t. 159, pags. 1022 y ss.). Tal vez no carezca de importancia que a menudo la protección al consumidor es enlazada con el resguardo de la competencia requerido por el mismo sistema. También vale considerar lo poco que suele hacerse para amparar al desocupado que es uno de los más frecuentes componentes de la marginalidad.

5) En relación con el planteo trialista del mundo político utilizado en el texto v. por ej. CIURO CALDANI, «Derecho y política» cit.; también tener en cuenta, respecto del desarrollo trialista del mundo jurídico, GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987. CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84. «Estudios Jusfilosóficos», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

Es relevante resolver si el Mercosur será dirigido por una élite comercial para su propio beneficio o tendrá alcances más amplios. Cabe tener en cuenta que la **burguesía** formó los Estados modernos en alianza con los reyes y luego los democratizó y tal vez deba ser éste también el ciclo de la integración, aunque asimismo corresponde reconocer que tal proceso podría chocar con la conciencia democrática de nuestro tiempo.

Uno de los problemas principales del Mercosur es el papel destacado que en la conducción y el beneficio pueden tener, por el momento, los grandes núcleos del poder económico local y extranjero centrados en San Pablo y Buenos Aires. Es evidente que la integración europea ha recorrido un camino relativamente diverso del de la formación y democratización sucesiva de los Estados, pero también allí el motor es el desenvolvimiento burgués.

Es significativo decidir cuáles serán los objetos (propiedad, salud, creatividad, etc.) que se repartirán en el proceso integrador, cuál será el grado de audiencia en las decisiones, cuáles serán las razones al respecto, etc. En la integración las potencias e impotencias presentan frecuentes cambios, al punto que ya se han evidenciado en nuestra región derrumbes y crecimientos empresarios provocados por la ampliación económica. La fuerte participación de órganos técnicos y económicos evidencia una audiencia relativamente limitada.

7. 3. En todo proceso de integración y también en el Mercosur hay que decidir cuál será el grado de **autoridad** o de **autonomía** de su desenvolvimiento. La referencia a la libertad del mercado parece afirmar un importante despliegue de la autonomía.

Todo proceso integrador, incluyendo el del Mercosur, significa que junto a los fenómenos de **oposición** (de «re-parto») se realizarán fenómenos de **agregación** (en los que se «com-parte»). Si surgen problemas importantes del **repartir** también aparecen otras cuestiones relevantes por el **compartir**.

7. 4. La organización de la integración requiere siempre decidir, como ha de suceder en particular en el Mercosur, en qué medida se valdrá de la **planificación gubernamental** o de la **ejemplaridad** apoyada en la razonabilidad social.

Aunque en mucho viene apoyándose en la planificación, importa reconocer que en la integración mercosureña se trata de una planificación de creciente sentido «liberal» que pretende la ejemplaridad y que, pese a no estar en general muy informada sobre los alcances concretos de la integración, la población parece tener una opinión altamente orientada a la razonabilidad de la misma.

7. 5. Muchos procesos de integración han tropezado con **límites necesarios** (surgidos de la naturaleza de las cosas). Es importante tener en cuenta que la integración mercosureña parece no tener por el momento límites decisivos que la hagan inviable.

Parece que el complejo de factores de poder que forma la **constitución material** de la región es favorable a la integración del Mercosur.

Sobre todo vale reconocer que la Unión Europea se encuentra en la necesidad de apreciar la importancia de la integración mercosureña para su propio desarrollo, a fin de no quedar bloqueada ni limitada a una muy difícil proyección hacia el Este, donde Europa se encuentra con el Asia, y que los Estados Unidos de América, que al principio la apoyaron, por lo menos parecen no estar utilizando todo su poder para obstaculizarla.

Es relevante considerar que la resultante de los factores de poder internos está dirigida en sentido favorable a la integración y que los antiguos sectores belicistas están al menos neutralizados.

7. 6. Como todo proceso integrador el del Mercosur requiere la formación de un nuevo tejido social que exige al menos **desarrollo** económico. Sin él no hay integración.

En mucho habrá que ir decidiendo cuáles serán los alcances, meramente económicos o de mayor proyección que ha de tener la integración mercosureña. Es importante decidir una **estrategia y tácticas** respecto de la integración.

La integración no puede tener efectos milagrosos, pero sus realizaciones pueden ser trascendentales, en gran medida porque pueden generar un **polo de poder** en el hemisferio Sur que contribuya a equilibrar la actual distribución del poder mundial.

b) Dimensión normológica

8. 1. Para comprender la realidad del proceso mercosureño vale tener en cuenta sus **fuentes** normativas principales, el **Tratado de Asunción** y el **Protocolo de Ouro Preto** sobre la Estructura Institucional del Mercosur, y las otras fuentes específicas, entre cuyos contenidos se destacan, por ejemplo, los aportes que se han preparado en el ámbito procesal.

8. 2. Un dato fundamental para la integración y para la existencia del Mercosur es el **funcionamiento** de las normas al respecto, con miras al cual puede resultar beneficiosa la constitución de un **Tribunal** propio, siempre que cumpla las funciones que le corresponden como tal. La experiencia europea tiene despliegues cuya reproducción en nuestro marco sería en muchos aspectos provechosa.

8. 3. El Mercosur parece haber optado, por lo menos por el momento, por una vía intermedia entre la fuerte **institucionalidad** de la Unión Europea y la mayor **negociabilidad** del NAFTA.

Creemos que se trata de una institucionalidad que en principio es acorde con la idiosincrasia de nuestros pueblos, pero también reconocemos los riesgos de

burocratización que a veces se pretende evitar limitando sus alcances.

8. 4. La formación más sólida del proceso integrador requiere que, a semejanza de los sucedido en la Argentina y el Paraguay, las **constituciones** se adapten a las reglas de **jerarquización** de las fuentes integradoras exigidas por la lealtad respectiva.

El proceso integrador significa la formación de un **nuevo ordenamiento normativo**, apoyado en una nueva composición de los ordenamientos locales y en una legalidad específica, que quizás deba confluir hacia un todo supraestatal, todavía inexistente en el proceso mercosureño, con una norma hipotética fundamental de respeto a los pactos u «obediencia al integrador histórico».

Para la integración hay que desenvolver, al fin, la **lógica jurídica** y la **lógica política general** que conducen al respecto.

c) Dimensión axiológica

9. 1. Desde el punto de vista valorativo, la integración significa siempre un desarrollo del valor **utilidad**, pero importa que ésta contribuya a la realización de otros valores como la justicia, la salud, la verdad, la belleza, el amor, etc. y que todos aporten al valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser).

La integración ha de servir al fin para que se enriquezca el complejo axiológico y para que la «**supervivencia**» (realización valiosa de los fenómenos de oposición) y la «**intervivencia**» (realización valiosa de los fenómenos de agregación) se expresen en una más plena «**convivencia**» (superadora de la mera coexistencia). Integrar significa en mucho afirmar la intervivencia para el mejor logro de la convivencia.

9. 2. Para todo proceso integrador y en nuestro caso para el proceso integrador del Mercosur es imprescindible descubrir la justicia por nuevas vías, que sobre todo han de atender a las proyecciones de **conjunto** a través de nuevas fórmulas, de **gubernamentalidad** (descubrimiento desde el todo), **integralidad** (con referencia a todos), **participación, relatividad y generalidad** (bien común).

Aunque comience con una proyección de mercado, el Mercosur ha de atender al bien común, que muchas veces lo trasciende. Pese a apoyarse sobre todo en el Derecho Privado, ha de reconocer que posee también alcances de Derecho Público.

9. 3. La integración en general y en nuestro caso la constitución del Mercosur requieren el replanteo de la atención a la «pantomomía» de la justicia (pan = todo; nomos = ley que gobierna) con la recomposición del **complejo personal**, de las **consecuencias**, del **complejo real** y del **complejo temporal** de la región.

Ha de constituirse un complejo personal con la tarea de todos y han de ordenarse

las consecuencias para que todos los habitantes se beneficien en la mayor medida posible. Ha de ampliarse el marco del complejo real con el pertinente desarrollo de la riqueza y ha de recomponerse el complejo temporal abriendo nuevas posibilidades para todos y recomponiendo la historia para apreciar no sólo lo que divide sino lo que une.

El desenvolvimiento del proceso integrador exige el respeto a principios específicos, entre los que se encuentra el de **buena fe** en la integración.

9. 4. Para que la integración en general y el Mercosur en particular sean justos y en definitiva convivenciales han de servir a la **personalización** de los hombres de la región. El **repartir**, el **compartir** y su **orden** han de ser valiosos desde todos los elementos y modos constitutivos antes señalados.

Hay que superar las tendencias de conducción actuales, de cierto modo plutocráticas y tecnocráticas, incorporándoles más despliegues **democráticos**. Es necesario encontrar nuevos despliegues para la **creatividad**, evitando la rutina que puede significar el encerramiento en las fronteras locales.

El régimen ha de ser **humanista** (tomando a cada hombre como fin y no como medio y respetando la unicidad, la igualdad y la nueva comunidad). Es necesario que se **proteja** y se **agregue** a todos los hombres entre sí y con referencia al conjunto, respecto de si mismos y en relación con todo «lo demás» (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.).

2) El Mercosur como fenómeno de las ramas del mundo jurídico y el mundo político

10. 1. Todas las **ramas del mundo jurídico** (Derecho de la Integración específico y Derecho Internacional, Constitucional, Administrativo, Procesal, Penal, Civil, Comercial, de los Recursos Naturales, etc.) y todas las **ramas del mundo político** (económica, jurídica, sanitaria, científica, artística, «erológica», educativa, de seguridad, cultural, etc.) han de contribuir al proceso integrador.

III) Conclusión

11. El Mercosur es **viable** y una insoslayable **exigencia** de las circunstancias históricas. Avanzar en su construcción cabal es un gran desafío no sólo para los hombres de la región, sino para la más plena realización de toda la **Humanidad**.

APORTES METODOLOGICOS TRIALISTAS SOBRE LA MEDIACION (*)

(Compresión integral de los «lugares» jurídicos y de su «desplazamiento»)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) Los medios de solución de controversias en general

1. Los diversos estilos de vida y las diferentes culturas se valen de distintos complejos de medios para la solución de controversias. Si culturas muy teocéntricas llegaron a valerse de los «juicios de Dios» y la más antropocéntrica modernidad fue desarrollando un complejo concebido para sujetos fuertes, que tenían vocación de litigios a resolver con importante presencia del Estado; si en el Derecho Comparado impresiona la baja litigiosidad judicial que históricamente tuvo el Japón, porque se preferían y potenciaban las vías extrajudiciales, hoy en la **postmodernidad** (1), en la cual viven **sujetos débiles**, decae el papel estatal y avanzan arrolladoramente el protagonismo empresario y las exigencias de la **utilidad** (2), se produce otro complejo de medios de solución de controversias, en el que ganan terreno no sólo el **arbitraje**, sino la **conciliación** y la **mediación** (3).

Ya no goza de tanta simpatía la «lucha por el Derecho» en sí, que reclamaba Ihering, pero de todos modos, pese a la **globalización** con predominio anglosajón, por lo menos hasta el presente no pueden ser los mismos los criterios de las «quijotescas»

* Ideas básicas de una disertación del autor en el Colegio de Abogados de San Nicolás sobre «Medios tradicionales y nuevos para la solución de controversias»

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

1. Puede v. 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.; también, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas «dialécticas» de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad», en «Investigación y Docencia», N° 21, págs. 67 y ss. Entre la gran cantidad de bibliografía sobre la postmodernidad v. por ej. LYOTARD, Jean-François, «La condición postmoderna», trad. Mariano Antolín Rato, 2a. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; BEST, Steven - KELLNER, Douglas, «Postmodern Theory», Nueva York, Guilford, 1991; HELLER, Agnes - FEHER, Ferenc, «Políticas de la posmodernidad», trad. Montserrat Gurgui, 2a. ed., Barcelona, Península, 1994. Asimismo puede v. por ej. SIMPSON, Lorenzo C., «Technology, time, and the conversations of modernity», Nueva York, Routledge, 1995.
2. 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.
3. En relación con el tema v. por ej. GOZAINI, Osvaldo A., «Formas alternativas para la resolución de conflictos», Bs. As., Depalma, 1995. HIGHTON, Elena I. - ALVAREZ, Gladys S., «Mediación para resolver conflictos».

sociedades hispánicas que los de la más «mercantil» cultura de origen inglés (4). La **recepción** de modelos jurídicos debe hacerse siempre considerando cuáles son sus **posibilidades** y sus **valores reales** respecto de los medios receptores (5).

2. 1. En general el panorama que pasa desde las vías judiciales al arbitraje y desde éste a la conciliación y la mediación significa, desde el punto de vista **jurístico-sociológico**, un recorrido que parte de más autoridad y más planificación gubernamental en marcha, con los correspondientes valores poder y previsibilidad, y pasa a más despliegues de la autonomía y la ejemplaridad, con los pertinentes valores cooperación y solidaridad (6).

Las tradicionales enseñanzas trialistas acerca del carácter jurídico de los repartos autónomos y de la jerarquía de la ejemplaridad hoy tienen notable confirmación en la realidad.

2. 2. En el enfoque **jurístico-normológico**, se trata del curso de más juego de la institucionalidad a mayor despliegue de la negocialidad. En el ordenamiento normativo, se pasa de un mayor imperio de las relaciones verticales entre normas a una atención más equilibrada de las vinculaciones horizontales.

2. 3. Desde la perspectiva **jurístico-dikelógica**, en el recorrido que nos ocupa la actuación judicial significa más referencia a la justicia en sentido más «puro», a las vías de descubrimiento extraconsensual, gubernamental y general y a cierta aristocracia del «saber» jurídico tradicional y más correspondencia con la «res publica» y la protección del individuo contra los demás y respecto de sí mismo. En cambio, en las soluciones entre nosotros más «nuevas» de arbitraje, conciliación y mediación hay más pretensiones de integración con la utilidad, más recurso a la justicia consensual, «partial» y particular, más legitimación autónoma, más afinidades con el liberalismo e incluso con la democracia y más búsqueda de protección del individuo contra el régimen y «lo demás» (a través de la celeridad en las soluciones).

Bs. As., Ad-hoc, 1995; JAEF, Víctor Jorge. «Ley 24 573 Mediación y conciliación civil y comercial - Análisis exegético», Rosario, Juris, 1997. Asimismo cabe tener en cuenta nuestro artículo «La necesidad de la «complejidad pura» de la jurisdicción judicial y arbitral», en «Zeus», t. 69, págs. D-83/84

(4) IHERING, Rodolfo von. «La lucha por el Derecho», trad. Raffaele Mariano - Luis M. de Cádiz, Bs. As., Atlántida, 1954

Acerca de la globalización es posible c. por ej. nuestro artículo «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación ...» cit., N° 27, págs. 9 y ss.

Puede v. nuestro estudio «Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote», en «Boletín ...» cit., N° 9, págs. 19 y ss.

(5) Es posible v. nuestros artículos «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en «Revista de Dereito Civil», 8, págs. 73 y ss.; «Originalidad y recepción en el Derecho», en «Boletín ...» cit., N° 9, págs. 33 y ss.

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

b) Aportes metodológicos trialistas para la mediación

3. 1. En ese complejo panorama de soluciones los aportes metodológicos que el trialismo puede brindar específicamente a la mediación y en el horizonte a la conciliación, el arbitraje e incluso a la propia judicialidad merecen particular atención.

Para el mejor desarrollo de la mediación es imprescindible reconocer el «**lugar jurídico**» actual y deseado de cada parte y el «**lugar**» hacia el cual ella puede desplazarse. Este reconocimiento requiere, en general, el método de las **variaciones** que, con apoyo en la imaginación, pueda reconocer modificaciones aceptables. El éxito depende también del descubrimiento de los «**denominadores particulares**» y «**comunes**» de las posiciones en todas las situaciones de referencia, a fin de que los despliegues comunes indiquen mejores sendas para el obrar.

3. 2. 1. Desde el punto de vista **jurístico-sociológico** hay que reconocer el **reparto** y las **distribuciones** en que cada parte está y desea estar instalada y hacia los cuales puede desplazarse.

Hay que saber, respecto de los repartos, quiénes son los repartidores y los recipientes, cuáles son las potencias e impotencias recibidas (lo que favorezca o perjudique las vidas), si hay audiencia y de qué tipo y cuáles son los móviles y en su caso las razones alegadas y las razones sociales. Vale saber si se trata de repartos **autoritarios** o **autónomos**.

Puntos de especial interés son el reconocimiento de los reales repartidores en cada posición y los móviles respectivos y los diversos niveles en que las medidas propuestas por el mediador pueden alcanzar razonabilidad no sólo para la sociedad sino para las propias partes.

Paralelamente, en cuanto a las distribuciones, se debe reconocer qué fuerza, de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar adjudica; quiénes son los recipientes; cuáles son las potencias e impotencias recibidas y cuáles son, en su caso, las razones sociales.

Se ha de reconocer, asimismo, la posición en que está, desea estar y puede llegar a estar cada parte en cuanto al **plan de gobierno** en marcha y a la **ejemplaridad** e incluso acerca de los **límites necesarios** (impuestos por la naturaleza de las cosas).

También tiene gran relieve el reconocimiento de los significados **económicos, psicológicos, religiosos**, etc. que tengan los «lugares» respectivos.

3. 2. 2. El mediador es a su vez él mismo un **repartidor** que debe reconocerse como tal con todos los alcances recién señalados.

Importa que sepa apreciar los despliegues de su propia actividad y promover **cambios** en los repartidores y los recipientes (transmudación de los repartos), en las

potencias e impotencias (transustanciación), en la forma (transformación), en las razones (transfiguración) y en la clase de reparto y su ordenación (transmutación).

Ocupa un lugar destacado que el mediador reconozca los límites (físicos, psíquicos, económicos, políticos, etc.) que se opongan a su obrar. Es notorio que la capacidad de alegar con miras a acercar a las partes posee gran significación. Aquí posee alta utilidad la teoría de la argumentación.

Conviene que el mediador levante un «mapa» de las **fuerzas sociales** que se mueven en el caso para elaborar una **estrategia** y una **táctica** de su labor.

3. 3. 1. Desde el punto de vista **jurídico-normológico** importa que el mediador reconozca las posiciones en que las partes se encuentran, a las que desean llegar y hacia las que pueden arribar atendiendo a la normatividades existentes y **conjeturando** las que pueden producirse. El conjeturar exige saber cuáles serían los pronunciamientos, en última instancia de los jueces, que en los diversos niveles irían solucionando los casos.

Mucho importa también el papel de las partes en cuanto a dominio del **lenguaje** del caso y de la **formalización**.

3. 3. 2. Tiene gran relieve, por otra parte, la idoneidad técnica de quien **formalice** las soluciones alcanzadas con la mediación a fin de que se alcancen normas fieles, exactas y adecuadas. Si el mediador formaliza, ésta es una de las perspectivas más importantes de su responsabilidad.

Como en todo caso de «**contacto de respuestas**», en la mediación es importante saber quién calificará las realidades, si hay posiciones fraudulentas, si se produce el reenvío de posiciones, cuál es la aceptación o el rechazo de las soluciones, etc. (7).

3. 4. 1. Desde la perspectiva **jurídico-dikelógica**, el mediador ha de reconocer las posiciones que tienen, desean y pueden llegar a tener las partes en cuanto a los valores (o sea, más o menos realizaciones y pretensiones de justicia, utilidad, amor, salud, verdad, etc.), respecto de los caminos para el descubrimiento de la justicia (clases de justicia), acerca de la atención a las influencias de la «pantomomía» de la verdad, la utilidad y la justicia (pan = todo; nomos = ley que gobierna), con referencia a criterios generales orientadores o a valoraciones completas, respecto a la legitimidad de los elementos de los repartos (aristocracia y autonomía, merecimientos, salud, creatividad, propiedad, etc., audiencia y fundamentación) y con miras a la realización del humanismo del régimen.

3. 4. 2. Como cualquier repartidor, el mediador debe contribuir, por sobre todo, a la realización del valor **justicia** aunque, como ya señalamos, se trate en su caso de una justicia más «útil». La mediación no es un fin, sino un **medio** para que la justicia se realice más plenamente.

(7) Es posible v. nuestro estudio «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976.

Los distintos **valores** en juego y las diversas **clases de justicia** pueden ser utilizados para que el mediador ayude a las partes a llegar a posiciones más coincidentes. Con miras al despliegue de su labor ha de procurar de manera destacada que la justicia monologal (de una sola razón de justicia) pueda equilibrarse con la justicia **dialogal**.

La **pantomomía** de la verdad, de la utilidad y de la justicia brinda enfoques que el mediador debe poder utilizar para que las partes comprendan mejor los puntos de vista de sus oponentes. Aunque no todos los valores, los senderos de descubrimiento y los despliegues de las influencias de valor tienen igual jerarquía, siempre vale reconocer, sobre todo con miras a arribar a un acuerdo, cuáles son los sentidos de valor que pueden esgrimir las otras partes. El mediador debe desarrollar su idoneidad para «**construir**» los casos de manera que las partes lleguen a una mayor comprensión y aceptación reciproca.

Para una mejor apreciación de la diversidad de perspectivas aunque sea mínimamente legítimas en la composición de los casos vale tener en cuenta, como un ejemplo extremo, que pese a la justicia que puede sostenerse respecto de la solución del conflicto de «El Mercader de Venecia» también hay quienes, no sin cierta razón, lloran por la pérdida de su derecho por un acreedor perteneciente a una raza perseguida, que tenía motivos históricos para afirmarse en su propio patrimonio (8).

Es relevante asimismo que el mediador guíe a las partes para alcanzar las **valoraciones completas** que superen los meros criterios generales orientadores de los que puede surgir una separación «pre-juiciosa».

El mediador debe saber cuáles son los «**límites axiológicos**» de su obrar, incluyendo el reconocimiento de las partes que en justicia tiene su caso (a menudo no del todo presentes, aunque los fraccionamientos de la justicia permitan muchas veces recortarlas). Un acuerdo en que hay partes ausentes o que no pueden intervenir en plenitud no es cabalmente tal y en principio no es valioso.

Creemos que el empleo de la mediación tiene su centro de gravedad en áreas jurídicas más particularizadas, pero consideramos de todos modos que con moderación puede ser legítimamente utilizada en otros ámbitos «públicos» como el Derecho Penal.

La «mediación» debe estar «en medio» de un campo de justicia y no sólo entre algunas partes que lleguen a cualquier acuerdo. Al fin el mediador ha de lograr un reparto **justo**, con el pertinente aporte de valor para el régimen en su conjunto (9). Su desempeño legítimo es generador de **responsabilidad**.

Vale apreciar que la mediación es mucho más que una manera de solucionar las controversias: contribuye a que las partes asuman una de las tareas más significadoras para el ser humano, que es la **propia conducción** en la realización de su personalidad.

4. 1. La mediación es una tarea difícil que no puede tener alcances mágicos. Por su pretensión de llegar a resolver controversias jurídicas mediante repartos de potencias

⁸: V. por ej. PRAZ, M., «Mercader de Venecia (El) (The Merchant of Venice)», en GONZALEZ PORTO - BOMPIANI, «Diccionario Literario». 2a. ed., Barcelona, Montaner y Simón, t. VII, 1967, págs. 101 y ss.

⁹: En el horizonte del tema v. por ej. MOSSET ITURRASPE, Jorge, «Cómo contratar en una economía de mercado». Bs. As., Rubinzal - Culzoni, 1996.

e impotencias captados por normas y valorados (los repartos y las normas) por la justicia exige la participación de profesionales juristas.

4. 2. Las profesiones incluyen siempre una tríada axiológica que incluye la **verdad**, **valores específicos** del área de que se trate y la **utilidad**. En el caso de las profesiones jurídicas los valores específicos culminan en la justicia. Es por la utilidad en relación con esos valores que se perciben «honorarios».

Esa composición «triádica» debe iluminar el desempeño de todos los abogados, incluso los mediadores. Han de comprender que más allá del lucro personal está el deber, también el deber social, de realizar la verdad con recursos científicos para la justicia.

Aunque la **preparación** de grado de los abogados debería ser tal vez suficiente, dada la orientación limitativa que prevalece en la formación actual de los abogados conviene que se desarrollen cursos de formación de **postgrado** para la mediación.

Las universidades y los colegios profesionales tienen una importante tarea que desarrollar en tal sentido y los segundos incluso en cuanto al **control** profesional (10).

(10) De cierto modo, un antecedente de la comprensión de los «lugares» de las partes está en la teoría de la situación jurídica de James Goldschmidt (v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner. «Explicación de la teoría de la situación jurídica», por ej. en «Conducta y norma», Bs. As., Abeledo, 1955, págs. 225 y ss.)

ASPECTOS JUSFILOSOFICOS DE LA PROCREACION HUMANA TECNICAMENTE ASISTIDA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. 1. Para comprender el tema que nos ocupa vale partir de algunas consideraciones que hacen a su perspectiva **cultural general**. Una de ellas es la del despliegue generalizado de la **técnica** que predomina en nuestros días, donde el técnico «saber para el hacer» desplaza a la ciencia y a la filosofía (1). Desde su despliegue moderno, referido al dominio de la naturaleza, en la contemporaneidad y en la «postmodernidad» la técnica se ha proyectado a la dominación del propio hombre. No sería completa la captación de la problemática que nos ocupa sin vincularla, por ejemplo, con las técnicas de construcción de la conciencia social a través de los medios de comunicación de masas.

La técnica es instrumental y si bien en principio es valiosa puede resultar al fin valiosa o «disvaliosa». Al promediar la «modernidad» Goethe advirtió sobre los riesgos que puede traer aparejada la técnica en la narración del «aprendiz de brujo», que pone en juego un servicio que luego no sabe controlar (2). Sin embargo, el hombre es siempre

(*) 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

(**) Notas básicas de una exposición del autor en las Jornadas sobre «Procreación humana técnicamente asistida» realizadas en el Colegio de Abogados de la ciudad de Santa Fe (Instituto de Derecho del Menor y Derecho de Familia).

1) Pueden v. nuestras «Notas de Filosofía de la Tecnología», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 20, págs. 95 y ss. Además v. gr. MITCHAM, Carl, «¿Qué es la Filosofía de la Tecnología?», trad. César Cuello Nieto y Roberto Méndez Stingl, Barcelona, Antropos, 1989 y la bibliografía allí citada. También es posible tener en consideración por ej. WATSON, Richard A., «Human dignity and technology», en «Philos. Forum.», 9, págs. 211 y ss., «Technology and Responsibility», en «Washington Univ. Mag.», 42 (1), págs. 31 y ss.; LOMPE, K., «On the social acceptability of modern technology. New challenges for politicians and scientists in a world of risks», en FERRE, F. (ed.), «Research in Philosophy and Technology. A Research Annual. Technology and Politics», Greenwich, Connecticut, Jai, c. 1991, vol. 11, págs. 33 y ss.; LEVINSON, P., «Philosophy of Technology vs. Technology», en «J. Soc. Evol. Syst.», (15 (1), págs. 1 y ss.; WINNER, Langdon, «Technologies as Forms of Life», en COHEN, R. S. y otros (ed.), «Epistemology, Methodology and the Social Sciences», Boston, Reidel, 1983, págs. 249 y ss.; HOTTOIS, G., «Droits de l'homme et technique contemporaine. Liberté responsable et liberté nihiliste», en «Etud. Phil.», 2, págs. 201 y ss.; RADDER, Hans, «Experiment, technology and the intrinsic connection between knowledge and power», en «Soc. Stud. Sci.», 16, págs. 663 y ss.; BORGGMANN, Albert, «The explanation of technology», en «Res. Phil. Technol.», 1, págs. 99 y ss.; PI SUNYER, Oriol - DE GREGORI, Thomas, «Cultural resistance to technological change», en «Technol. Cult.», 5 (2), págs. 1 y ss.; LELAS, Srdjan, «Science as technology», en «Brit. J. Phil. Sci.», 44, págs. 423 y ss.; SZAWARSKI, Zbignew, «Dignity and Technology», en «J. Med. Phil.», 14, págs. 243 y ss.;

2) V. acerca de la insuficiencia de la ciencia del aprendiz por ej. LENNOVARI, O., «Aprendiz de brujo (El)» (Der

de cierto modo un «aprendiz de brujo» y a su vocación al respecto debe muchos de sus logros.

Las técnicas que nos ocupan forman un arco que de cierto modo comienza con la inseminación artificial homóloga y concluye, por el momento, con la clonación y las posibilidades generales de la mal llamada «ingeniería genética» humana (3). Constituyen el más grande desafío que especie viva alguna haya enfrentado jamás y ponen en crisis a toda la cultura tradicional. Por ello hay que dedicar gran esfuerzo a superar las tentaciones de «saltar» al abandono radical de la cultura anterior o de forzar a las **nuevas realidades** enjuiciándolas con la cultura anterior.

1. 2. Las técnicas de reproducción humana asistida, que significan crecientemente también «pro-creación», ponen en crisis la tensión entre la referencia a lo **natural** y lo **sobrenatural**, que prevaleció en la comprensión clásica de la reproducción, desplazándola a una tensión entre la proyección a lo **natural** y la conducción técnica por los hombres en el marco de lo **cultural**. La reproducción humana siempre tuvo un sentido cultural, pero ahora éste es mucho más intenso.

2. La técnica modifica la reproducción humana en muy diversas manifestaciones. Desde la «forma» el procedimiento de la reproducción se proyecta a los sujetos activos, los sujetos pasivos, el tiempo y el espacio de la concepción e incluso las potencias e impotencias adjudicadas.

En cuanto a los **sujetos activos**, la reproducción humana técnicamente asistida permite la pluralización e incluso la unidad de los progenitores (en la cesión de óvulos o esperma o en la clonación), acentuando además el papel de los «asistentes», que a su vez se transforman y a veces pasan de ser gente de la medicina a técnicos (4).

En relación con los **sujetos pasivos**, permite v. gr. la ampliación del número de embriones. En el **tiempo** pone en crisis el momento en que se considera producida la concepción e incluso el **espacio**, que antes se refería necesariamente al «seno materno».

En cuanto a las **potencias e impotencias** mucho es, por ejemplo, lo nuevo que puede adjudicarse, en especial a un embrión no implantado, o lo que podrá hacerse incrementando las posibilidades de la «ingeniería genética».

Ante todos estos cambios la respuesta última ha de ser a nuestro parecer un «**nuevo humanismo**», con una esclarecida apreciación de las nuevas posibilidades a la luz de la referencia a la dignidad de la condición humana y de la vida en su totalidad.

3. 1. Para desarrollar el nuevo humanismo que permita dar correcta cuenta de las

Zauberlehrling», en GONZALEZ PORTO - BOMPIANI, «Diccionario Literario», 2a ed., Barcelona, Montaner y Simón, t. II, 1967, pág. 320.

(3) Es posible v. nuestros artículos «¿Ingeniería genética humana?», en «Boletín ...» cit., Nº 21, págs. 49 y ss. y «El Bioderecho ante las posibilidades en el campo de la genética humana», en «Bioética y Bioderecho», Nº 2, págs. 65 y ss. También pueden tenerse en consideración v. gr. COHEN, Daniel Ricardo, «La clonación humana. El desafío del hombre», en «Bioética ...» cit., Nº 2, págs. 61 y ss.; BUCAN, Denis, «Historia de la Biología», trad. José Luis CHECA CREMADES, Madrid, Acento, 1995, esp. Pág. 62.

(4) La tendencia a la tecnificación de las «profesiones» es una característica de nuestro tiempo.

posibilidades actuales y futuras de la «re-producción» humana (de cierto modo, también para los no creyentes, «pro-creación») técnicamente asistida, hay que reconocer los merecimientos de los protagonistas, los sujetos **«reproductores»** y los sujetos **«reproducidos»**.

3. 2. No es legítimo considerar los casos que nos ocupan sin atender al carácter **«futurizo»** del ser humano y de su fuerte vocación por proyectarse al porvenir mediante la «reproducción». Sea que lo haga efectivamente o no, el hombre es un ser con intenso anhelo por reproducirse. En cierto sentido es un ser en vías de reproducción.

4. En cuanto a los sujetos reproducidos, vale partir del reconocimiento de que cada ser humano es una **maravilla** única e irrepetible. Todo el universo debería llorar la muerte de cada hombre y en principio la frustración de su concepción y nacimiento. De aquí que a nuestro parecer el aborto es insostenible. Cabe partir de la proyección de que **todo hombre posible debe ser**.

La **vida** es una continuidad que abarca incluso una enorme cantidad de generaciones, de modo que cuando la **individualizamos** lo hacemos en base a **«fraccionamientos»** y a nuestro parecer el comienzo de la existencia del **hombre** debe ser el momento de la «concepción», entendido no como el de la preñez sino con referencia a la integración de los elementos que, dejados ya solos en un medio que resultara adecuado, producirían un ser humano. Es en ese momento en que, al estar presentes los caracteres que harían un hombre, corresponde fraccionar la continuidad de la vida reconociendo un nuevo individuo, un nuevo ser humano.

Creemos que para hablar de hombre concebido es irrelevante que esté **dentro** o **fuerá** de un seno materno, seno al que obviamente todo ser humano tiene el derecho máximo que le den las posibilidades, para llegar a nacer. Urge no confundir este carácter ya humano que posee siempre el embrión con nociones normológicas o incluso axiológicas de persona, que en todo caso deben acompañar al carácter humano pero no mutilarlo. Porque se es hombre se tiene derecho a ser persona y el embrión es siempre al menos un hombre en potencia.

Para comprender mejor el papel de la técnica en la reproducción humana vale tener en cuenta la expresión **«asistencia»** en el sentido de prestar socorro, favor o ayuda (5), pero no el de reemplazar a los protagonistas, sobre todo al gran protagonista del nacer.

El embrión dentro pero sobre todo fuera del seno materno es un ser humano especialmente **débil**, que merece **comprensión y protección** muy particulares.

5. Desde el punto de vista jurídico-sociológico (6) el embrión y en general los

(5) V. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «Diccionario de la Lengua Española», 21 a. ed., Madrid, 1992, t. I, pág. 212.

(6) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; «Estudios Jusfilosóficos», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

hombres no nacidos están particularmente sometidos a los **repartos** de los demás y a las **distribuciones** de la naturaleza, de las influencias humanas difusas y del azar, que pueden actuar en sentidos valiosos o «disvaliosos».

Se encuentran en situaciones de sometimiento al **poder**, empleado de manera legítima o ilegítima, y a las posibilidades de correcta o desviada **planificación** de los demás e incluso suelen resultar poco dotados de la **razonabilidad** que conduce al seguimiento y a la ejemplaridad de su existencia.

Sin desconocer el deber de cierta «planificación responsable» de la reproducción, vale estar alertas respecto de la «sobre-planificación» que puede significar por ejemplo el sometimiento de la reproducción a las necesidades del mercado, a las imposiciones de la moda, etc. Urge apreciar que en nuestro tiempo la vida no nacida posee muchas veces escasa razonabilidad social, como lo demuestran las tendencias abortistas.

6. 1. Desde el punto de vista **jurístico-normológico** es relevante reconocer que nos encontramos en nuestro país con una importantísima «**carencia**» («laguna») del Derecho Positivo, surgida de la novedad científico-técnica de los problemas, respecto de varios de los cuales vienen discutiéndose diversos proyectos de elaboración legislativa. Incluso cabe reconocer que en general hay una gran **crisis conceptual**, que abarca la difícil conceptuación de los embriones, de los papeles de los protagonistas, etc.

6. 2. Esa carencia normativa no es, sin embargo, total y vale tener en cuenta las soluciones que surgen de las formalizaciones de derechos humanos constitucionalizadas (art. 75 inc. 22), en especial de la **Convención de Derechos del Niño** que, en cuanto a la posición argentina, hace comenzar la existencia de éste desde la concepción. Sea cual fuere la postura que se adopte respecto de las «condiciones de vigencia» constitucionalizadas, el niño no nacido (creemos que incluso en «probeta») tiene, según la posición argentina, derecho a la **vida** (art. 6. 1), a que se respete su **interés superior** (art. 3. 1), a la **protección** (art. 3. 2), etc.

Importa que conceptos tradicionales, como el de persona en sentido normológico, en nuestro país con las consecuencias sucesorias tradicionales (arts. 70 y ss. del Código Civil), no aprisionen la vida nueva. El embrión no implantado puede tener o no posibilidades sucesorias, pero a nuestro parecer es un hombre y básicamente merece tener capacidad de adquirir derechos e incluso de contraer obligaciones.

6. 3. El ser humano no nacido necesita un fuerte amparo **institucional**, pero las instituciones que podrían resguardarlo, como la familia y el Estado, están en gran crisis. A menudo se pretende ejercer respecto de él una «negocialidad» que es imposible, porque no está en condiciones de negociar.

7. 1. 1. En cuanto al enfoque **jurístico-dikelógico** vale tener en cuenta que todo ser humano, nacido o no, debe realizar y poder realizar el valor más alto a nuestro alcance, que es la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). El valor humanidad no se disuelve en los valores parciales de salud, verdad, belleza, utilidad, justicia, santidad, etc. Aunque hipotéticamente un ser humano no realizara ninguno de estos valores particulares seguiría realizando, en alguna medida, la humanidad y esto es altamente significativo para comprender el respeto siempre debido al embrión.

7. 1. 2. El ser humano aún no nacido tiene en todos los casos profunda necesidad de la realización del valor **amor** y derecho a que ello suceda. Urge reconocer que en cada hombre (y en nuestro caso vale señalar como tal al embrión no implantado) nos realizamos de cierto modo todos los demás. Ese derecho al amor se constituye también como exigencia de **justicia**.

Sin embargo, en nuestros días la **utilidad**, que es obviamente un valor importante, a cuya satisfacción se deben muchos beneficios, suele subvertirse contra la humanidad y arrogarse los lugares que corresponden a otros valores como el amor y la justicia. La vida nueva suele ser también pasada por el tamiz de la utilidad.

7. 2. El hombre no nacido está particularmente imposibilitado de aportar al consenso real como manera de descubrir la justicia, pero sí está en condiciones de favorecerse por el **consenso ideal** que brindaría una persona informada que no supiera el lugar que ocupará en el mundo (7). Nadie que estuviera en tal situación aceptaría la destrucción de la vida humana nueva. Es notorio, sin embargo, que también la justicia extraconsensual puede contribuir al descubrimiento de la justicia de la protección de la nueva vida.

La **debilidad** del hombre surgido de la procreación técnicamente asistida emerge también de su frecuente necesidad de clases de justicia que son vías de descubrimiento hoy poco utilizadas.

El ser humano cuya reproducción se obtiene mediante la asistencia técnica e incluso sus propios progenitores ocupan papeles que no están tradicionalmente reconocidos y por tanto necesitan de la **justicia con acepción** (consideración) de personas, pero en nuestro tiempo impera sobre todo la justicia sin acepción de personas, referida a papeles recortados.

Las potencias e impotencias de la condición del ser humano que surge de la reproducción asistida son difíciles de comparar y plantean la necesidad de la justicia **asimétrica**, mas en nuestros días impera sobre todo la justicia simétrica, promovida en mucho por el común denominador monetario, y existe el peligro de que también el embrión sea estimado en moneda.

En el proceso que lo lleva al nacer y después de él el hombre necesita en mucho

(7) Puede c. por ej. RAWLS, John. «A Theory of Justice», 10 a. ed., Cambridge, Belknap, 1980.

de la justicia **de participación**, pero en la actualidad suele predominar la justicia de aislamiento. Los medios que requiere el no nacido le corresponden no sólo por «estado de necesidad» sino por **«derecho de necesidad»** (8).

El hombre nacido con estas nuevas técnicas plantea razones de justicia que se agregan a las que siempre corresponden a la vida nueva, haciendo más necesaria la justicia **«dialogal»** e insuficiente la justicia **«monologal»**, dirigida a los integrantes de las estructuras consagradas.

El ser humano por nacer, y en particular el que aparece en las circunstancias especiales que nos ocupan, requiere en mucho de la justicia **espontánea** (sin «contraprestación») y poco puede brindar en su momento para superarla, pero en nuestros días impera la justicia comutativa (con «contraprestación»).

El hombre por nacer necesita el despliegue de la **justicia general**, que se refiere al bien común, sobre todo porque requiere con particular intensidad la solidaridad de los demás, mas en este tiempo se advierten frecuentes excesos de la justicia particular.

7. 3. La problemática que tratamos pone en evidencia la **«pantomomía»** (pan = todo; nomos = ley que gobierna) de la justicia y como siempre son necesarios **fraccionamientos** productores de seguridad, que deben producirse cuando no es posible conocer o realizar más el valor. Es notorio que en toda reproducción existen riesgos, pero siempre se ha de cuidar de lograr el mayor despliegue de justicia posible afirmando la vida humana con todos los medios disponibles.

La realización de lo valioso depende en mucho de las **virtudes**, que pueden ser meramente intelectuales, cuando se sabe que se hace lo valioso pero no se lo realiza por adhesión al valor, o también morales, si existe esta adhesión. La importancia de la justicia a realizar en la reproducción humana técnicamente asistida requiere no sólo la virtud moral sino el uso de todos los medios de **control** que hagan al menos a la virtud intelectual.

Las técnicas de reproducción exigen a menudo superar los criterios generales orientadores y alcanzar las **valoraciones** completas. Ya señalamos que no es legítimo forzar al mundo nuevo a entrar en los criterios del mundo anterior.

7. 4. Creemos que el principio supremo de justicia exige que cada individuo humano, reciba la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en **persona** desde el punto de vista dikelógico y entendemos que ese derecho le corresponde desde su concepción, corpórea o extracorpórea.

7. 5. Respecto de la vida no nacida es imposible la legitimación autónoma y muy difícil la legitimación aristocrática en cuanto al saber profundo acerca de la vida, pero en nuestros días se aplica, a menudo con exceso, la legitimación aristocrática tecnocrática. Al respecto vale tener en cuenta que, si bien no es posible la legitimación autónoma,

(8) Es posible v. nuestro estudio «Comprensión jusfilosófica del derecho y el estado de necesidad», en «Revista de la Facultad de Derecho» (UNR), 10, págs. 43 y ss.

puede producirse la legitimación **criptoautónoma**, surgida del acuerdo que brindarían los interesados (por nacer) en caso de estar en conocimiento de lo que se haga.

7. 6. El hombre necesita siempre ser **protegido** contra todas las amenazas y, en el caso del ser no nacido, en particular cuando se trata de un ser humano que no se encuentre en el seno de su madre. En estos sentidos cabe destacar no sólo las exigencias de protección respecto de «lo demás» (enfermedad, miseria, etc.) sino contra los demás individuos (que en estos casos son especialmente peligrosos).

8. Aunque a veces se dice que el respeto a la vida de los hombres no nacidos surge de concepciones **religiosas**, creemos que también desde posiciones **agnósticas** o **ateas** puede arribarse a la misma conclusión. Basta con reconocer el valor de la condición humana.

Sólo un **nuevo humanismo**, capaz de encauzar las posibilidades de la «procreación» humana técnicamente asistida para la más plena realización de cada uno de los hombres nacidos y por nacer y para el pleno desenvolvimiento de la vida toda, será capaz de resolver de manera valiosa el excepcional reto histórico que corresponde afrontar (9).

9) Acerca de las cuestiones de la Bioética y el Bioderecho, pueden v. por ej. nuestros estudios recientes «La Bioética y la necesidad de genialidad y heroísmo en el hombre del porvenir», en «Bioética ...» cit., Nº 2, págs. 71/2; «Introducción general al Bioderecho», en «Boletín ...» cit., Nº 22, págs. 19 y ss. (y en «Bioética ...» cit., Nº 2, págs. 11 y ss.); «La Bioética y el Bioderecho en la cultura de nuestro tiempo», en «Investigación y Docencia», Nº 29, págs. 29 y ss. (también en «Zeus», 27 de octubre de 1997). Asimismo v. gr. MACKINSON, Gladys J., «Bioderecho Desafío de fin de siglo», en «Bioética ...» cit., Nº 2, págs. 23 y ss.

NOTAS SOBRE LA ETICA DEL MARTILLERO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. 1. El hombre es en gran medida un «animal ético», pero el conocimiento de la Etica plantea cuestiones altamente discutibles. Entre éstas vale destacar que sus fundamentos difieren según se trate de posiciones más o menos metafísicas, al punto que en mucho cabe señalar que posturas como las de Kant al negar el conocimiento de las esencias marcan una línea de quiebra de importancia decisiva. A partir del gran maestro de Königsberg la ética estuvo forzada a «flotar». Kant intentó superar la milenaria creencia en las verdades últimas sin caer en el escepticismo ético valiéndose de la universalización, pero el descrédito de su posición, originado en mucho por el gran rigor que imponía, ha llevado al fin a que la «flotación» ética desembocara en el subjetivismo individual o colectivo (1). Sea cual fuere la referencia ética última, más metafísica e incluso más religiosa o más difusa por posiciones agnósticas, lo cierto es que muchos hombres comprendemos que la actitud ética, en general de diferenciación del ser y el deber ser, es una de las características que estimamos de la dignidad humana.

1. 2. El discurso ético está siempre relativamente comprometido por una célebre exigencia evangélica: que el que esté libre de pecado arroje la primera piedra (2). Cuando hablamos sobre ética lo hacemos reconociendo previamente todas nuestras debilidades como seres humanos, pero sabiendo que al fin merece reconocerse que no todo lo que es debe ser.

1. 3. La Etica se desenvuelve siempre en una tensa relación entre los requerimientos generales y particulares, pero en mucho depende de circunstancias de los casos particulares. Al hablar de la Etica del Martillero no habiéndolo sido nunca vale recordar

*) Notas de una disertación del autor en el Curso de Aspirantes a Martilleros de la Fundación Juris.

**) 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 «Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94. Respecto de la Etica c. por ej. HESSEN, Johannes, «Tratado de Filosofía», Bs. As., Sudamericana, 1970, en especial «Teoría de los valores», «Etica», trad. Juan Adolfo Vázquez, págs. 511 y ss.

2) JUAN, VIII, 7 («El que de vosotros se halla sin pecado, tire contra ella el primero la piedra»).

que como toda clase la presente está destinada a ser «completada» por los alumnos. Lo que se diga en este caso tiene que ser desarrollado por los alumnos a través del curso de su vida como futuros Martilleros.

2. 1. La caracterización del Martillero como mandatario, comisionista, etc. varía con las circunstancias y las opiniones. Sus consecuencias son distintas, por ejemplo, en cuanto a las relaciones surgidas de ese desempeño. Sin embargo a nuestro parecer para comprender la problemática ética pertinente vale preguntarse si se trata en última instancia de una mera función o de una profesión (3).

Entendemos que toda profesión está signada por una triada de valores formada por la verdad, por un complejo de valores específico del área de que se trate (por ej. por los valores jurídicos, que culminan en la justicia) y por la utilidad.

Porque la verdad y los valores específicos jerarquizan, la utilidad profesional debe ser retribuida con «honorarios» y no con mero salario. Nada hay de «disvalioso» en el «salario», pero vale reconocer que al profesor las profesiones se obtiene un honor al que hay que corresponder en todo momento.

A nuestro parecer, la intensidad de los requerimientos de valor que debe satisfacer el Martillero lo presenta como un **profesional** y su comisión ha de ser asimilada al **honorario**. La relevancia de las tareas del Martillero excede con mucha frecuencia al mero «encargo» de ciertos hechos.

2. 2. Creemos que también las **instituciones educativas** han de asumir la preparación en ese sentido y consideramos que la formación de los Martilleros debería ser encarada como carrera relativamente corta por las Universidades (4).

3. 1. Con referencia a la **realidad social** el Martillero es básicamente el conductor de un «reparto» para **ubicar los bienes** en el mundo de «distribuciones» de la **economía**, originado por influencias humanas difusas, la naturaleza y el azar (5). Se trata de una

(3) En cuanto a profesiones y valores pueden ver nuestros «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, págs. 229 y ss.

En relación con el tema cabe tener en cuenta, además de las leyes y de las reglamentaciones judiciales referidas a la tarea del Martillero (c. v. gr. ley 20.266), las Normas de Ética que rigen su actividad (v. Colegio de Martilleros de Rosario). También vale considerar los contenidos constitucionales y constitucionalizados por el art. 75 inc. 22 (v. gr. la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuando en su Preámbulo dice «Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan»; además por ej. la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 29, inc. 2).

Asimismo cabe c. v. gr. FERNANDEZ, Raymundo L. - GOMEZ LEO, Osvaldo R., «Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial», Bs. As., Depalma, t. II, 1993, págs. 423 y ss.; ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, «Manual de derecho comercial - Parte General», Bs. As., Astrea, 1977, págs. 301 y ss.; FONTANAROSA, Rodolfo O., «Derecho Comercial Argentino», Bs. As., Zavalía, 1956, págs. 415 y ss.; GOLDSTEIN, Mateo (Dir.), «Mejor postor», en «Enciclopedia Jurídica Omeba», t. XIX, págs. 514 y ss. Aunque se discute si el Martillero es o no comerciante, en el horizonte del tema puede tenerse en cuenta por ej. GUYOT, Yves, «El Comercio y los Comerciantes», trad. Rafael Urbano, Madrid, Jorro, 1914, págs. 282 y ss.

(4) Es posible v. nuestro artículo «La complejidad pura de las profesiones y las actividades del mundo jurídico» en «Investigación y Docencia», Nº 5, págs. 15 y ss.

(5) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden ver por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica

«re-ubicación» económica de los bienes a través de la subasta y el precio.

3. 2. La actividad del Martillero puede ser más **autoritaria**, sobre todo por mandato judicial, o más **autónoma**, por solicitud de los particulares, realizándose así en consecuencia los valores respectivos poder y cooperación. La expresión «sub-hasta» es una clara manifestación de la relativa presencia del poder.

A menudo el Martillero se desenvuelve según el **plan de gobierno en marcha**, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos criterios de reparto y realiza el valor previsibilidad. Sin embargo en todos los casos la oferta de la subasta significa una apertura a la **ejemplaridad** del mercado, desarrollada según la vía «modelo» y «seguimiento», que satisface el valor solidaridad.

El Martillero ha de **motivar** para que se formulen posturas, incluyendo con tal fin los alegatos que correspondan, y debe provocar **ejemplaridad** en los comportamientos respectivos.

En general el Martillero tiende a ubicar el bien en el «lugar» jurídico-social que el **régimen** quiere darle.

3. 3. La conducción del Martillero y de quienes le encomiendan su desempeño puede tropezar con **límites necesarios** (surgidos de la naturaleza de las cosas) económicos, políticos, psíquicos, físicos, etc.

La realidad del mercado, de los sucesos políticos, de las inclinaciones de la gente, de los objetos rematados, etc. puede producir obstáculos insalvables para el éxito de la subasta.

En el Derecho como en la vida toda no siempre querer es poder y obviamente puede decirse lo propio respecto de la actividad del Martillero. El reconocimiento de tales límites y de todos los condicionamientos de su labor es un deber fundamental en su tarea y en el asesoramiento que debe brindar.

3. 4. Con todo lo expuesto se evidencia que el Martillero debe tener amplios conocimientos de **Derecho, Sociología, Economía y Psicología** y de las disciplinas que estudian los objetos a subastar (a veces incluso muy complejas como el Arte, la Historia, la Zoológica, etc.). Los grandes Rematadores son grandes expertos en los objetos que subastan.

4. Con referencia a las **normas**, el Martillero está encargado de ubicar los objetos que subasta en el «lugar» que les adjudican la institucionalidad y el **ordenamiento normativo**. Es en cierta medida responsable de la «legalidad» de la actividad que desarrolla y de los resultados que se producen. Uno de los enfoques importantes de su

al Derecho», 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios ...» cits.

obrar en cuanto a la perspectivas de las normas es la conservación de la documentación que resulte adecuada.

5. 1. Desde el punto de vista de los **valores**, la profesión del Martillero se desenvuelve en una difícil integración entre **justicia, verdad y utilidad**. El Martillero debe contribuir a la realización de la justicia a través de la verdad y de la utilidad. Una cuestión que puede ser muy significativa es la de saber si ha de buscar el precio más **alto** o el precio más **justo**.

5. 2. La justicia puede conocerse a través de distintos caminos denominados «clases de justicia». Entre éstas se hallan la justicia particular, cuyos requerimientos caracterizan al fin al Derecho Privado, y la justicia general (orientada al bien común) que con sus exigencias identifica en última instancia al Derecho Público. Aunque los desempeños del Martillero pueden producirse en ámbitos más privados o públicos (se suelen diferenciar los remates particulares, judiciales y administrativos), en general a nuestro parecer a él como a todo ser humano le cabe reconocer no sólo la justicia particular sino la **justicia general**, por ejemplo, no rechazando los nombramientos de oficio.

5. 3. La **verdad** es una categoría «**pantónoma**» (referida a la totalidad de sus realizaciones) que sólo podemos apreciar mediante fraccionamientos a efectuar cuando no es posible realizarla en mayor grado, generándose así la **certeza**. Al Martillero le corresponde presentar la verdad en la mayor medida posible. No le es dado exponerla de manera integral, pero no le es legítimo fraccionarla caprichosamente ocultando lo que puede y debe ser investigado y conocido. Como resultado de su labor los interesados pueden ganar en certeza para sus decisiones.

5. 4. También la **justicia** es una categoría «**pantónoma**» (referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras), que debe apreciarse mediante fraccionamientos a producir cuando no es posible conocerla y realizarla en mayor medida, generándose así **seguridad jurídica**.

Al Martillero le cabe desfraccionar las **consecuencias** haciendo que las reciban quienes deben recibirlas. Por esto ha de adjudicar al **mejor postor**, reconocido en principio luego de haber efectuado la **publicidad** pertinente; no debe prestarse a asociaciones sospechosas que den participación en sus honorarios a personas ajenas al ejercicio profesional y ha de rendir cuentas sin demora.

El desempeño del Martillero suele fraccionar el complejo real, temporal y personal, produciendo así seguridad jurídica. El fraccionamiento del **complejo real** debe llevarlo a reconocer que en principio el «**valor**» del objeto subastado es el que en la circunstancia salga del remate, aunque a su parecer sea mayor o menor. Obviamente la necesidad de

evitar graves perjuicios suele llevar al establecimiento de «bases» e incluso puede requerir responsabilidades para quienes no las fijen generando un perjuicio significativo. El desfraccionamiento en el sentido real es uno de los fundamentos en que puede apoyarse la necesidad de evitar las posturas por signos.

El «Martillero» fracciona enérgicamente el **complejo temporal** al producir el golpe definitivo con el martillo. De esta manera corta el tiempo, de modo que cualquier oferta posterior es extemporánea. A su vez, el valor del complejo temporal exige la **diligencia** del Rematador en el cumplimiento de las tareas.

El **complejo personal** conduce a reglas de lealtad como la de no aceptar designaciones en asuntos en los que ya intervenga otro Martillero sin dar aviso previo al colega.

6. La virtud, como proyección a la realización de los valores, puede desenvolverse en sentido meramente intelectual o también moral. En el primer caso se sabe que se hace lo valioso, pero no se lo busca por adhesión al valor; en el segundo se agrega esta proyección específica al valor. Para el logro de la virtud intelectual es imprescindible que haya controles, con cuyo fin se establece la registración del Martillero y sobre todo es valioso que el registro ocurra a través de la **colegiación** con quienes comparten y comprenden la misma actividad. También merece atención la contabilización mediante los libros pertinentes. Sin embargo, al fin la virtud más eficaz es siempre la que surge de la proyección moral de **cada individuo**.

La virtud se manifiesta en el **deber de buena fe** en el desempeño profesional. El compromiso personal es una de las razones por las que la tarea del Martillero es en principio **indelegable**.

7. 1. En los repartos que conduce el Martillero puede estar legitimado por la línea de **autonomía** del acuerdo de todos los interesados, que en su caso puede ser en cierto sentido «paraautonomía», porque se acuerda al menos en que sea él quien reparta. Sin embargo, en muchos otros casos se trata de un reparto autoritario, v. gr. en el marco de actividad judicial. En cualquier supuesto el Martillero ha de tener una legitimación **«aristocrática»** por la superioridad de su saber y su jerarquía moral.

7. 2. El desempeño de las profesiones trae aparejada responsabilidad y también cabe reconocer la **responsabilidad** del Martillero, por ejemplo, ante el titular del bien subastado, ante el adquirente, ante un comitente diverso, etc.

Una pregunta que quizás merezca una respuesta negativa pero interesa al fin formular es la que se refiere a la responsabilidad del Martillero por el total del proceso en que intervenga.

7. 3. Cuando se desenvuelve autoritariamente el Martillero debe resolver la forma de su reparto como un proceso y si actúa de manera autónoma debe cuidar el despliegue de la negociación, pero en diversos grados siempre ha de ser **imparcial**, abierto a la «audiencia» para la solución justa de los problemas y eficiente.

8. En correspondencia con el requerimiento del régimen justo el desempeño del Martillero debe ser **humanista**, tomando a cada individuo como un fin y no como un medio. Ha de considerar a todos los interesados en la subasta como fines en sí mismos e incluso ha de apreciarse él mismo como un fin, evitando desjerarquizar su desempeño en aras de beneficios para otros momentos (6)

(6) Varias de las consideraciones efectuadas en el texto son válidas también para las otras actividades que aproximan la oferta y la demanda.

NUEVAS PERSPECTIVAS TRIALISTAS PARA LA COMPRENSION JUSFILOSOFICA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994 (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Nociones fundamentales

1. 1. Lo que se ha dicho respecto de la reforma de la Constitución Nacional efectuada en 1994 es mucho y con frecuencia meritorio. Sin embargo, consideramos que cabe desarrollar aún algunos enfoques jusfilosóficos que brinda la **teoría trialista del mundo jurídico**.

La teoría trialista del mundo jurídico, elaborada dentro de la concepción tridimensional del Derecho, señala que éste se compone de repartos de potencia e impotencia captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (1).

El Derecho Constitucional posee una destacada trayectoria de comprensión filosófica, entre cuyos momentos más dignos de atención se encuentra el de la «Filosofía del Derecho Constitucional» de Germán Bidart Campos (2), apoyada precisamente en el trialismo, y a la que es legítimo tomar como una referencia básica para la comprensión jusfilosófica del Derecho Constitucional argentino.

En nuestro caso, sin perjuicio de algunas referencias a la Constitución en general, nos centraremos en la comprensión específica del significado de la **reforma de 1994**.

Muchas son las perspectivas constitucionales afectadas por la Reforma en las tres dimensiones del Derecho, mas para brindar una noción de su magnitud basta con tener en cuenta sólo algunos de los enfoques más relevantes.

(*) Contenidos fundamentales de la clase del autor del 30 de octubre de 1997 en el Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (sobre bases de la comunicación que entregó en la XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales llevada a cabo en Buenos Aires los días 23 y 24 de octubre de 1997).

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

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

2) Bs. As., Ediar, 1969, también es posible v. «Historia e ideología de la Constitución Argentina», Bs. As., Ediar, 1969.

1. 2. Como la verdad es una categoría «pantónoma», referida a la totalidad de sus manifestaciones y por tanto necesitada de fraccionamientos productores de certeza, el significado de la Reforma se ha de ir comprendiendo mejor con el transcurso del tiempo y en este caso hemos de procurar enriquecer las perspectivas a la luz de los resultados de las **elecciones del 26 de octubre de 1997** (3), caracterizados por importantes triunfos de la opositora «Alianza UCR-Frepaso» sobre el Partido Justicialista en el gobierno.

II. La Reforma en el mundo jurídico

1) La Reforma en el mundo jurídico en general

a) Dimensión normológica

2. El reconocimiento de los alcances de la reforma constitucional argentina de 1994 requiere apreciar que, pese a las discusiones referidas a los enfoques sociológico y dikelógico, donde puede cuestionarse la viabilidad y consecuentemente el valor de lo modificado, desde el punto de vista jurístico-normológico se trata de una «reforma» en el sentido **fuerte** de la expresión, de cierto «rehacer» lo que se reforma.

3. 1. Las **normas** jurídicas son captaciones lógicas de los repartos producidas desde el punto de vista de terceros y poseen siempre funciones **descriptivas** e **integradoras** de esos repartos captados. Abarcan así posibilidades de fidelidad y exactitud en cuanto a la descripción y de adecuación respecto de la integración.

3. 2. Las normas son **fieles** si describen de manera correcta el contenido de la voluntad de sus autores. La proximidad temporal de la obra constitucional reformadora favorece esa corrección. Incluso sería posible obtener una interpretación de autenticidad «*cognoscitiva*» (no decisoria), recurriendo a los propios autores. Sin embargo, la diversidad de fuentes, sobre todo por la incorporación de tratados y declaraciones de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), agrega dificultades para concretar esa fidelidad. Distintos textos han sido redactados por autores relativamente «distantes», cuya voluntad es difícil de conocer. Además la redacción de la Reforma suele recurrir con riesgo a enérgicas reglas generales que luego reciben muy importantes excepciones (v. por ej. arts. 76 y 99 inc. 3).

3. 3. Las normas son **exactas** cuando el contenido de la voluntad de los autores se cumple. La Constitución argentina ha padecido siempre dificultades para su exactitud, sobre todo en cuanto a la parte institucional. Algunas de las reformas de 1994 tienen de cierta manera asegurada la exactitud, como ocurre con la incorporación de tratados y

(3) V. por ej. Diario «La Capital» de Rosario, lunes 27 de octubre de 1997 («Arrasó la Alianza», pág. 1)

declaraciones sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, con la jerarquización supralegal de los tratados (art. 75 inc. 22) y con la apertura especial al Derecho de la Integración (art. 75 inc. 24), pues se alimentan de las tradiciones de proyección internacional de la cultura argentina, sea en la más «católica» y organicista versión «hispánica tradicional» o en la más antropocéntrica y contractualista tendencia «anglofrancesada» (4).

Otras reformas evidenciaron más resistencias, según ha acontecido, por lo menos hasta las elecciones de octubre de 1997, con varias de las modificaciones que tienden a limitar la fuerte tradición presidencialista de nuestra sociedad (v. gr., con diversos grados de dificultad, los arts. 76; 80; 85; 86; 99, incisos 3 y 4; 100; 101; 114; 120; 129, etc.). Es cierto que parece que en lo sucesivo el poder presidencial estará más limitado y que probablemente se dicten en tal sentido normatividades pendientes, pero esa limitación se ha abierto camino por los cauces democráticos tradicionales y con los despliegues de los factores de poder de los medios de comunicación y económico y sólo así se han logrado más posibilidades indirectas para la limitación de la Reforma.

Aunque pretenden captar la realidad, a menudo las normas se proyectan al futuro con un sentido programático e incluso a veces son instrumentos de propaganda o se desvían como meros espectáculos. Al ser redactada en 1853 la Constitución argentina tuvo importante proyección programática, pero a través del tiempo se observa también que hay partes que con frecuencia resultan meros espectáculos, como la que se refiere a las condiciones de las cárceles (art. 18).

Conforme lo ya expuesto respecto de las posibilidades de exactitud, mucho de lo que se ha dicho en la Reforma posee más un sentido **programático** que el de realizabilidad de efectividad inmediata. Importa estar en guardia, no obstante, contra la tendencia a que, quizás de modo casi imperceptible, se recorra el camino que parte de lo programático, pasa por la propaganda y llega al mero espectáculo (5).

3. 4. Las normas son **adecuadas** cuando sus productos, incluyendo los conceptos respectivos, sirven a la finalidad de sus autores. En razón de haber sido empleados por autores diversos del constituyente, conceptos de las fuentes de derechos humanos constitucionalizadas originan especiales riesgos en tal sentido. Incluso cabe preguntarse si la incorporación de tratados y declaraciones fue un procedimiento adecuado.

En algunos casos, como el del «conocimiento del Congreso Nacional» (art. 124) los conceptos del propio texto constitucional pueden ser inadecuados, según sucedería si lo que se quiso es controlar que los convenios internacionales de las provincias «no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación».

4) Pueden v. nuestras «Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

5) Es posible v. nuestro estudio «Las fuentes de las normas», en «Revista de la Facultad de Derecho» (UNR), 4/6, págs. 232 y ss. y en «Zeus», t. 32, págs. D. 103 y ss.

4. 1. Las normas suelen apoyarse en **fuentes formales**, que aportan a su construcción mediante autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores. Cada circunstancia jurídica posee un complejo de diversos tipos de fuentes que la reflejan (6). La Constitución de 1853 se valía de un elenco de formas relativamente reducido. La postmodernidad (7) se caracteriza por la dispersión del panorama formal y la modificación constitucional de 1994 ha producido importantes modificaciones en este sentido.

4. 2. El surgimiento de cierta posibilidad de reforma del nivel constitucional por vía de tratados de derechos humanos que se incorporen con ese carácter (art. 75 inc. 22); el incremento del papel de los tratados y las declaraciones y la referencia a las «condiciones de su vigencia» (art. 75, incisos 22 y 24); la generación de nuevos tipos de fuentes en el Derecho de la Integración (art. 75 inc. 24); la búsqueda de la participación y la dinamización en la formación de las leyes (arts. 39; 40; 63; 75, incisos 2, 3, 79; 80 y 81); el incremento de las leyes que requieren mayorías especiales y de la iniciativa por diputados (por ej. arts. 39; 40; 75 incisos 2, 3, 6, 22 y 24; 79; 85; 99 inc. 3; 114 -8-); la constitucionalización de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3); la figura de la ley convenio (art. 75 inc. 2); la viabilidad de los convenios internacionales de las provincias (art. 124) y la modificación de la jerarquía de las fuentes, de modo principal por los ascensos de los tratados, muestran un nuevo panorama formal en el Derecho Constitucional argentino reformado.

5. 1. Para que los repartos proyectados captados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que ellas **funcionen** mediante el cumplimiento de diversas tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, conjetura y síntesis. También aquí la Reforma produce importantes consecuencias.

5. 2. Los problemas del **reconocimiento** de las normas constitucionales se agudizan por la incorporación de fuentes que no fueron elaboradas por el constituyente. El art. 68 bis, no incluido en el texto del «Boletín Oficial» del 23 de agosto de 1994, generó un específico problema de reconocimiento. El art. 75 inc. 22 se refiere a «condiciones de vigencia» de las fuentes constitucionalizadas, que son difíciles de apreciar.

5. 3. Pese a las posibilidades de **interpretación** auténtica a las que nos hemos referido, en otros aspectos la interpretación se ha complejizado, principalmente en cuanto a las dificultades impuestas por los tratados y las declaraciones, que acentúan sobre todo las tensiones sistemáticas, a las que de alguna manera procura dar solución la regla de no derogación de los artículos de la primera parte y la complementariedad respecto de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75 inc. 22).

(6) A ese panorama cabe agregar las **decisiones administrativas** que dicta el Jefe de Gabinete de Ministros

(7) 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, pág. 9 y ss

(8) En tal sentido cabe tener en cuenta también el art. 68 bis, omitido oportunamente en la publicación del «Boletín Oficial»

5. 4. Diversas normatividades requieren su **determinación** (v. gr. arts. 36; 41; 42; 75 incisos 2, 3, 6, 19 y 23; 85; 86; 99 inc. 3; 100; 114; 115; 129). Suele decirse con acierto que a través de la Reforma la Argentina posee una Constitución que de alguna manera está «por hacerse».

5. 5. Conforme ya señalamos, la **aplicación** efectiva de varias reformas ha mostrado importantes resistencias de la realidad social.

6. Las normas pueden tener más sentido institucional o sólo negocial, pero en general en la postmodernidad hay una crisis de la institucionalidad. Las normas de carácter constitucional suelen poseer fuerte vocación institucionalizadora, de incorporación de carga ideológica a la realidad. Sin embargo, antes de la Reforma la Constitución había sufrido un relativo proceso de desgaste, sobre todo por las reiteradas crisis constitucionales que la habían mostrado impotente. La antigüedad y los obstáculos prácticos contribuían a que los valiosos textos constitucionales perdieran significado, en especial para algunos grupos más jóvenes.

La Reforma puede ser entendida como una **reafirmación**, de estilo postmoderno, del sentido institucional de la Constitución. De cierto modo es posible comprender la reforma constitucional en su conjunto como un esfuerzo por incorporar una **nueva institucionalidad** más creíble y sólida, aunque el carácter postmoderno también se manifiesta en una fuerte vocación de negocialidad que se muestra en el «Pacto de Olivos» y en la constante búsqueda de soluciones de consenso (v. gr. a través de mayorías especiales y del cambio en la composición del Senado).

En lo externo la nueva institucionalidad se abre a la inserción internacional y a la integración y en lo interno procura en mucho limitar los excesos del poder y revitalizar el federalismo.

7. 1. El **ordenamiento** normativo es la captación lógica neutral de un orden de repartos y en nuestro caso recibe modificaciones, como es obvio, en y desde el «subordenamiento» constitucional.

El ordenamiento normativo es **fiel** cuando expresa con acierto la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. La Reforma tiene partes de gran fidelidad, como las que intensifican las posibilidades de participación del país en la vida internacional y en la integración, sobre todo con los países de Latinoamérica (art. 75 incisos 22 y 24). En otros casos la fidelidad puede ser sólo respecto de cierto sector de la población, según ocurre tal vez en algún grado cuando se procura limitar el presidencialismo.

7. 2. En cuanto a la **estructura** del ordenamiento cabe señalar la **recomposición**

de la pirámide normativa, con el ascenso de la jerarquía de los tratados, sea a nivel constitucional o sólo «supralegal», con las posibilidades de admisión en plano supralegal de normas derivadas de la integración (art. 75 inc. 24) y asimismo con la consagración de los convenios internacionales de las provincias.

La constitución del ordenamiento sucede mediante relaciones verticales y horizontales de producción y de contenido de las normas, a las que es inherente la realización de los valores subordinación, ilación, infalibilidad y concordancia y al fin se satisface así el valor coherencia. La incorporación de tratados con jerarquía constitucional, que se elaboran como tratados pero adquieren rango constitucional por una vía diversa de la del art. 30, incrementa pero a la vez debilita esas vinculaciones.

Se ha procurado afianzar las relaciones horizontales de producción, en especial mediante la introducción de órganos y mecanismos de control (v. gr. arts. 85; 86; 101). Sin embargo es evidente que a partir de la Reforma y en correspondencia con el debilitamiento de la lógica propio de la postmodernidad ha disminuido la coherencia del «subordenamiento» constitucional.

7. 3. La recomposición de la pirámide significa cierto incremento en el desplazamiento de la **norma hipotética fundamental** que se está produciendo desde la referencia a la pirámide nacional a la pirámide «internacional» (mejor cabría decir de la pirámide de la «globalización» -9-).

En cuanto a las fuentes formales del ordenamiento, cabe reconocer que con la Reforma se muestra una **relativa «descodificación»** de la materia, sobre todo por la incorporación de fuentes de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) y que la elasticidad dejada para el dictado de los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social «en cuerpos unificados o separados» (art. 75 inc. 12) también evidencia la dinámica que en nuestros días se produce en este aspecto (10). Vale señalar, no obstante, que la pérdida del sentido de codificación no significa pérdida del sentido de sistematicidad. El sistema nacional, como parte del sistema mundial, es crecientemente sólido.

b) Dimensión sociológica

8. La realidad jurídico-sociológica se forma con **repartos** producidos por la conducta de seres humanos determinables y realizadores del valor conducción y **distribuciones** originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar, a las que es propio el valor espontaneidad. Toda constitución formal refleja un equilibrio en el que se pretende introducir la conducción en un marco de espontaneidad.

Al insertar una pluralidad de fuentes la Reforma produce cierta expansión, tal vez involuntaria, de las adjudicaciones por **influencias humanas difusas**, con un relativo

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

(10) Puede v. por ej. IRTI, Natalino, «L'età della decodificazione», Giuffrè, 1979.

debilitamiento de la nitidez de la conducción. Sin embargo, es grande el deseo evidenciado de controlar las influencias sociales y naturales mediante la **conducta repartidora** (v. gr. al proteger al consumidor -arts. 42 y 43-; resguardar el medio ambiente -arts. 41 y 43-; atender a la incidencia colectiva general -art. 43-; reconocer y garantizar las características propias de los indígenas -art. 75, inc. 17-; afirmar la igualdad de oportunidades y de trato para niños, mujeres, ancianos y discapacitados -arts. 37 y 75 inc. 23-; promover el desarrollo -art. 75 inc. 19-, etc.) (11).

9. Los repartos pueden ser **autoritarios**, producidos por imposición y realizadores del valor poder, o **autónomos**, desarrollados por acuerdos y satisfactorios del valor cooperación. Toda constitución, aunque como la nuestra se remita en el Preámbulo a pactos preexistentes, posee un sentido de autoridad. No obstante, desde su mismo origen en el «Pacto de Olivos» y en su propio despliegue la reforma constitucional es un gran esfuerzo por promover los **acuerdos** y la cooperación.

10. 1. El **orden de repartos**, al que es inherente la realización del valor homónimo, puede constituirse según el plan de gobierno en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad, y conforme a la ejemplaridad, desenvuelta según el esquema modelo y seguimiento por el cauce de la razonabilidad social y satisfactoria del valor solidaridad.

La Constitución argentina consagra tradicionalmente la verticalidad de la planificación al establecer que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por ella (art. 22). Es más, la Argentina se ha constituido sobre reiteradas recepciones de modelos extranjeros por vía de la planificación gubernamental, como lo evidencian la adopción de los modelos de la Constitución norteamericana y del Código Civil francés (12). Sin embargo, aunque la propia referencia socialdemócrata de la Reforma es «recibida», la introducción de la iniciativa y la consulta populares (arts. 39 y 40) es una expresión de que el plan de gobierno atiende con amplitud a la **ejemplaridad**.

(11) Desde las perspectivas de estudio del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y en particular de su Área de **Derecho de la Ancianidad** es especialmente relevante destacar que en concordancia con el texto propio de la Reforma la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 16; art. 75 inc. 22 C. N.) dice que «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, le imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.» (c. asimismo el art. 30, en relación con los deberes de los hijos respecto de los padres y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que también posee jerarquía constitucional). No obstante, para apreciar la tensión de las normas vale considerar que en la estructura económica del capitalismo actual la protección del anciano es muy difícil de realizar, sobre todo porque aunque disponga de recursos su inserción como consumidor suele estar más en una residencia geriátrica, donde se halla en permanente contacto con la muerte, que en un marco intergeneracional como el de la familia.

Además es importante señalar, v. gr., la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, ahora también con jerarquía constitucional.

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

10. 2. La Reforma procura que el régimen (orden de repartos) tenga una fuerte **inserción social** (nacional, internacional, provincial y municipal, básicamente humana, étnica, etc.) y **ambiental**. El país se abre de manera amplia a la internacionalidad y sobre todo a la integración, en especial con los países latinoamericanos, busca cierta afirmación del federalismo, resguarda los derechos humanos en general y las particularidades de los indígenas y requiere el cuidado del medio ambiente.

Para mantener un contacto fluido con sus bases el régimen no sólo consagra la iniciativa y la consulta populares, indica el carácter fundamental de los partidos políticos (art. 38), da cauces al habeas corpus y al amparo (art. 43), consagra la representación senatorial de las minorías (art. 54), afianza el patrimonio cultural y la diversidad biológica (art. 41), etc.

La Reforma pretende que el régimen sea más dinámico, lo que se evidencia v. gr. a través de la búsqueda de una más ágil y permanente actividad legislativa (arts. 63; 79; 81, incluso 99 inc. 3).

10. 3. Los órdenes de repartos sufren vicisitudes cuya manifestación más importante es la revolución, entendida como cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto. La experiencia argentina está marcada por múltiples procesos revolucionarios que se alzaron en diversos grados contra la Constitución, a veces reconociéndose «de facto» y en otros casos proclamándose «de iure». Por eso y en concordancia con lo que se había hecho en el art. 29 respecto de las facultades extraordinarias, el art. 36 contiene una destacada búsqueda de su **propia consolidación** y un enérgico rechazo de los actos de fuerza contra el **orden institucional** y el sistema **democrático**. Tales propósitos llegan al punto de conceder el **derecho de resistencia** de los ciudadanos y de pretender la **reversión del curso temporal** mediante el mantenimiento del imperio constitucional, aun cuando se interrumpiere su observancia.

11. 1. Con la modificación de 1994 se busca que quede más claro y tenga más posibilidad dinámica el **puesto** de la Argentina en el mundo.

Para comprender mejor la reforma constitucional se deben tener en cuenta la **estructura básica** del país, su lugar físico y su geografía, su historia anterior a la conquista, hispánica e independiente, sus condiciones económicas, su composición cultural, etc. No es viable entender la Reforma sin considerar el complejo de los **factores de poder** internos y externos.

La modificación constitucional emerge de que el nuestro es un país **abierto a la internacionalidad**. Es un país «distante» de los grandes centros del poder mundial, pero de proyección atlántica, o sea orientado al «mare nostrum» actual de Occidente. La estructura geográfica de lo que ha sido el «centro» ocupacional del territorio confluye en un «Puerto», que es la llave de la gran «Cuenca del Plata».

La población indígena del territorio muestra posibilidades de proyección diversas, con la familia lingüística tupí-guaraní abarcando desde el centro de Santa Fe, en Argentina, hasta el Amazonas, con las vinculaciones incaicas en el Norte y el Centro, etc. La ocupación hispánica también se produjo mediante diferentes «corrientes colonizadoras».

A través de la historia española el país está dividido -como ya señalamos- en sectores «hispánicos tradicionales», más organicistas, paternalistas y católicos, más afines con el sentido de la monarquía de los Habsburgo y reforzados por la inmigración itálica meridional y sectores «anglofrancesados», más relacionados con las tendencias individualistas, contractualistas y «progresistas» y más emparentados con el significado de varios monarcas de la familia Borbón (13). Con raíces más católicas y concretas o más abstractas y revolucionarias francesas, se trata de una cultura referida al mundo.

La economía argentina fue durante mucho tiempo claramente complementaria de las europeas y nuestra dependencia del imperio británico asumió caracteres neocoloniales que no dejaron de provocar, como rechazo, ciertas superficiales simpatías autoritarias opuestas. La decadencia inglesa produjo una nueva relación de dependencia más difusa, pero centrada en la economía norteamericana. Argentina ha sido uno de los mayores receptores de inmigración europea, al punto que fue un verdadero «crisol de razas» sin que hubiera, como en los Estados Unidos de América o incluso en el Brasil, una élite al fin dominante.

La historia reciente del país registra una guerra perdida contra los grandes centros del poder mundial y la mayoría del país ha comprendido que el logro de sus muy legítimos reclamos debe encauzarse por la vía internacional.

El nuestro es un país occidental pero «anacrónico». No obstante, por lo menos en algunos sectores, posee fuerte vocación por acercarse a la temporalidad predominante. Los principales factores de poder de la vida argentina han sido y sobre todo son destacadamente abiertos a los contactos internacionales.

El país tiene una «constitución material» con sólidas vinculaciones externas.

11. 2. La Reforma evidencia una importante **vocación integradora**, especialmente **latinoamericana**. Argentina no es un país típico de la región, pero tiene fuertes afinidades lingüísticas, religiosas e incluso históricas y claras conveniencias comunes con Latinoamérica y advierte que, si no participa de la integración, en un proceso de globalización como el actual posee muy escasas posibilidades de protagonismo propio. Dentro de las afinidades con América Latina, la integración con los otros componentes del Mercosur, partes de la unidad de la Cuenca del Plata, es particularmente sostenible.

11. 3. La modificación constitucional pone especial énfasis en la protección, con engarce internacional, de los **derechos humanos**, en gran medida porque diversos sucesos

(13) Es posible v. nuestras «Bases ...» cits.

de la historia reciente del país produjeron violaciones muy graves de esos derechos que no corresponden a las raíces profundas de la cultura argentina. El país se proyecta a la conciencia universal de los derechos humanos para encontrar y afianzar al fin sus propias raíces y para cambiar la mala imagen que ha producido.

11. 4. La Reforma establece diversas vías para limitar el **poder presidencial**, que con frecuencia ha sido desbordante, aunque en algunos casos de excepción fue imprescindible. Los gobiernos argentinos con más apoyo democrático se han caracterizado, en diferentes grados, por una fuerte presencia de la autoridad presidencial. La superación de las crisis económicas inflacionarias requirió que gobiernos populares adoptaran medidas ejecutivas de excepción.

La búsqueda de tales vías de limitación fue uno de los móviles en que se inspiró una de las partes del «Pacto de Olivos» que abrió cauce a la modificación constitucional, pero diferentes causas, que van desde la tradición de ejecutivos fuertes de varios países latinos a la crisis económica que se ha debido superar con decisiones muy enérgicas y a la personalidad de los propios protagonistas del proceso político, hacen que hasta ahora esas sendas no se hayan recorrido cabalmente. En cambio, la parte en el Pacto que fue motivada en mucho por la búsqueda de la posibilidad de la reelección presidencial ha tenido hasta el presente mejores resultados, por lo menos hasta las elecciones del 26 de octubre de 1997.

El mayor protagonismo e incluso el mejoramiento de la imagen de los otros poderes del gobierno, que en gran medida pretendió la Reforma, por el momento no se ha logrado.

Tal vez por el juego combinado de factores externos e internos al menos respecto al modelo económico el equilibrio de poderes en el gobierno argentino parece seguir como antes de la Reforma. Quizás su clave última esté en el apoyo que la composición predominante de la Corte Suprema de Justicia brinda a las propuestas económicas del Ejecutivo.

12. 1. Los repartos y su orden pueden tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas. Por largo tiempo la Constitución argentina padeció esos límites en diversos aspectos, sobre todo en la parte institucional.

La Reforma busca concentrar fuerzas para superar los límites necesarios que llevaron a las diversas revoluciones y en este sentido distintos motivos han conducido a que hoy podamos considerar previsible la estabilidad institucional, pero -como acabamos de señalar- en otros puntos se han encontrado hasta ahora barreras que han impedido parte de la realización de la voluntad modificadora.

12. 2. Los límites necesarios impuestos por la realidad **económica** han hecho que, pese a la orientación general de la Reforma, en las recientes elecciones del 26 de octubre

de 1997, para alcanzar la victoria, los principales partidos de la oposición recorrieran un camino ideológico de transformación económica de cierto modo pro-liberal, relativamente análogo al que antes había transitado el justicialismo. Tal vez los resultados de las elecciones sólo hayan sido posibles por la conformidad para el triunfo de la oposición que se evidenció en los poderes capitalistas.

13. 1. Sería incompleto todo estudio que no considerara que al fin el régimen argentino e incluso el propio naciente orden mercosureño están intensamente insertos en un **orden mundial** que les impone sus reglas, centradas en la preservación prioritaria del mercado y en el respeto suplementario de los derechos humanos; orden planetario reflejado en el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio y que refiere su interés a los integrantes del sistema económico y tiende a marginar a los demás (14). Desde este enfoque la Reforma expresa una cierta vocación «revolucionaria» y «anárquica» respecto del orden globalizado y en tal sentido vale preguntarse cuál será su efectividad.

13. 2. Una de las distintas líneas de resistencia de nuestro régimen respecto del orden global está en la Primera de las Disposiciones Transitorias, en la cual -reflejando el «puesto» en que se concibe en el mundo- la Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible **soberanía** sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes y establece que la recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes y conforme a los principios del Derecho Internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino.

c) Dimensión dikelógica

14. 1. Los **valores jurídicos** forman un complejo que culmina en los requerimientos de la justicia y todos los valores a nuestro alcance han de contribuir a la realización del valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser) que, en alguna medida, es inherente a todo hombre por «disvalioso» que sea en los otros aspectos.

La vocación de justicia y el respeto a la condición humana en general que inspiran a la Constitución argentina están ya firmemente señaladas en el Preámbulo. El texto constitucional histórico pretende que la justicia se realice en gran medida sobre apoyos en la cooperación, aunque su propia imposición evidencia cierto sentido de búsqueda de la previsibilidad planificada.

La Reforma tiene el propósito de realizar la **justicia** sobre mayores bases de **cooperación y solidaridad** social y menores recursos al poder e incluso a la previsibilidad planificada. Pretende poner frenos a los desbordes de la **utilidad**, con frecuencia arrogante

14) Puede v. nuestro estudio «La Organización Mundial del Comercio y la norma hipotética fundamental de nuestro tiempo», en «Investigación ...» cit., Nº 29, págs. 37 y ss.

Es posible c. nuestro artículo «Filosofía de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., Nº 25, págs. 25 y ss.

y subversiva contra otros valores, v. gr., a través de la sanción de los delitos dolosos graves contra el Estado que conlleven enriquecimiento (art. 36), la publicidad del origen y destino de los fondos y el patrimonio de los partidos (art. 38), la protección de los consumidores y de la competencia (art. 42), el resguardo del medio ambiente, etc.

Es notorio que la Reforma se inspira en un claro reconocimiento del valor **humanidad**. El texto propiamente constitucional y las fuentes con esa jerarquía así lo indican.

Sin embargo, en algunos casos surge la duda de si las limitaciones a la utilidad no pueden llegar a ser incluso desbordes de la justicia, porque el desequilibrio económico conduzca a consecuencias más injustas. Al respecto es significativo señalar que la propia Reforma exige la defensa del valor de la moneda (art. 75 inc. 19) y que en la actualidad gobierno y oposición se muestran -quizás con diverso convencimiento- altamente inclinados a atender al valor utilidad.

14. 2. En la modificación constitucional confluyeron el **liberalismo económico** de los sectores en el gobierno y el **pactismo** que a través de las afinidades con la filosofía analítica tiene ahora el más tradicional partido de la oposición. Crece la planificación formal, pero en correlación con el espíritu socialdemócrata que predominó, se trata de una planificación con miras a difundir la libertad, la cooperación y la solidaridad y al fin se procura encauzar la utilidad.

Unos protagonistas fueron a la Reforma en mucho con miras a fortalecer la realización de un modelo económico de sólido, quizás excesivo carácter utilitario; otros lo hicieron procurando en gran medida limitar, tal vez en exceso, los desbordes del economicismo. Más se formalizó de lo segundo, pero hasta ahora más se ha realizado de lo primero. Como indicamos, en la actualidad el gobierno y la oposición mayoritaria confluyen, por lo menos en las declaraciones, en el sostentimiento del modelo económico liberal.

15. 1. La justicia puede conocerse por distintas vías denominadas «clases». La Reforma refleja en diversos grados incrementos de las proyecciones a la justicia **consensual, espontánea** (sin «contraprestación»), de **participación y general** (referida al bien común). Se mantienen las líneas de relativa «justicia social», que atienden a los méritos de la condición humana, establecidas en la anulada modificación de 1949 y en la reforma de 1957 (v. art. 14 bis preexistente). Ahora el texto constitucional reclama el progreso económico con justicia social (art. 75 inc. 19).

Es relativamente paradójico que esto suceda cuando en la realidad el mundo parece encaminarse a modelos «neoliberales» donde impera la justicia comutativa (con «contraprestación»), de aislamiento y particular (cuyos requerimientos identifican al fin al Derecho Privado y se radicalizan en las «privatizaciones»). Incluso vale tener presente

también en este aspecto que en la actualidad el gobierno y la oposición mayoritaria coinciden en ese modelo liberal.

15. 2. La modificación constitucional tiene aspectos inspirados en la justicia **correctora**, que procura cambiar las bases existentes, como sucede con las medidas de **acción positiva** que deben garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato respecto de los derechos humanos, en particular para los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75 inc. 23; v. asimismo art. 37 y Disposición transitoria Segunda).

16. La proyección a la realización de los valores es campo de la **ética**, pero está estrechamente relacionada con la concreción de los mismos y en consecuencia interesa también al Derecho. La corrupción es, en cambio, realidad frecuente no sólo en nuestro medio sino en el mundo en general. Aunque con variaciones circunstanciales, en general la Constitución pudo mantener cierta ética republicana, mas ella se ha debilitado en la actualidad. Toda la modificación constitucional resulta inspirada por una vocación de ética que sobre todo es patrimonio histórico de la ideología de uno de los partidos que la hicieron posible. La Reforma puntualiza que el Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función (art. 36).

17. 1. La justicia es una categoría «**pantónoma**» (pan = todo, nomos = ley que gobierna) que sólo podemos satisfacer mediante fraccionamientos necesarios cuando no es posible conocerla o realizarla en mayor medida. Como hemos dicho, a semejanza de lo que había hecho el art. 29 la modificación constitucional se esfuerza por **asegurar** su régimen. En el preexistente art. 29 y en el 36, que introdujo la Reforma, se procura consolidar el orden de repartos **fraccionando** cualquier consideración que atenúe las transgresiones.

El art. 29 recorta el tiempo estableciendo la nulidad insanable de los actos prohibidos y limita el complejo real fijando la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria para quienes los formulen, consientan o firmen. El art. 36 mantiene el imperio constitucional aun cuando se interrumpiere la observancia por actos de fuerza, coincide en la insanable nulidad de los actos respectivos, excluye de los beneficios del indulto y la commutación de penas a los transgresores, declara la imprescriptibilidad de las acciones correspondientes, etc.

17. 2. La Reforma tiene un sentido de **futuro** mucho menos intenso que el de la obra de 1853. De algún modo es más «circunstancial», como en cierta medida corresponde también a la postmodernidad. No obstante, hay asimismo una fuerte apertura al porvenir, por ejemplo al resguardar a las generaciones futuras en cuanto a la preservación del

ambiente (art. 41) y la protección de los niños y las madres (art. 75 incisos 22 y 23). Existe además una relevante consideración del **pasado**, reflejada en el respeto a los derechos de los ancianos (art. 75 inc. 22).

Cuando es necesario, la modificación atiende a los despliegues del **complejo real**, v. gr. a través del derecho a la información y el habeas data (arts. 38 y 43), pero también se produce seguridad mediante el fraccionamiento de ese complejo y de las **consecuencias**, por ejemplo al resguardar el secreto de la información periodística (art. 43).

El reconocimiento de las proyecciones del **complejo personal**, del complejo real y de las consecuencias se muestra, v. gr., en la atención a los derechos de incidencia colectiva en general (art. 43) (15) y en el rechazo a la discriminación (arts. 37; 75 incisos 22 y 23, etc.).

Los despliegues enriquecedores que acabamos de señalar resultan notoriamente mayores si se atiende a los tratados y las declaraciones que adquirieron jerarquía constitucional.

18. 1. La legitimidad de los repartidores puede ser autónoma y democrática o aristocrática (apoyada en una superioridad moral, científica y técnica). La modificación constitucional consagra reiteradamente la forma **democrática** (arts. 36 y ss.), que antes estaba sólo implícita, pero también se esfuerza en obtener la complementación judicial de la democracia con la **aristocracia** al establecer el régimen del Consejo de la Magistratura (art. 114) y fijar el procedimiento para la remoción de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación (art. 115). La afirmación democrática es muy importante en un tiempo en que tienden a prevalecer abierta u ocultamente la tecnocracia y la plutocracia.

18. 2. La justicia del objeto del reparto se ha incrementado sobre todo a través de nuevos **derechos y garantías** (arts. 36 y ss.; 75 incisos 22 y 23). La gran riqueza de los derechos y las garantías surgidos del nuevo texto y de las fuentes constitucionalizadas hace que una enunciación al respecto exceda los límites de este estudio, pero en general se trata de desarrollos suficientemente reflejados en el texto constitucional.

Al único efecto de señalar algunos de los aspectos más importantes de los contenidos de las fuentes de derechos humanos con jerarquía constitucional vale referirse a la pretensión reiterada de lograr el retroceso de la **pena de muerte**, al derecho a **indemnización** conforme a la ley en caso de condena en sentencia firme por error judicial (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 10) y al derecho de **rectificación o respuesta** (Convención Americana recién citada, art. 14).

19. 1. Para ser justo un régimen ha de ser humanista, tomando a cada hombre

(15) En cuanto a la atención a los grupos de personas v. asimismo por ej. el art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

como fin y no como medio y para ser humanista debe respetar la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los seres humanos. La Reforma se preocupa de modo muy considerable de tal respeto resguardando las particularidades de las **minorías** y afirmando el derecho al **desarrollo**, consolidando la **democracia**, rechazando la **discriminación** y asegurando la **igualdad de oportunidades** (v. gr. arts. 37 y 75 incisos 2, 19, 22 y 23) e imponiendo cauces de **solidaridad**.

Asimismo, para que el régimen sea humanista ha de practicar la **tolerancia** y en tal sentido vale atender, por ejemplo, a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que ahora tiene jerarquía constitucional (art. 7).

19. 2. Para la realización del régimen de justicia ha de protegerse al individuo contra los demás individuos, como tales y como régimen, respecto de sí mismo y frente a todo «lo demás» (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). Los contenidos básicos de la Constitución se referían al amparo contra el régimen y los demás, pero ya la modificación no vigente de 1949 y la reforma de 1957 se abrieron al resguardo contra «lo demás» (v. arts. 14 bis y ex 67 inc. 11, hoy 75 inc. 12).

En la reforma de 1994 se evidencian el resguardo contra los **demás individuos** (v. gr. mediante la protección del consumidor, el amparo, el habeas data, etc.), la limitación de los avances del **régimen** mediante la división del poder gubernamental y el fortalecimiento de los individuos (v. gr. al abrir cauces a la participación, ceñir el presidencialismo, reforzar el federalismo y consagrar nuevos derechos y garantías e incluso el derecho de resistencia) y la atención sobre todo a «**lo demás**» a través del desarrollo humano en muy diversas manifestaciones (por ej. art. 75 inc. 19).

Mucho vale el intento reformador de revitalizar el **federalismo** afianzando los derechos económicos de las provincias y abriendo más sus posibilidades internacionales (v. gr. arts. 75 inc. 2; 123 y 124) (16). También es valioso el reconocimiento de la autonomía **municipal** (art. 123), en mucho considerando que en la ciudad están los «próximos» concretos (17).

Es asimismo destacable la amplia consideración brindada a las cuestiones **educativas, científicas y culturales** en general (arts. 41; 42; 75 incisos 17, 19, 22 y 23) (18).

Particular aunque quizás tardío relieve tiene el fundamental cambio producido en cuanto a la consideración de la minoría de los pueblos **indígenas**, cuya protección pretende fuerte consistencia. Vale destacar que además en general corresponde al Congreso dictar leyes que protejan la **identidad** y la **pluralidad** cultural (art. 75 inc. 19). Las fuentes

(16) Puede c. v. gr. nuestro trabajo «Los convenios internacionales de las provincias desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado», en «Derecho de la Integración», N° 4, págs. 61 y ss.

(17) Es posible v. nuestros estudios «La paz en la ciudad», en «Boletín ...» cit., N° 22, págs. 31 y ss. y «Comprensión filosófica de la ciudad, sus conflictos y esperanzas (La ciudad en tiempos de la globalización y la marginación)», en «Investigación ...» cit., N° 29, págs. 13 y ss.

(18) Además, por ejemplo, el art. 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con jerarquía constitucional, dice que toda persona tiene derecho a la **libertad de investigación**.

constitucionalizadas poseen también una clara voluntad de proteger a las minorías en general, uno de cuyos momentos culminantes aparece en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Se manifiestan así importantes enfoques de mejor **comprensión antropológica**, que tienen grandes posibilidades de proyección a múltiples problemas.

Gran relieve corresponde a los diversos **procedimientos** que, en especial a través de los tratados con jerarquía constitucional, se han introducido para el resguardo efectivo de los derechos humanos.

Se trata de diferentes muestras de una amplia estrategia orientada al régimen de justicia, que corresponde al estado de la conciencia jurídica de nuestro tiempo.

2) La Reforma y las ramas del mundo jurídico

20. 1. La modificación constitucional está en condiciones de proyectar su influencia en todas las otras **ramas** del Derecho, interno y externo. Con una perspectiva «**microjurídica**» puede hablarse con razón de una mayor constitucionalización de diversas ramas jurídicas.

20. 2. No obstante, en nuestro tiempo de comercialización y de despliegue economicista del Derecho Privado y del Derecho en general, la comprensión profunda de la Reforma y de sus posibilidades debe tener en cuenta que el papel central en el mundo jurídico es crecientemente ocupado por el **Derecho Comercial**.

Tal vez en una apreciación desde el presente resulte que la historia jurídica de Occidente vendría a confluir en el papel absorbente y dominante que hoy tiene el Derecho Comercial, no sólo en el ámbito privado sino también en el público. En una perspectiva «**macrojurídica**» el resultado es diverso del que señalamos en el párrafo 20. 1.

El total «micro» y «macro» es acorde con los sentidos aparentemente contradictorios de los niveles superficial y profundo de la postmodernidad. Sin embargo, a diferencia de ciertos sectores que afirman el «fin de la historia», creemos que el porvenir humano nunca está cerrado.

20. 3. En este marco hay que apreciar también la crisis de la tradicional protección de los trabajadores consagrada en la Constitución (art. 14 bis preexistente; conc. por ej. art. 75 incisos 19 y 22).

III. Horizonte político general

21. En relación con el horizonte de la **teoría trialista del mundo político** que dentro de una concepción tridimensional señala que éste se compone de actos de

coexistencia captados por normas y valorados por los valores de convivencia, la Reforma se inscribe en una fuerte consideración de la **política jurídica** (o Derecho) y de otras ramas de política -sanitaria, científica, artística, educacional, etc.- a las que tiende a hacer prevalecer sobre desbordes posibles de la política económica, que tanta influencia tiene en nuestros días.

La tarea de la Convención Reformadora puede entenderse como una fuerte tensión con la gravitación del Ministerio de Economía. Sin embargo, la evolución partidaria posterior parece evidenciar una moderación de la oposición al modelo liberal.

22. En las líneas de tensión entre la **realidades económicas**, la **democracia** y los **derechos humanos**, que en gran medida caracterizan a este tiempo, la Reforma se opone a la tendencia economicista realmente predominante y se orienta a hacer prevalecer los dos últimos.

Vale tener en cuenta que esa suele ser la tendencia de los cuerpos deliberativos, como lo fue obviamente la Convención que elaboró la actualización constitucional, pero también que los órganos ejecutivos poseen a menudo más proximidades con el juego de las fuerzas económicas.

Hoy parece que la tensión entre economía, democracia y derechos humanos puede ser menor, por lo menos atendiendo a los resultados de las recientes elecciones en que un altísimo porcentaje de la población ha votado por el mantenimiento del modelo liberal desde diversos partidos.

IV. Conclusión

23. En cuanto a las normas, los **avances** dikelógicos y políticos generales de la modificación de 1994 son notorios. No obstante, uno de los mayores interrogantes que plantea el nuevo hecho constitucional es el referido a las posibilidades de su **realización**.

Mucho queda al esfuerzo cotidiano de cada uno para el éxito de la Reforma. La comprensión trialista del Derecho y la Política puede ayudar a que las normas y las aspiraciones de justicia no se desentiendan de la realidad concreta pero también a que esta realidad no avasalle la dignidad de hombres a los que al fin hay que ayudar en su personalización.

La Constitución no es nunca la justicia misma, sino un **instrumento** que debe servir a la plena personalización de los seres humanos (19).

(19) En relación con la reforma constitucional de 1994 pueden v. por ej. SARMIENTO GARCIA y otros, «La reforma constitucional interpretada», Bs. As., Depalma, 1995; DROMI, Roberto - MENEM, Eduardo, «La Constitución Reformada», Bs. As., Ciudad Argentina, 1994. Asimismo es posible c., v. gr., BIDEGAIN, Carlos María, «Curso de Derecho Constitucional», nueva versión actualizada por Eugenio Luis PALAZZO. Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994/6

VISION DE LA ESTRUCTURA DE LA COOPERACION PENAL INTERNACIONAL Y DE LA REALIDAD BASICA DE LA EXTRADICION A TRAVES DE LA LEY 24.767 (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Nociones fundamentales

1. El dictado de la Ley Nº 24.767, de **Cooperación Internacional en Materia Penal**, que deroga la vieja ley de extradición, 1.612, y los artículos 646 a 674 del Código de Procedimientos Federal en Materia Penal (ley 2.372), fija un nuevo **mínimo**, más alto, que la Argentina propone unilateralmente para la extradición y la cooperación penal internacional en general (1). Como hemos de puntualizar, la delincuencia de nuestro tiempo requiere a menudo niveles de cooperación superiores a los de la nueva ley, pero ésta constituye un importante paso para el incremento de la cooperación penal internacional, superador de las condiciones de la normatividad anterior.

Puede decirse que el Derecho Procesal Penal Internacional, comprensivo de la cooperación que nos ocupa, abarca tres **períodos**: el anterior a la ley 1.612, cuando

(*) Ley de cooperación internacional en materia penal, «Anales de Legislación Argentina», LVII - A, págs. 40 y ss.; BORA, 16/I/1997.

Ideas básicas de una clase dictada por el autor en la Carrera de Post Grado de Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

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

(1) En relación con la extradición pueden v. en general por ejemplo: LISZT, Franz von, «Tratado de Derecho Penal», trad. Luis Jiménez de Asúa, t. II, 3a. ed., Madrid, Reus; GALLINO YANZI, Carlos V. (Dr.), «Extradición de delincuentes», en «Enciclopedia Jurídica Omeba», t. XI, págs. 684 y ss.; QUINTEROS MARENGO, Aníbal Santiago - DIBUR, José Nicasio, «Extradición - Tratados y convenios», Bs. As., Policial, 1985; PIOMBO, Horacio Daniel, «Extradición de nacionales», Bs. As., Depalma, 1986; «La transferencia de condenados: nuevo instituto de la cooperación penal internacional», en «Anales» de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 1990, págs. 213 y ss.; «Un paso efectivo hacia una más estrecha cooperación penal entre Argentina y España», en «Revista Española de Derecho Internacional», Vol. XLIII, Núm. 1, págs. 287 y ss.; TELLECHEA BERGMAN, Eduardo - ALVAREZ COZZI, Carlos, «Extradición», 2a. ed., Montevideo, Universidad, 1997; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «El Convenio Europeo de Extradición», Barcelona, Bosch, 1986; FIERRO, Guillermo J., «¿Una nueva causa de extinción de la acción de la pena?», en «Doctrina Judicial», 8/X/1997; «La ley penal y el Derecho Internacional», Bs. As., Depalma, 1977; SBOLCI Luigi, «Il principio di specialità dell'estradizione nel diritto internazionale», en «Rivista di Diritto Internazionale», vol. LXXI, fasc. 4, págs. 749 y ss.; MARCHESI, Antonio, «Estradizione e pena di morte secondo l'art. 11 della Convenzione Europea di Estradizione», en «Rivista ... cit.», vol. LXXIV, fasc. 2, págs. 281 y ss.; MARZADURI, Enrico, «Autorità giudiziaria ed autorità amministrativa nel procedimento di estradizione passiva», en «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal»,

incluso llegó a negarse la extradición por falta de ley (2), el de la ley 1.612 y el Código (cuyas disposiciones fueron de cierto modo conflictivas) y el que se inicia con la nueva ley, más acorde con las tendencias actuales al respecto.

2. 1. Como su propio nombre lo indica, el **Derecho Procesal Penal Internacional** es una realidad compleja, signada por la a su vez compleja exigencia que el Derecho Penal Internacional impone al proceso, planteando la necesidad de un área jurídica relativamente **autónoma**.

Como lo evidencia con especial penetración la **teoría trialista del mundo jurídico** (3) el Derecho es siempre un fenómeno tridimensional de realidad social, normas y valores, compuesta por un orden de repartos captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia.

Esa realidad tridimensional se diferencia en áreas con distintos grados de autonomía, signadas por características especiales en las tres dimensiones jurídicas, que culminan en especiales requerimientos de justicia.

El **Derecho Penal** y el **Derecho Internacional** someten al proceso a requerimientos muy tensos que constituyen un área relativamente autónoma.

Cuando es liberal, el **Derecho Penal** se desenvuelve en la tensión entre la protección a la víctima, real o eventual (4) (en proyección, protección social) y la voluntad de peinar, por una parte, y la protección al reo, por la otra.

nuova serie, anno XXVI, fasc. 2, págs. 611 y ss. Asimismo pueden c. v. gr. «Convención Interamericana sobre Extradición» suscrita en Caracas el 25 de febrero de 1981 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Extradición. Secretaría General - Organización de los estados Americanos. Washington, D. C., 1981; CASAZIONE PENALE - SEZIONI UNITE, 28 febbraio 1989. P. M. in c. Nigro ricorrente con nota de Riccarda MARCCHETTI. «Un ulteriore intervento delle Sezione Unite in tema di specialità dell'extradizione», en «Rivista Italiana ...» cit., nuova serie, anno XXXII, II, págs. 1715 y ss.; AYMOND, P., «Extradition», en «Répertoire de Droit International», dirigido por Ph. FRANCESCAKIS. París. Dalloz, t. I, 1968, págs. 808 y ss. (y actualizaciones). KESTER, John G., «Some Myths of United States Extradition Law», «Georgetown Law J.», 76 (4), págs. 1141 y ss; JIMENEZ DE ASUA, Luis, «La ley y el delito - Principios de Derecho Penal», 3a. ed.. México - Buenos Aires. Hermes, 1959, págs. 160 y ss. y 176 y ss.; SOLER, Sebastián, «Derecho Penal Argentino», 3a. reimpr.. Bs. As., TEA, t. I, 1956, págs. 192 y ss.; GOLDSCHMIDT, Werner, «Derecho Internacional Privado», 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 521 y ss.; VICO, Carlos M. (Dr.), «Curso de Derecho Internacional Privado», comp. por Isauro P. Arguello (h.) y Pedro Frutos, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, t. IV, 1930, págs. 254 y ss., también 4a. ed., actualizado por Isauro P. Arguello, Bs. As. Biblioteca Jurídica Argentina, t. II, págs. 282 y ss.; RUBIANES, Carlos J., «Manual de Derecho Procesal Penal», 3a. reimpr.. Bs. As., Depalma, t. III, 1985, págs. 481 y ss.; CLARIA OLMEDO, Jorge A., «Tratado de Derecho Procesal Penal», Bs. As., Ediar, t. VII, págs. 107 y ss. Un panorama bibliográfico y de jurisprudencia puede v. asimismo en «Revue critique de droit international privé». Muy especial consideración merece el informe de Ada PELLEGRINI GRINOVER en el Vº World Congress de la International Association of Procedural Law (Taormina, 17-23 de Septiembre de 1995) "Cooperación internacional en el proceso penal: líneas evolutivas y garantías procesales". La extradición fue tema del XIX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, realizado en Lisboa en 1996.

- (2) Se consideró la inexistencia de tratado y de ley caso «Guillermo Sachs», en «Sentencias de la Suprema Corte de la Nación Argentina», Bs. As., Jurídica Argentina, vol. V, págs. 392/3.
- (3) En relación con la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; «Estudios Jusfilosóficos», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.
- (4) Puede v. por ej. SOTO, Alfredo Mario, «Notes sur la victime dans l'Amérique Latine», en «Revue internationale de philosophie pénale et de criminologie de l'acte», N° 7/8, págs. 67 y ss.

El **Derecho Internacional** se desarrolla tradicionalmente en un marco de Estados Independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones económicas, religiosas, científicas, artísticas, etc. suficientemente complejas como para requerir una importante regulación jurídica (5). Esa internacionalidad, que de por sí exige un creciente grado de cooperación, es afectada actualmente por fenómenos de **globalización** en sentido genérico, que suelen incorporar a quienes participan en el sistema económico y **marginar** al resto de la población (6), y fenómenos de **integración** (7). Como es obvio, la vida internacional, globalizada o marginal en términos más o menos «legales», va acompañada de fenómenos de **delincuencia internacional, globalizada y marginal**.

En nuestros días de la globalización y la marginación cabe reconocer las diferencias entre el «**delito globalizado**», como es v. gr. al fin el narcotráfico, y el delito marginal, más **tradicional**, que abarca homicidios, robos, hurtos, violaciones, etc. según los viejos conceptos. Un lugar relativamente intermedio suele corresponder, por ejemplo, a delitos como el terrorismo, que puede surgir en los marcos internacionales o globalizados o atacar desde la marginalidad.

2. 2. Como hemos dicho, la nueva ley argentina es un importante «piso», de elevado nivel, de la cooperación **internacional**, satisfactorio sobre todo con miras a un mínimo de asistencia para los delitos más tradicionales, pero que no es del todo idóneo para los grados más elevados de cooperación internacional y menos todavía para atender a los requerimientos penales en la globalización y en la integración.

Los cambios en los alcances reales de los delitos ponen en cuestión los principios utilizados tradicionalmente para fijar el **ámbito** del Derecho Penal, sobre todo porque con la globalización se incrementa el sentido de la «ubicuidad». Así como es mundial el mercado, también tiende a serlo el delito.

La globalización pone en crisis la aplicación de los principios tradicionales con que se determinaban los alcances de la ley penal. Actualmente muchos delitos son referibles al principio cosmopolita. Pese a considerar un gran avance el dictado de la ley 24.767, suele ser más lo que se necesita para combatir el delito global.

2. 3. El Derecho Procesal Penal Internacional se mueve, sobre todo, en la difícil relación entre la tendencia **dinámica** del proceso, de la **voluntad de penar** y de la **afinidad internacional** y el **peso de la protección del reo** que impone el liberalismo.

(5) VERDROSS, Alfred. «Derecho Internacional Público», 4a. ed. en colaboración con Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, 4a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.

(6) Pueden v. nuestros estudios «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación y Docencia», Nº 27, págs. 9 y ss.; «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., Nº 25, págs. 25 y ss.

(7) Acerca de la integración pueden v. por ej. nuestros estudios «Técnicas de integración», en «Investigación ...» cit., Nº 18, págs. 101 y ss.; «Perspectivas jusfilosóficas externas e internas del Derecho de la Integración», en «Investigación ...» cit., Nº 25, págs. 55 y ss.; «La tensión entre integración y dominación en el Derecho Universal de nuestro tiempo», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», Nº 21, págs. 64 y ss.; «Comprensión jusfilosófica del Derecho de la Integración», en «Boletín ...» cit., Nº 21, págs. 122 y ss.; «Aportes para la Filosofía del Derecho de la Integración», en «Derecho de la Integración», Nº 4, págs. 53 y ss.; «El Derecho de la Integración y su lugar histórico como rama del mundo jurídico», en «Derecho de la ...» cit., Nº 6, págs. 15 y ss.

El Derecho Procesal Penal no puede ser comprendido en toda su diversidad sino atendiendo a que a veces necesita la «**transposición**» («desplazamiento») consistente en «**ex-trae**r» un elemento local («ex-tradición» pasiva, de cierto modo asistencia al proceso extranjero y cumplimiento extranjero de condenas locales) y, en otros casos, en «**traer**» un elemento o una respuesta del extranjero («ex-tradición» activa, obtención de asistencia, cumplimiento local de condenas dictadas en el extranjero).

También en el ámbito penal se advierten las particularidades que hace largo tiempo nos vienen llevando a sostener la existencia de un **Derecho Procesal Internacional** con características especiales, distinto del Derecho Procesal Interno (8).

3. 1. El Derecho Penal Internacional y el Derecho Procesal Penal Internacional han sido considerados con frecuencia materias meramente afines con el Derecho Internacional Privado, en especial atendiendo a su carácter público y a la territorialidad (quizás mejor ambientalidad) de sus soluciones (9). Sin embargo, en nuestro tiempo, en que se advierten las profundas relaciones entre lo público y lo privado (como lo evidencia, por ejemplo, la temática de las Convenciones de la CIDIP V), la cooperación internacional en materia penal y en general el Derecho Penal Internacional y el Derecho Procesal Penal Internacional resultan más **estrechamente vinculados al Derecho Internacional Privado**. Aunque subsisten importantes diferencias, las semeanzas entre las vías de cooperación procesal civil y penal son significativas y es claro que el Derecho Procesal Internacional Privado es mucho más que una materia afín al Derecho Internacional Privado.

La problemática general del Derecho Internacional Privado, que en su momento fue considerada patrimonio propio de él, es en lo profundo común a todos los «**contactos de respuestas**», como los que se producen también en el Derecho Procesal Penal Internacional (10). Por otra parte, el Derecho Internacional Privado va dejando de utilizar exclusivamente el método indirecto e importantes áreas penales, como la del cumplimiento «extraterritorial» de las sentencias, evidencian relevantes aproximaciones al método indirecto (11).

3. 2. Más que exponer en detalle los contenidos de la ley, nuestro objetivo es fijar, a través de ella, las **grandes líneas** de comprensión de la extradición en particular y de la cooperación internacional en materia penal en general, prescindiendo, por ejemplo, de diversas dificultades interpretativas surgidas de su redacción.

(8) Es posible v. por ej. nuestros estudios «Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Justicial Internacional Privado», en «Doctrina Jurídica», 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972; «Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción internacional)», en «La Ley», t. 1975-A, págs. 1047 y ss.

(9) Puede v. nuestro artículo «Acerca de la ambientalidad del Derecho Penal», en «Zeus», t. 5, págs. D. 31 y ss.

(10) Es posible v. nuestros «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario. Consejo de Investigaciones de la U. N. R., 1976.

(11) Puede v. nuestro estudio «Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo», t. 1994-I, págs. 878 y ss.

II. La cooperación internacional en materia penal y las bases de la extradición (en relación con ley 24.767)

a) Dimensión normológica

1) Panorama y disposiciones generales

4. 1. Las **normas** son captaciones de la realidad social que deben ser fieles, reflejando con acierto los contenidos de la voluntad de sus autores, exactas porque esos contenidos que se asegura serán cumplidos se cumplen y adecuadas, sirviendo a la finalidad de quienes las elaboran. En la cooperación penal internacional, como en todos los fenómenos de cooperación judicial, se juega en mucho la **exactitud** de las normas penales respectivas, o sea el cumplimiento de la voluntad de los autores.

4. 2. Las **contrafiguras** de la extradición son desde el punto de vista estático el **«refugio»** y el **«asilo»** y desde el punto de vista dinámico el **exilio**. Todo lo que se expone en materia de extradición ha de comprenderse sistemáticamente en relación con el refugio, el asilo y el exilio (12).

4. 3. La «co-operación» debe ser entendida en términos de **«interordenamientos normativos**. Cada ordenamiento nacional y el ordenamiento extranacional han de ser reconocidos en sus relaciones verticales y horizontales, de producción y de contenido, realizadoras de los valores subordinación, ilación, infalibilidad y concordancia y, en su conjunto, satisfactorio para el valor coherencia. Además dicho reconocimiento ha de remitirse a la norma hipotética fundamental que corresponda.

La cooperación surge de una **extensión** de las relaciones normativas de los ordenamientos y de una **compatibilización** de las normas hipotéticas fundamentales pertinentes.

4. 4. La normatividad de la ley 24.767 debe comprenderse en el marco de todo el ordenamiento normativo que integra. En particular es relevante considerar los contenidos al respecto que posee el texto originario de la **Constitución Nacional**, por ejemplo en el art. 14, que consagra el derecho de todos los habitantes de la Nación de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino y en el art. 18, cuando establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al

(12) Acerca del asilo y el refugio cabe recordar por ej. TORRES GIGENA, Carlos, «Asilo Diplomático», Bs. As., La Ley, 1960; RONNING, C. Neale, «Derecho y Política en la Diplomacia Interamericana», trad. Francisco Navarro, Mexico, UTEHA, 1965, págs. 131 y ss., CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, «El Panamericanismo», Bs. As., Depalma, 1961, págs. 299 y ss., GARCIA-AMADOR, F. V. (comp.), «Sistema Interamericano a través de tratados, convenciones y otros documentos», Washington, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Vol. I, 1981, págs. 250 y ss.; ROUSSEAU, Charles, «Derecho Internacional Público», trad. Fernando Giménez Artigues, Barcelona, Ariel, 1966, págs. 341 y ss. Una garantía para que se cumpla con la extradición es el rechazo al principio **“male captus, bene retentus”**.

hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Además ocupan lugar muy destacado los contenidos constitucionalizados en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, v. gr. en:

a) la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** (v. gr. art. 27: «Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.»);

b) la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (esp. art. 14: «1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. - 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.»);

c) la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (por ej. art. 22, esp. incisos 5 y ss.: v. gr. «5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.» - «7. Toda persona tiene el derecho de buscar asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado o los convenios internacionales.» - «8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.»);

d) el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (esp. arts. 12 y 13: por ej. «Artículo 12 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. ... Artículo 13 El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.»);

e) la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial** (por ej. art. 5, d, i);

f) la **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes** (esp. arts. 3, 4 y 8: «Artículo 3 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de

que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.» - «Artículo 8 1. Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro. 2. Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido. 3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido. 4. A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5»).

Dado el carácter complementario o subsidiario de la ley, importa considerar también los otros **tratados** referidos a la cooperación internacional en materia penal (13).

5. 1. La ley 24.767 evidencia que la cooperación internacional en materia penal abarca una compleja temática comprensiva de la **extradicción** (Parte II), la **asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos** (Parte III), el **cumplimiento** (extraterritorial) de **condenas** (Parte IV) y la **competencia** (Parte V).

5. 2. Aunque los estudios respectivos han partido de la cooperación procesal en el Derecho Privado, toda la **cooperación procesal internacional** puede ser captada a través de la sistematización de una **norma generalísima** que ubica los problemas comunes a la cuestión, comprensible mejor como una forma de «**transposición**» jurídica en sentido amplio, dentro de la cual está la «**re-posición**» (o «**re-ubicación**») por lo menos relativa producida en la extradición (14).

Por ser un juicio, la norma consta siempre de un **antecedente** y una **consecuencia jurídica**. El antecedente capta el sector social a reglamentar y la consecuencia jurídica capta la reglamentación. A su vez, cada uno tiene sus **características positivas y negativas**, que tienen que estar respectivamente presentes o ausentes cuando la norma funcione.

Para una comprensión más completa vale tener en cuenta que la cooperación puede ser considerada en sus aspectos **de fondo, formales y procesales**. No todos los

(13) Vale tener en cuenta además, por ejemplo, que la ley 20449 promueve la extradición en materia de estupefacientes.

(14) Es posible v. nuestros «Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, esp. págs. 16/7.

requerimientos son igualmente exigibles en los diversos casos de cooperación procesal internacional, diversificándose por ejemplo cuando se trata del **mero auxilio** o del **reconocimiento y la ejecución** de sentencias y laudos.

6. Con referencia a la **norma generalísima** de cooperación en su conjunto, la **Parte I** de la ley abarca disposiciones de alcance general que se inicián con la regla de que la República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia **ayuda** relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél (art. 1).

La ley reconoce la aplicación de los **tratados** de cooperación, pero dispone que sus normas servirán para interpretar el texto de los tratados y además señala que en todo lo que no dispongan en especial los tratados se aplicará la ley (art. 2). En principio estas reglas no corresponden al mantenimiento de los acuerdos logrados y creemos que al fin la interpretación y la complementación respectivas deberán someterse a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que, de acuerdo con el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, tiene jerarquía superior a las leyes, entre las que se ubica la 24.767 (por ej. arts. 31 y ss.).

2) La cooperación en especial

1') La extradición

1'') La extradición pasiva

7. 1. Entre los problemas de las **características positivas** del **antecedente** de las normas de cooperación procesal se encuentran que haya **jurisdicción local** en un **caso de Derecho Internacional**, sea de pedido de auxilio o de reconocimiento o ejecución de sentencia o laudo extranjeros, que en los supuestos pertinentes los pronunciamientos sean **cosa juzgada o ejecutorios** y que la solicitud sea **presentada formalmente**.

7. 2. Las características positivas del antecedente respecto a la **extradición pasiva** requieren, en cuanto al **fondo**, que haya un hecho «internacional» que sea **delito** en la ley del país requirente y en la ley argentina y se estima su gravedad señalando que tanto en una como en otra tenga prevista una pena privativa de libertad con máximo y mínimo tales que su semisuma sea al menos de **un año** (art. 6). El hecho de que sea delito según la ley argentina, agregado a la presencia del requerido, resuelven la cuestión de la jurisdicción local.

Evidenciando un fuerte sentido de internacionalidad, que supera a la voluntad de penalización, la ley establece que en ausencia de tratado que la prescriba, la ayuda está

subordinada a la existencia u ofrecimiento de **reciprocidad** (art. 3).

Aunque la reciprocidad podría ser una característica negativa de la consecuencia, si se partiera de la idea de otorgar la cooperación bajo tal condición intelectualmente «resolutoria», según está redactada la ley parece que se inclina por considerarla un requerimiento básico, relacionado con las características positivas del antecedente.

La solicitud de extradición podrá extenderse al secuestro de **objetos o documentos** que estén en poder de la persona requerida y sean elementos probatorios del delito, instrumentos del mismo o efectos provenientes de él (art. 40).

7. 3. Desde el punto de vista **formal** se requieren una descripción clara del hecho delictivo; la tipificación legal que corresponde; una explicación del fundamento de la competencia del Estado requirente; testimonios o fotocopias autenticadas de la resolución judicial que dispuso la detención, con explicación de los motivos de la sospecha, y de la que ordenó el libramiento de la solicitud de extradición; texto de las normas penales y procesales aplicables y los datos conocidos de identificación del reclamado (art. 13). Si se tratare de un condenado, se agregarán testimonio o fotocopia autenticada de la sentencia judicial que impuso la condena y atestación de que dicha sentencia no se dictó en rebeldía (en sentido estricto ésta es una característica negativa, que se somete al requisito de reapertura del caso, art. 11) y que se encuentra firme.

Conforme a la voluntad de promover la cooperación se acoge la regla de que la documentación remitida por vía diplomática **no requerirá legalización**. La presentación en forma de los documentos hará presumir la veracidad de su contenido y la validez de las actuaciones a que se refieran (art. 4).

7. 4. Un capítulo especial rige la **reextradición** y el juzgamiento por hechos anteriores (arts. 53 y ss.) y otro es dedicado a la extradición **en tránsito** (arts. 57 y ss.).

8. 1. Los problemas de las **características negativas** del antecedente de las normas de cooperación procesal abarcan la exclusión de la **litispendencia** y la no existencia de **cosa juzgada** en el país requerido y el rechazo de la **falta de jurisdicción** o de la **indefensión** en el país de origen (15). La no existencia de cosa juzgada se relaciona aquí con el “ne bis in idem”.

8. 2. En la nueva ley las características negativas del antecedente de la norma general de **extradicación pasiva** no abarcan la exclusión de litispendencia. En general no constituirá obstáculo para la ayuda la circunstancia de que el delito cayere también bajo la jurisdicción argentina, pero en caso de pedido de extradición se atenderá a que el

(15) Aunque la cuestión puede ser discutida, entendemos que es más correcto que los recaudos de jurisdicción y posibilidad de defensa en el país de origen sean ubicados en las características negativas y no en las características positivas del antecedente, porque la disposición primaria básica es la cooperación y sólo excepcionalmente corresponde rechazarla. Además, entre los despliegues que son comunes con la problemática del conflicto de jurisdicciones y el conflicto de leyes, se encuentra como característica negativa del antecedente la inexistencia de fraude procesal.

delito por el que se la requiere integre una conducta punible significativamente más grave, que fuese de la competencia del Estado requirente y ajena a la jurisdicción argentina o que el Estado requirente tenga notoriamente facilidades mayores para conseguir las pruebas del delito (arts. 5 y 23). Por lo demás, sin embargo, la sombra de tal exclusión se proyecta de cierto modo -como hemos de señalar- en las características negativas de la consecuencia cuando se posterga la entrega si el requerido se encontrare sometido a un proceso penal en trámite o cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad, hasta que el proceso termine o se cumpla la pena (art.39).

La problemática de las características negativas del antecedente incluye una apertura amplia a la **jurisdicción** del país requirente. Como los criterios de adjudicación de competencia suelen ser dispares y su reconocimiento está vinculado especialmente a la soberanía de los Estados pertinentes, se dispone que para la determinación de la competencia del país requirente respecto del delito que motive el pedido de ayuda se estará a su **propia legislación** (art. 5).

8. 3. Varias de las características negativas del antecedente evidencian la fuerte tensión que sobre la cooperación internacional en materia penal ejercen los resguardos del liberalismo, específicamente en su vertiente penal. Muchas de ellas muestran el cuidado contra la indefensión en el país requirente. Es importante lo que al respecto se debe al desarrollo de los **derechos humanos**.

La norma de extradición no traerá aparejada la consecuencia jurídica que ella establece cuando se trate de un **delito político** o de un delito previsto exclusivamente por la **ley penal militar**, el proceso fuese tramitado por una **comisión especial** de las prohibidas en el art. 18 de la Constitución Nacional, el proceso evidencie **propósitos persecutorios** de la persona del requerido, existan motivos fundados para suponer que éste pueda ser sometido a **tortura** o el delito tuviere **pena de muerte** en el Estado requirente y éste no diere seguridades de que no será aplicable (art. 8).

En una especie de despliegue «negativo» de la característica «negativa» (que trae aparejada la solución «positiva» para la extradición) se establece que no se considerarán **delitos políticos**: los **crímenes de guerra** y los **crímenes contra la humanidad**, los atentados contra un **jefe de Estado o de gobierno** o un miembro de su familia, contra el personal **diplomático**, contra la **población** o el **personal civil inocente** no comprometido en la violencia generada en un conflicto armado, los delitos contra la seguridad de la **aviación** o la **navegación** civil o comercial, los actos de **terrorismo** y los delitos respecto de los cuales la República hubiese asumido una **obligación convencional** internacional de extraditar o enjuiciar (art. 9). Vale recordar que conforme a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. 7, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) «A los efectos de la extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo 3 no serán considerados como delitos políticos. - Las Partes contratantes se

comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes».

La extradición tampoco será concedida: si la acción penal o la pena se hubiesen **extinguido** según la ley del Estado requirente, cuando la persona ya hubiese sido **juzgada** en la Argentina o cualquier otro país por el mismo hecho, cuando la persona reclamada habría sido considerada según nuestra ley **inimputable por razón de edad**, cuando la condena hubiese sido dictada en **rebeldía** y el Estado requirente no diese seguridades de que el caso se reabriría para oír al condenado (nuevamente, un despliegue negativo de la característica negativa, que trae resultado positivo de extradición) y si el Estado requirente no diere seguridades de que se **computará** el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extradición como si el extraditado lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento (art. 11).

9. 1. En general en las **características positivas de la consecuencia jurídica** de la cooperación procesal se hallan el **auxilio judicial y el reconocimiento y la ejecución** de sentencias y laudos, con los trámites diversos para cada tipo de cooperación.

9. 2. Las características positivas de la consecuencia jurídica respecto de la **extradicción pasiva** incluyen el principio general de que las autoridades que intervengan actuarán con la mayor **diligencia** para que la tramitación se cumpla con una prontitud que no desnaturalice la ayuda (indicando la fuerza de lo dispuesto la disposición se encuentra en el art. 1 de la ley).

Este principio general debe ser altamente considerado en el funcionamiento de todas las otras normas legales. Entendemos que ha de nutrirse de la idea de que los tribunales extranjeros no son competidores que amenazan la propia soberanía sino órganos que **colaboran** en la tarea general de administrar justicia a la humanidad. Sin embargo, la diligencia debe compatibilizarse con el principio penal de protección del reo.

9. 3. En estas características positivas se establecen reglas relativamente de **fondo** centradas en las **preferencias** cuando varios Estados requieran una extradición por el **mismo delito** (art. 15) y cuando varios Estados reclamaren a la misma persona por **distintos delitos** (art. 16).

9. 3. 1. En el primer caso (que se asemeja de cierto modo al «concurso ideal») las circunstancias a tener básicamente en cuenta son: la existencia de relaciones regidas por **tratados de extradición**; las **fechas de las solicitudes** y el **progreso** en el trámite; que el delito se haya cometido en el **territorio** de alguno de los requirentes; las **facilidades** para conseguir las pruebas; la ubicación del **domicilio** o los negocios de la persona requerida que le permitiría ejercer mejor su defensa; la **nacionalidad** de la persona

requerida; el domicilio de la **victima** interesada en el territorio de alguno de los Estados; las **posibilidades** de cada requerimiento de obtener la extradición y que la clase y el monto de las **penas** sean coincidentes con la ley argentina, en especial que no se prevea la pena de muerte.

Algunos criterios de preferencia son más internacionales (v. gr. la existencia de tratados); otros son más penales (territorio de comisión, monto de las penas) y otros más procesales (fecha, progreso, facilidades para las pruebas, defensa, domicilio de la víctima, posibilidades de los requerimientos).

9. 3. 2. En el segundo caso, cuando los pedidos se refieren a diversos delitos (situación que se asemeja de cierto modo al «concurso real»), las preferencias se establecerán valorando, además, la mayor **gravedad** de los mismos según la ley argentina y la posibilidad de que una vez concedida la extradición a uno de los Estados requirentes éste pueda a su vez acceder luego a la **reextradicón** de la persona reclamada hacia otro de tales Estados.

De nuevo confluyen un criterio más penal (de gravedad) y otro más internacional (de reextradicón).

9. 4. Los despliegues más **procesales** de las características positivas de la consecuencia jurídica reglamentan un **trámite administrativo**, otro **judicial** y una nueva **intervención administrativa** (arts. 19 y ss., 26 y ss. y 35 y ss.).

9. 4. 1. En el trámite administrativo se establece principalmente que la solicitud y toda otra documentación deberán ser cursadas por vía diplomática (art. 19). Si la persona requerida poseyera condición de refugiado respecto del país que motivó el refugio, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto devolverá la requisitoria sin más trámite con explicación de los motivos (art. 20). El Ministerio dictaminará respecto de las condiciones de los arts. 3 y 10 y sobre los requisitos formales y, si otorgara curso al pedido, le dará trámite judicial a través del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 y 22):

En caso que el delito cayere también bajo nuestra jurisdicción, el Poder Ejecutivo le otorgará curso cuando -según ya señalamos- el delito integre una conducta punible significativamente más grave, que fuese de la competencia del Estado requirente y ajena a la jurisdicción argentina o el Estado requirente tuviese facilidades notoriamente mayores para conseguir las pruebas del delito (art. 23).

Las actuaciones del trámite administrativo tendrán carácter reservado (art. 24). El Ministerio Público Fiscal representará en el trámite judicial el interés por la extradición, pero el Estado requirente podrá intervenir como parte en el trámite respectivo por medio de apoderados (art. 25).

9. 4. 2. Recibido el pedido de extradición el juez librará orden de detención de la persona requerida, si ya no se encontrare privada de su libertad (art. 26). Se establece una audiencia principalmente informativa para el detenido y para dar comienzo al curso de la defensa (art. 27).

En cualquier estado del proceso la persona requerida podrá dar consentimiento libre y expreso a ser extraditado; el juez resolverá sin más trámite, pero salvo renuncia del requerido la extradición sólo se concederá si el Estado requirente diere seguridades de que en caso que el requerido fuese declarado exento de responsabilidad en el hecho le sufragará los gastos del inmediato viaje de regreso (art. 28). El juez comprobará que la persona detenida sea la requerida (art. 29).

El juicio de extradición se llevará a cabo básicamente según las reglas que para el **juicio correccional** establece el Código Procesal Penal de la Nación y el intervalo previsto en el art. 359 del referido Código no podrá ser mayor de quince días. No se podrá discutir acerca de la existencia del hecho imputado o la culpabilidad del requerido, restringiéndose el debate a las condiciones exigidas por la ley, con exclusión de las de los arts. 3, 5 y 10 (recíprocidad, competencia del país requirente y las primeras que veremos como características negativas de la consecuencia jurídica - razones de soberanía nacional, seguridad u orden público u otros intereses esenciales para la Argentina -) (art. 30).

El juez debe resolver si la extradición **es o no procedente**. En el primer caso, la sentencia se limitará a declarar dicha procedencia, en el segundo decidirá definitivamente que no se concede la extradición (art. 32). La sentencia es susceptible del recurso de apelación ordinario ante la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** previsto por el art. 24 inc. 6º b) del decreto ley 1285/58, ratificado por ley 14.467 (art. 33). Una vez firme la sentencia, el tribunal enviará inmediatamente copia al Ministerio de Relaciones Exteriores, remitiendo también en caso de declararse procedente la extradición una copia del expediente completo (art. 34).

La aplicación de la ley nacional, que en general es adoptada por razones prácticas, aquí responde también en mucho a la gran necesidad de debido proceso por la importancia penal de la cuestión.

9. 4. 3. En la gestión administrativa siguiente se destaca la regla que, sin perjuicio de que el tribunal hubiese declarado procedente la extradición, el Poder Ejecutivo resolverá su denegatoria si las circunstancias **en ese momento** hicieran aplicables las causas previstas en los artículos 3 y 10, o cuando haga lugar a la opción nacional en el caso previsto por el último párrafo del art. 12, que trataremos asimismo como característica negativa de la consecuencia jurídica (art. 36).

La ley suele establecer plazos que garanticen la celeridad del trámite. Principalmente para garantizar que el Poder Ejecutivo no obstaculice burocráticamente la extradición (aunque tal vez dándole una vía para evitar el pago de costos políticos), se

dispone que su decisión deberá ser adoptada dentro de los **diez días hábiles** siguientes a la recepción de las actuaciones enviadas por el tribunal y, vencido ese plazo sin que se hubiese adoptado una decisión expresa, se entenderá que ha concedido la extradición (art. 36).

Decidida definitivamente la solicitud no se dará curso a ningún nuevo pedido basado en el mismo hecho, salvo que no se hubiese accedido a la extradición en razón de la incompetencia del Estado requirente para entender en el delito que motivó el pedido, caso en el cual la solicitud podrá ser hecha nuevamente por otro Estado que se considere competente (art. 37).

Para garantizar al extraditado se establecen plazos para que el Estado requirente efectúe el **traslado**; vencidos éstos el requerido será puesto inmediatamente en libertad y el Estado requirente no podrá reproducir la solicitud (art. 38).

9. 4. 4. Se contempla el **arresto provisorio** de la persona reclamada cuando haya sido solicitado por una autoridad del país interesado. Aunque escapa a la estructura de la norma general de extradición, es relevante señalar que también procede el arresto provvisorio cuando la persona pretenda entrar al país mientras es perseguida por la autoridad de un país limítrofe o cuando fuese reclamada por un tribunal de un país extranjero mediante avisos insertos en los boletines de la Organización Internacional de la Policía Criminal (Interpol) (arts. 44 y ss.).

Los **gastos** ocasionados por el transporte de la persona y los documentos u objetos secuestrados serán a cargo del Estado requirente; los restantes por cuenta de la Argentina, que asume así su responsabilidad en la administración internacional de justicia (art. 43).

10. 1. En relación con las **características negativas de la consecuencia jurídica** de la cooperación se encuentra la no generación de indefensión en el país requerido. Entre los despliegues comunes se halla la reserva del orden público.

10. 2. Las características negativas de la consecuencia jurídica respecto de la **extradicción pasiva** señalan diversos casos en que ésta al fin no procede o es postergada.

En primer término se establece que la extradición **no procederá** cuando existan especiales razones de **soberanía nacional, seguridad u orden públicos u otros intereses esenciales** para la Argentina, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido (art. 10). La fuerte afirmación de la soberanía nacional introduce de cierto modo la consideración del carácter «político» para el país requerido, pero aquí no se trata del deseo de asegurar la protección del reo, como en la característica negativa del antecedente, y la disposición parece no condeicir con el espíritu de nuestra época.

En general en la cooperación procesal el orden público suele tener menos fuerza que en el Derecho de fondo, pero aquí las consideraciones al respecto son muy duras por

el peso que ejercen el carácter público y sobre todo la naturaleza penal de la extradición.

10. 3. Pese a las polémicas contra la práctica respectiva, se mantiene la posibilidad de **no extraditar nacionales**. Si el requerido para la realización de un proceso fuese nacional argentino, podrá **optar** por ser juzgado por los tribunales argentinos, a no ser que fuese aplicable al caso un tratado que obligue a la extradición de nacionales. El nacional será entonces juzgado en el país, según la ley penal argentina, siempre que el Estado requirente preste conformidad para ello, renunciando a su jurisdicción, y remita los antecedentes y pruebas que permitan el juzgamiento (art. 12).⁽¹⁶⁾

Una «característica negativa» del antecedente de la normatividad derivada de esta característica negativa es que la nacionalidad argentina no haya sido adquirida fraudulentamente para entorpecer el auxilio a brindar mediante la extradición.

10. 4. La entrega será **postergada** si el requerido se encontrare sometido a un proceso penal **en trámite o cumpliendo efectivamente** una pena privativa de libertad, hasta que el proceso termine o se cumpla la pena. Sin embargo, en una especie de consideración negativa de la característica negativa que positiviza la respuesta, el Poder Ejecutivo podrá disponer la entrega inmediata cuando el delito por el que se concedió la extradición fuese de una entidad significativamente mayor que el que obsta a la entrega, o cuando resultare que la postergación podría determinar la impunidad del reclamado en el Estado requirente. Asimismo, la entrega se postergará si el traslado resultare **peligroso** para la salud del requerido o de terceros a causa de una enfermedad, hasta que se supere este riesgo (art. 39).

10. 5. En un horizonte normativo **complementario** se establece y reglamenta detalladamente el principio de **especialidad** de la razón de la extradición, partiendo de la respuesta de que la persona extraditada no podrá ser encausada, perseguida ni molestada, sin previa autorización de la Argentina, por hechos anteriores y distintos a los constitutivos del delito por el que se concedió la extradición. Se acepta, sin embargo, la sumisión voluntaria del extraditado (art. 18).

2'') La extradición activa

11. Para la extradición activa se contempla expresamente la **característica positiva** del **antecedente** de que prima facie la extradición sea procedente conforme a la ley del país donde se encuentra el requerido o por un tratado (art. 62).

Desde el punto de vista formal, para solicitar la extradición de un imputado el juez de la causa deberá librar una orden de detención que contenga la relación precisa de los hechos, la calificación legal que corresponda y los motivos por los que se sospecha

(16) Quizás en el horizonte de esta característica negativa de la consecuencia se encuentren disposiciones como la del art. 8 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece que «Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad».

En relación con el tema v. PIOMBO, op. cit.

que la persona requerida habría tomado parte en el delito (art. 63).

Los jueces remitirán los requerimientos de extradición al Ministerio de Relaciones Exteriores, el que antes de darles curso dictaminará sobre su procedencia y solicitará que se satisfagan los requisitos pertinentes (art. 65).

12. En cuanto a la **característica positiva de la consecuencia jurídica** se establece que el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extradición, será computado en la forma prescripta por el art. 24 del Código Penal (art. 66).

Cuando la extradición fuese denegada por el país extranjero en virtud de una causa que hace procedente el juzgamiento del caso en aquel país, el Poder Ejecutivo resolverá si admite ese juzgamiento (art. 64).

2') Asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos

13. Las reglas de la asistencia en la investigación y el juzgamiento de delitos son establecidas básicamente por una remisión a los artículos 3, 5, 8, 9 y 10 (art. 67).

Las referencias a las **características positivas del antecedente** abarcan la exclusión del requerimiento de que el hecho constituya delito en la Argentina, aunque esto se exigirá si la asistencia que se solicita consiste en una medida de secuestro de bienes, registro domiciliario, seguimiento de personas, interceptación de correspondencia o intervención de comunicaciones telefónicas (art. 68).

En cuanto a los requisitos formales, se establece que la solicitud será presentada por vía diplomática y deberá contener la autoridad de la que proviene; una descripción clara del hecho y los datos personales del autor y la víctima; la tipificación legal y la pena; el objeto de la solicitud y los datos de los funcionarios y representantes de las personas que hayan sido autorizadas para participar en los procedimientos solicitados (art. 69).

El pedido que tenga por objeto la citación de un imputado, testigo o perito, para que comparezca ante una autoridad del Estado requirente, deberá ser transmitido con una antelación de al menos cuarenta y cinco días de la fecha de la audiencia (art. 75).

14. Respecto a las **características positivas de la consecuencia jurídica**, se establece que el procedimiento administrativo será similar al establecido para los requerimientos de extradición con las particularidades que se puntualizan (art. 70). Cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores dictaminare dar curso al pedido, dará intervención al Ministerio de Justicia (art. 71).

La **legislación argentina** regirá las condiciones y formas en que se llevarán a cabo las medidas requeridas, pero si el Estado requirente tuviere interés en una especial condición o forma de tramitación, lo deberá hacer saber expresamente y se accederá a

ellas siempre que no se vulneren garantías constitucionales (art. 73).

El Ministerio de Justicia dará intervención a la autoridad que corresponda según el tipo de asistencia solicitada; si la asistencia requiriese la intervención de un juez, el Ministerio Público Fiscal representará el interés por la ayuda en el trámite judicial (art. 74).

La ley regula la manera en que se tramitará la asistencia solicitada (arts. 75 y ss.). Los gastos de depósito y envío de objetos, de traslado de personas y de honorarios de peritos, que sean consecuencia del cumplimiento del pedido de asistencia, serán a cargo del Estado requirente (art. 81).

15. En cuanto a las **características negativas de la consecuencia jurídica** se dispone que si el cumplimiento del pedido pudiese entorpecer una investigación penal en trámite en la Argentina, se podrá disponer el aplazamiento o el conveniente condicionamiento de la ejecución, de lo que se informará al Estado requirente (art. 72).

3') Cumplimiento de condenas

16. 1. La ley reglamenta un amplio marco de cumplimiento **extraterritorial** de condenas dictadas en el extranjero y de condenas dictadas en la Argentina. En general abarca condenas privativas de la libertad, de ejecución condicional o de cumplimiento en libertad condicional, de multa o de decomiso de bienes y de inhabilitación.

16. 2. Sobre todo en cuanto al cumplimiento extraterritorial de condenas dictadas en el extranjero se advierte que, según ya señalamos, con el progreso de la cooperación en el campo penal logra avances el **método indirecto** que, si bien es característico del núcleo del Derecho Internacional Privado, pierde importancia relativa en el marco privatista. El acercamiento entre los países parece recorrer, en diversos momentos, análogas etapas.

16. 3. Es relevante tener en cuenta que en diversos casos la cooperación atiende aquí a la **nacionalidad** de las personas interesadas, expresando una tendencia diversa de la claramente dominante en los puntos de conexión de nuestro Derecho Privado.

a') Condenas dictadas en el extranjero

a'') Condenas privativas de libertad

17. 1. En cuanto a las **características positivas** del **antedecedente** de esta norma, la ley se refiere básicamente a las penas privativas de libertad impuestas por un tribunal de

un país extranjero a nacionales **argentinos** (art. 82) y establece que la petición de traslado podrá ser presentada por el condenado, por terceros a su nombre o por el Estado que impuso la condena (art. 83). Para decidir, el Ministerio de Justicia tendrá en cuenta todas las circunstancias que permitan suponer que el traslado contribuirá a cumplir los fines de la pena, especialmente los vínculos que por relaciones familiares o residencia pudiere tener el condenado en la Argentina (art. 84).

Las condiciones para que sea viable una petición de traslado comprenden que el condenado sea **argentino** al momento en que se presenta la solicitud; que la sentencia de condena en el país extranjero sea **definitiva** y esté **firme**; que la duración de la pena pendiente de cumplimiento sea de por lo menos **dos años** al momento de presentarse el pedido y que el condenado haya **reparado** los daños ocasionados a la víctima en la medida que le haya sido posible. Es significativo señalar que no importa para la concesión del traslado que el hecho no sea delito para la ley argentina (art. 85).

17. 2. Desde el punto de vista **formal** el condenado debe haber dado ante una autoridad diplomática o consular argentina, y con asistencia letrada, su libre y expreso **consentimiento** al traslado, después de ser informado de las consecuencias (art. 85).

Deberá obtenerse del Estado de la condena, por vía diplomática, copia de la sentencia, descripción de las circunstancias del delito, atestación acerca de que la sentencia es definitiva y está firme y del tiempo que resta cumplir, información acerca de si el condenado ha reparado los daños ocasionados a la víctima en la medida que le haya sido posible y sobre su comportamiento en el establecimiento carcelario donde estuvo cumpliendo la pena y una declaración de que el Estado de la condena podría acceder al traslado en las condiciones establecidas por la ley (art. 86).

18. En relación con las **características positivas** de la **consecuencia jurídica**, la decisión será adoptada por el Ministerio de Justicia, el cual en caso de autorizar el traslado dará intervención al juez de ejecución competente, a quien le remitirá todos los antecedentes del caso (art. 84). Si el Ministerio denegare la petición, podrá reservar la expresión del motivo de tal decisión (art. 84).

La pena se **cumplirá** conforme a **las leyes y los reglamentos vigentes en la Argentina**, incluidas las normas referentes a la libertad condicional; sólo el Estado de la condena podrá revisarla o conceder amnistía, indulto o conmutación y nuestro país informará periódicamente al Estado de la condena acerca de la forma en que se desarrolla el cumplimiento de la misma (art. 88).

La Argentina se hará cargo de los gastos desde el momento en que la persona trasladada quede bajo su custodia (art. 89).

19. 1. Respecto de las **características negativas** de la **consecuencia jurídica**

vale señalar que la Argentina pondrá al trasladado inmediatamente en libertad si recibe una orden en tal sentido del Estado de la condena (art. 88). Una normatividad complementaria establece que la persona trasladada no podrá ser encausada por hechos anteriores, de la misma manera que en la extradición pasiva (art. 88).

19. 2. El escaso desarrollo de características negativas del antecedente y de la consecuencia es una muestra del interés del legislador en este tipo de cumplimiento extraterritorial de sentencias, pero algunas de ellas, como la inexistencia de eventual cosa juzgada absolutoria en nuestro país o el rechazo de los principios de orden público contra el delito que motivó la condena, deben ser igualmente tenidas en cuenta.

Aunque no importe que el hecho cometido no sea delito para la ley argentina, siempre es relevante si contraría nuestro orden público mediante una tipificación o una condena aberrantes. Entendemos que al fin, en estas condiciones, nadie puede estar privado de su libertad en nuestro territorio en tales condiciones, aunque más no sea porque es lógico suponer que un delito y una pena de tales alcances serán contrarios a los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional y en los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional o por lo menos supralegal (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

b'') Condenas de ejecución condicional o de cumplimiento en libertad condicional

20. 1. Las **características positivas** del **antecedente** de esta norma se refieren al condenado por un tribunal de un país extranjero a cumplir una pena en régimen de condena condicional o libertad condicional (art. 90). El condenado puede ser o no argentino, pero en caso afirmativo se aplicarán las reglas referidas al trámite contenidas en el art. 84, en todo lo que fuese pertinente (arts. 90 y 92). La no especificación que nuestro país sea el de la nacionalidad permite en principio que cualquier persona pueda desarrollar su libertad de desplazamiento.

20. 2. En cuanto a los requisitos **formales**, la solicitud deberá ser presentada por vía diplomática y contendrá, entre otros extremos, una copia de la sentencia definitiva y firme, información acerca de si el condenado ha reparado los daños ocasionados a la víctima en la medida que le haya sido posible y explicación acerca de las obligaciones asumidas por el condenado y del control que al respecto se requiere de las autoridades argentinas, con determinación de la fecha en que finalizará el control (art. 91).

21. En el campo de las **características positivas de la consecuencia jurídica** surge que el condenado podrá cumplir la condena en la República Argentina bajo la

vigilancia de las autoridades argentinas (art. 90). Es interesante señalar que parte de las características positivas de la consecuencia jurídica aparecen ya en las características homónimas del antecedente: las obligaciones asumidas por el condenado y el control requerido de las autoridades argentinas, fijado por el **Derecho del país de la condena** (art. 91).

La solicitud será resuelta por el Ministerio de Justicia (art. 93) y si concediere la asistencia dará intervención al juez competente para que éste ordene, provea y fiscalice la ejecución de las medidas de control (art. 93).

La Argentina informará periódicamente al Estado de la condena acerca de la forma en que se lleva a cabo el control. Asimismo comunicará de inmediato el incumplimiento por parte del condenado de las obligaciones asumidas, para que el Estado de la condena adopte las medidas que correspondan al caso (art. 94).

22. En cuanto a las **características negativas** de la **consecuencia jurídica**, no se concederá la asistencia cuando las obligaciones asumidas por el condenado o las medidas de control requeridas contrarién la legislación argentina (art. 93).

c'') Condenas de multa o de decomiso de bienes

23. En cuanto a las **características positivas** del **antecedente** de esta norma, referida a las condenas de multa o de decomiso de bienes, se ha de atender a la solicitud de un tribunal del país de origen de la condena cuando la infracción fuese de competencia del Estado respectivo según su propia legislación, la condena sea definitiva y esté firme, el hecho constituya infracción punible para la ley argentina y el condenado haya sido personalmente citado y se haya garantizado su defensa (art. 95). Las semejanzas de estas condiciones con las de la extradición pasiva son considerables. La solicitud deberá ser presentada por vía diplomática (art. 97).

24. En relación con las **características negativas** del **antecedente**, cabe señalar que no debe tratarse de un delito político o exclusivamente previsto por la ley penal militar o de un proceso tramitado por una comisión especial de las previstas por el art. 18 de la Constitución Nacional o que evidencie propósitos persecutorios, según surge para la extradición pasiva del art. 8 de la ley (art. 95). También excluyen la cooperación la extinción de la pena según la ley del Estado requirente y que el condenado hubiese sido juzgado en la Argentina o en cualquier otro país por el hecho que motiva el pedido (art. 95).

25. Respecto a las **características positivas** de la **consecuencia jurídica**, el procedimiento administrativo será similar al establecido para los pedidos de asistencia de la investigación y juzgamiento de delitos (art. 97) y el procedimiento judicial se

regirá por las normas de los incidentes previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 98). El Ministerio Público Fiscal representará en el trámite judicial el interés por la ejecución (art. 97). Si el juez dispusiere la ejecución, se procederá según las normas con que ese Código regula la ejecución de sentencias argentinas (art. 98).

La multa se ejecutará por el monto y las condiciones establecidas en la condena. El monto se convertirá a la moneda argentina según la ley y prácticas del país (art. 99).

26. Las **características negativas** de la **consecuencia jurídica** excluyen la cooperación cuando existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden públicos u otros intereses esenciales para la Argentina que tornen inconveniente el acogimiento del pedido (art. 95 mediante remisión al art. 10). La ayuda no podrá consistir en la aplicación de una pena de prisión por conversión de la multa (art. 95).

d'') Condenas de inhabilitación

27. En cuanto a las **características positivas** del **antecedente**, en esta norma se parte de la referencia a condenas de inhabilitación dictadas en un país extranjero y que la solicitud se haga bajo las condiciones establecidas para las condenas de multa o decomiso (art. 102, con referencia al art. 95).

La solicitud debe ser presentada por vía diplomática (art. 103).

En general las **características positivas** de la **consecuencia jurídica** son básicamente semejantes a las de la cooperación respecto de las condenas de multa o de decomiso (arts. 103 y 104).

Como el art. 102 se remite al art. 95 en su integridad, también hay que tomar para esta norma las **características negativas** del **antecedente** y de la **consecuencia jurídica** que éste fija para la cooperación en cuanto a cumplimiento de condenas de multa o decomiso.

b') Condenas dictadas en la Argentina

a'') Condenas privativas de libertad

28. 1. Las características positivas del antecedente de esta norma se refieren a penas privativas de libertad impuestas por un tribunal argentino a personas que tengan **nacionalidad extranjera** (art. 105) y la solicitud de que la condena sea cumplida en el país de la nacionalidad podrá ser presentada por el condenado, por terceros a su nombre o por el Estado de esa nacionalidad (art. 105).

En general se aplican **análogicamente** a las condiciones y el trámite lo previsto respecto a las condenas privativas de libertad dictadas en el extranjero en los arts. 83 a 89 (art. 106).

28. 2. En un giro que parece ubicar en las **características negativas del antecedente**, la ley dice que «El Ministerio de Justicia no podrá decidir el traslado del condenado, sin que ...» y establece dos requisitos. El primero es que el condenado haya dado ante el juez de ejecución y con asistencia letrada su libre y expreso consentimiento al traslado, después de ser informado de sus consecuencias (art. 106).

El segundo requisito es que el juez de ejecución haya dado por cumplida la condición de que el condenado haya reparado los daños ocasionados a la víctima en la medida que le haya sido posible (art. 106 por remisión al art. 85 inc. e). Creemos que se presenta aquí como una característica negativa del antecedente, no como característica positiva, según entendemos sucede con la cooperación en cuanto a las condenas extranjeras y que puede sostenerse que aquí la disposición primaria es el otorgamiento de la cooperación internacional. La apreciación del cumplimiento de la reparación debe resultar previa audiencia con citación de la víctima (art. 106).

b'') Condenas de cumplimiento en libertad condicional

29. En esta materia las reglas se apoyan en **remisiones** al régimen de condenas de ejecución condicional o de cumplimiento en libertad condicional dictadas en el extranjero (art. 107 por referencia a los arts. 91 a 94). La solicitud debe ser presentada ante el juez de ejecución y la decisión de requerir la asistencia del país extranjero se rige por las reglas que los arts. 62 y 65 establecen para la extradición activa (art. 108).

c'') Condenas de multa, de decomiso de bienes y de inhabilitación

30. La autoridad que haya aplicado la condena de multa, de decomiso de bienes o de inhabilitación podrá requerir que se ejecute la condena en un país extranjero. Aquí las condiciones se establecen por **analogía** con lo dispuesto respecto de las condenas de multa o de decomiso extranjeras (art. 109 por remisión a los arts. 95 a 101). También en este caso la decisión de requerir la asistencia del país extranjero será regida por las reglas de los arts. 62 y 65 (art. 110).

3) Competencia

31. 1. En general los problemas de las **características positivas del antecedente** de las normas jurisdiccionales son que haya un caso de Derecho Internacional que deba ser resuelto por esa vía y los alcances de la posible **atracción jurisdiccional**. La atracción ha de considerarse como característica positiva del antecedente en cuanto amplia los alcances del problema. Las **características negativas del antecedente** consisten

especialmente en los obstáculos de **litispendencia, cosa juzgada y fraude jurisdiccional**.

Las **características positivas** de la **consecuencia jurídica** comprenden la **adjudicación** de jurisdicción, con los problemas de posibilidades de **defensa** y de **eficacia**. Entre las **características negativas** de la **consecuencia jurídica** se halla la **no denegación** de justicia, incluyendo el rechazo de la intervención de **foros «no convenientes»**.

La ley 24.767 abarca diversas normas en las que cabe reconocer varios de estos problemas.

31. 2. Una de las normas competenciales se refiere a los **pedidos de extradición** y en las **características positivas** del **antecedente** requiere que se trate de personas **residentes** en un lugar determinado del país y la existencia de un juez federal con competencia penal que tuviera jurisdicción territorial en el lugar de residencia de la persona requerida y se encontrare en turno en el momento de darse la intervención judicial (art. 111). En la **característica positiva** de la **consecuencia jurídica** establece que corresponde la competencia de dicho juez (art. 111).

Los hechos de referirse a la residencia de la persona requerida y de apuntar al momento de dar la intervención permiten señalar como **características negativas** del **antecedente** que cabe rechazar el fraude a la ley que podrían producir los requeridos eligiendo la residencia y el Ministerio de Relaciones Exteriores demorando o acelerando la resolución respectiva.

Aunque la residencia puede resultar una conexión especialmente idónea en cuestiones penales, la tensión que es posible entre ella y el domicilio daría la posibilidad de una característica negativa de la consecuencia por no conveniencia del foro, por ejemplo, cuando se tratare de un menor de edad que resultara desprotegido de su entorno familiar en un marco particularmente difícil como el internacional.

Una normatividad subsidiaria se refiere a los casos en que se desconociere el lugar de residencia o fueren varios y ubicados en distintas jurisdicciones. El Ministerio de Relaciones Exteriores podrá optar entre cualquiera de los jueces federales que correspondan a tales lugares o un juez federal de la Capital Federal, siempre que esté en turno al momento de darse intervención judicial (art. 111).

31. 3. Otra norma se refiere en las **características positivas** del **antecedente** a las solicitudes de **cumplimiento en nuestro país de penas privativas de la libertad** impuestas por tribunales de países extranjeros a nacionales argentinos y a la existencia de jueces nacionales de ejecución penal en turno (art. 118). En las **características positivas** de la **consecuencia** establece que el Ministerio de Justicia dará intervención al juez nacional de ejecución penal que, en opinión del mismo Ministerio, sea el adecuado para beneficiar el cumplimiento de los objetivos de la ley o para asegurar eficacia y

También aquí vale considerar las posibilidades de descartar, como **característica negativa del antecedente**, los casos en que esa primera intervención fuese provocada fraudulentamente e incluso quizás corresponda atender excepcionalmente, como **características negativas de la consecuencia**, que la competencia de ese juez no genere la indefensión del requerido o por otras razones no resulte conveniente.

31. 6. 2. Otra norma contiene entre las **características positivas del antecedente** que un Estado solicite la extradición que se **hubiese denegado** por el mismo hecho por falta de competencia de otro Estado requirente y en las **características positivas de la consecuencia** establece que será competente el juez que intervino en la primera petición (arts. 115 y 37). Las **características negativas del antecedente** y de la **consecuencia** podrían producir el rechazo del fraude y de la denegación de justicia y la atención a la no conveniencia del tribunal.

31. 6. 3. Asimismo otra norma competencial se refiere en las **características positivas del antecedente** a los casos en que se **denegare una extradición** por razón de la **nacionalidad**. Según las **características positivas de la consecuencia jurídica** se establece que será competente para entender en el proceso que deba seguirse al nacional el juez que intervino en la extradición. Son aplicables, en concordancia, las observaciones de características negativas que hemos realizado al tratar la normatividad del art. 111.

31. 6. 4. Las **características positivas del antecedente** de una de las normas abarcan los pedidos de **reextradición** o de **autorización** para juzgar a un extraditado por hechos anteriores a una concesión de extradición. Las **características positivas de la consecuencia jurídica** disponen que será competente el juez que intervino en el trámite de la extradición que motiva la solicitud (art. 117).

4) La posición y la transposición

32. 1. La teoría trialista permite desarrollar distintas perspectivas de **«posición»** y **transposición** de la persona, sus conductas y los bienes en el espacio y en el tiempo.

Las personas, sus conductas y los bienes pueden estar normativamente situados desde un punto de vista **«formal»**, porque el ordenamiento los reconoce como partes de él (según corresponda, por la radicación legal o ilegal, la nacionalidad o la extranjería, el cumplimiento de funciones, etc.) o desde una perspectiva más **«material» u objetiva**, porque las normas cubren realmente su existencia (17).

La posición y la transposición de las personas, sus conductas y los bienes están relacionadas pero no son idénticos con el **asiento** y la **movilidad** de los **casos**.

(17) Con referencia a la cuestión puede v. nuestro estudio «Reflexiones acerca de la actividad de las empresas trasnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado», en «Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones», Nº 43, págs. 1 y ss

32. 2. Para la mejor comprensión del significado de la **cooperación** es importante apreciar también el significado de la **posición** y la **transposición** en el espacio y en el tiempo normativos de las personas, sus conductas y los bienes.

La extradición se produce porque una «posición», motivada por un delito anterior, provoca la transposición de la posición actual. El delito «arraiga» en otro medio anterior.

El cumplimiento extraterritorial de las condenas privativas de libertad, de realización condicional y de inhabilitación tiene sentidos inversos, porque una posición preexistente o incluso a veces posterior lleva al desplazamiento del condenado con relación al «arraigo» en el lugar de la condena.

La extradición en general se apoya en un arraigo material en el país requirente, originado por el Derecho Penal, pero la no extradición de nacionales y el cumplimiento extraterritorial de las penas privativas de libertad contra argentinos son muestras de más atención a un arraigo formal.

32. 3. La normatividad, en este caso de la ley 24.767, establece el **«puente»** sobre el cual se produce la **transposición**.

En general la formación del puente depende en mucho de la existencia de **«denominadores comunes»** entre los dos extremos que vincula, pero no debe desconocer que también pueden presentarse **«denominadores particulares»** en los medios relacionados, que se oponen a la vinculación (18).

La consideración del hecho de la extradición como delito por la ley argentina y la del Estado requirente es una de las fuentes normativas de la energía para el desplazamiento, mas esos denominadores son no sólo normológicos, sino también sociológicos y dikelógicos.

En la extradición la persona, los objetos y los documentos son **atraídos** por los casos; en la asistencia los casos buscan su **complementación fáctica** y en el cumplimiento extraterritorial de las condenas las personas y los bienes **desplazan** de cierto modo a los casos.

Como resultado de la movilidad de personas y bienes a través de la extradición y del cumplimiento extraterritorial de las condenas entra en juego, al fin, la problemática del **cambio de estatutos** (19).

b) Dimensión sociológica

33. Para apreciar la cooperación penal internacional corresponde atender también a la **posición** y la **transposición** sociales. Siendo el hombre un «animal social» es asimismo un animal en el **espacio** y en el **tiempo** de la sociedad (20). El hombre tiene un

(18) Pueden v. nuestros «Estudios de Filosofía ...» cits. t. II, 1984, págs. 205 y ss.

(19) Es posible v. nuestros estudios «Comprensión jusfilosófica del cambio de estatuto», en «Investigación ...» cit., Nº 14, págs. 9 y ss. «El cambio de estatutos en el Derecho Internacional Privado», en «Boletín ...» cit., Nº 18, págs. 11 y ss y «El cambio de estatutos. dimensión imprescindible del Derecho Internacional Privado» en «Investigación ...», cit., Nº 26, pág 9 y ss

(20) Acerca de la relación entre el concepto de espacio y la idea de lo social, v. por ej. MALPAS, Jeff. «Space and Sociality», en «International Journal of Philosophical Studies», Vol. 5, 1, págs. 53 y ss.

manera básica a la **posición** por la participación en un régimen, que puede provenir de que se vive o se quiere vivir en él. En términos jurídico-sociológicos cabe señalar que la posición surge de que:

- a) se actúa o se quiere actuar como **repartidor** o **recipiendo** en el régimen de referencia;
- b) se recibe o se quieren recibir **potencias e impotencias** (lo que favorece o perjudica al ser y la vida) en ese marco;
- c) se interviene o se desea intervenir en un **proceso** o en una **mera imposición**, en una **negociación** o en una **mera adhesión** en ese régimen, y
- d) se tienen o se desean tener **móviles**, **razones alegadas** o **razones sociales** en el mismo.

A su vez, la posición puede surgir de que se está o se quiere estar en la **autoridad** o en la **autonomía** y en la **planificación** gubernamental en marcha o en la **ejemplaridad** respectivas.

Cada uno de los enfoques, objetivo o subjetivo, posee en todas estas perspectivas sentidos de **aquí** y de **allá** y sobre todo de **pasado, presente y porvenir**, relacionados entre sí. Por ejemplo, la posición puede surgir, en detalle, de que se ha actuado, se actúa o se actuará, de que se ha querido, se quiere o se querrá actuar como repartidor o recipiendario, etc.

35. 1. 2. En la extradición el reparto referido al delito «**atrae**» y requiere al sujeto requerido; en el cumplimiento extraterritorial de las condenas las personas y los bienes provocan en diversos grados el **«desplazamiento»** de las condenas.

Para que esa atracción y ese desplazamiento puedan decidirse lúcidamente hay que **comparar** las realidades de los dos medios según las distintas perspectivas que vamos señalando.

Al producirse la cooperación pueden **variarse** o **proyectarse** de manera vicaria los elementos de los repartos, las clases de repartos y los modos constitutivos del régimen.

Mucho es lo que hay que tomar en cuenta de los datos del **Derecho Comparado**, en particular para saber cuáles son las «distancias» jurídicas y culturales que procura salvar la cooperación.

35. 1. 3. El cambio de los repartidores y de los recipiendarios significa **transmudación** de los repartos; la variación de los objetos adjudicados es su **transustanciación**; el cambio de la forma significa **transformación** y la modificación de las razones es su **transfiguración**. Cuando varía la clase de reparto se produce su **transmutación**. El cambio del modo constitutivo es la **transmutación** de la ordenación. A medida que los repartos del país requirente y del país requerido son diversos se debilitan las posibilidades de la extradición, del cumplimiento extraterritorial de las condenas y

de la asistencia.

La comparación de los repartos y de su planificación suele arrojar resultados muy diversos cuando el Estado que deniega la extradición de un nacional lo somete a un juicio local.

35. 2. La cooperación se apoya en la **conducción** para superar las **influencias humanas difusas** de la internacionalidad y la globalización y del uso que se haga de ellas a fin de que no se diluyan el delito o la persona del delincuente.

La **cooperación** satisface el valor homónimo, contribuye a la realización del **poder** y se apoya en él. La razonabilidad local referida al deber de cooperación internacional provoca una **ejemplaridad** que se vale de la **planificación** nacional para servirla, de modo que en base a la solidaridad se incrementa la previsibilidad. La energía social para la cooperación surge en gran medida de la razonabilidad que le atribuye la comunidad.

35. 3. Cada persona, cada conducta y cada bien están situados en el espacio que les asigna el complejo de los **factores de poder** de la realidad social y la propia persona es en su caso uno de esos factores. De cierto modo, hay una **constitución material** que sitúa a la persona, la conducta o el bien; cuando se trata de personas, de acuerdo o en contra de su voluntad (21).

No se reparte lo que se **quiere** sino dentro de lo que se **puede** y siempre son posibles **límites necesarios** (físicos, psíquicos, políticos, económicos, etc.) surgidos de la naturaleza de las cosas que pueden oponerse a los repartos; esto sucede también en relación con la cooperación internacional.

Por las sendas de la cooperación el Derecho Penal pretende que cedan límites necesarios que la pena, el proceso o la vida de los condenados encontrarían para su efectivización, pero a su vez la cooperación puede hallar límites necesarios importantes. En países como Colombia el juego de los límites en cuanto a cooperación internacional ha alcanzado tensiones muy notorias.

Como hemos señalado, la extradición, la asistencia y el cumplimiento extraterritorial de condenas se desenvuelven en un orden de repartos y de distribuciones cada vez más internacional y mundial y la intervención del Estado requerido para asegurar la cooperación es una prueba de ello, pero sus sentidos dependen en mucho de los poderes en juego. Cuando hay grandes fuerzas interesadas, con frecuencia todo ocurre según sus intereses.

Para comprender mejor la presencia de los condicionamientos sociales en la cooperación vale apreciar que es diverso, por ejemplo, el marco problemático de la extradición de alguien integrado en el sistema capitalista globalizado o incluso en los aparatos del poder local o de un marginal.

Sociality», en «International Journal of Philosophical Studies», Vol. 5, 1, págs. 53 y ss.

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

Uno de los interrogantes más importantes que nos parece se producen en relación con los contenidos de la Ley de cooperación internacional en materia penal es el del porvenir del **cumplimiento extraterritorial** de las sentencias privativas de la libertad y de ejecución condicional o de cumplimiento en libertad condicional. Sus pretensiones suelen contrastar fuertemente, por ejemplo, con la realidad del sistema penal argentino.

35. 4. En la situación de las personas, las conductas y los bienes intervienen las categorías básicas de la jurística sociológica de **finalidad objetiva** de los acontecimientos y de **finalidad subjetiva: de posibilidad y de realidad**.

La finalidad objetiva se vincula más con la posición objetiva; la finalidad subjetiva con la posición subjetiva. Teniendo sobre todo la finalidad objetiva alcances «**pantónomos**» (pan = todo; nomos = ley que gobierna) debe ser captada mediante fraccionamientos productores de certeza. Las personas, las conductas y los bienes están situados en la totalidad de la finalidad de los acontecimientos, de modo que saber dónde se ubican y qué significan sus desplazamientos es muy difícil. La extradición o no extradición, la asistencia o no asistencia y la extraterritorialidad o territorialidad de las condenas tienen alcances sumamente complejos (22).

c) Dimensión dikelógica

36. 1. Los valores forman diversos complejos. En el caso del Derecho el complejo de valores culmina en la **justicia** y el complejo axiológico general a nuestro alcance tiene su cima en la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). Cada persona, cada país, la internacionalidad y la propia globalización se constituyen con complejos de valores que los caracterizan. Cada persona, cada conducta y cada bien tienen su **posición** en un complejo axiológico y es también en términos axiológicos que debe comprenderse su **transposición**.

Una persona está situada en un país por razones de **beneficio** o de **necesidad**, en términos de los valores respectivos. Surgen así valorativamente en diversos sentidos la posición «**deber**» y la posición «**derecho**».

36. 2. La extradición se apoya en una **situación deber** que supera la posible «situación derecho» del extraditado de permanecer en el país requerido e incluso la situación deber que éste tenga con ese país requerido. Su denegación posee sentidos inversos.

El cumplimiento extraterritorial de las condenas privativas de libertad, de satisfacción condicional y de inhibición se apoya, en cambio, en la **situación derecho**.

36. 3. La **cooperación** penal internacional agrega medios para la realización de la justicia, de modo que ha de ser comprendida como una nueva integración de ésta con la

(22) En cuanto a la jurisprudencia argentina reciente, puede v. por ej. CS. 23 de octubre de 1994. «Canda, Alejandro G.», en «La Ley», 1996-A, págs. 69 y ss.

utilidad.

La asistencia en la investigación y el juzgamiento de delitos se basa en una integración de la justicia con la **verdad**. El cumplimiento extraterritorial de las condenas privativas de libertad, de satisfacción condicional y de inhabilitación suele basarse en la integración de la justicia con el **amor**.

Se debe evitar, sin embargo, tanto que la utilidad, la verdad y el amor se arroguen el lugar de la justicia como que ésta se atribuya el de ellos. Al fin, como siempre, hay que orientarse a la realización de la **humanidad**. Ha de lograrse que la cooperación, como el Derecho todo, sean lo más cabalmente «humanistas» que resulte posible.

37. 1. Desde el punto de vista de las **clases de justicia**, o sea de los caminos para su mejor descubrimiento, cada persona, cada conducta y cada bien están situados donde mejor pueda reconocerse y consecuentemente realizarse dicho valor.

Con esta perspectiva, una persona, una conducta o un bien están dikelógicamente ubicados donde pueden desarrollarse en mayor grado las justicias consensual y extraconsensual, con y sin acepción (consideración) de personas, simétrica y asimétrica (de fácil o difícil comparabilidad de las potencias e impotencias), monologal y dialogal (de una o varias razones de justicia), y conmutativa y espontánea (con o sin «contraprestación»).

A su vez las personas, las conductas y los bienes están situados donde mejor pueden desenvolverse las justicias «partial» y gubernamental, sectorial o integral, de aislamiento o de participación, absoluta o relativa y particular o general.

Como los requerimientos de justicia particular caracterizan en última instancia al Derecho Privado y las exigencias de justicia general (referidas al bien común) individualizan al fin al Derecho Público, cabe decir que la situación de una persona, una conducta o un bien está donde mejor puedan realizarse al respecto las exigencias **privatistas y publicistas**.

La situación dikelógica surge, asimismo, en el lugar donde mejor ha de lograrse el equilibrio pertinente entre las justicias rectora y correctora.

37. 2. La cooperación internacional exige reconocer que la justicia puede ser **sin o con acepción** de personas, de modo que a veces hay que recortar roles como lo exige la primera y en otros casos trascenderlos como lo indica la segunda. El cumplimiento extraterritorial de las penas privativas de libertad, de realización condicional y de inhabilitación es una muestra muy clara de justicia con acepción de personas.

La exclusión del marco de los delitos políticos de los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de la población o del personal civil inocente no comprometido en la violencia generada por un conflicto armado es una muestra de la justicia con acepción de personas. Otras expresiones de ese sendero de justicia son la

exclusión de la extradición por el carácter inimputable de la persona reclamada por razón de edad y por la opción del nacional argentino por ser juzgado por nuestros tribunales.

Siempre se ha de atender, como en todo el Derecho Penal, a la importante **asimetría** (incomparabilidad) que existe entre las impotencias y las potencias del delito y la pena. Una de las muestras de tal asimetría se plantea cuando se rechaza la extradición en casos de pena de muerte (23).

A nuestro parecer, la justicia **relativa**, apoyada en la igualdad, ayuda a comprender la falta de fundamentación de la no exclusión de la extradición pasiva de quienes no pueden comprender la criminalidad de los actos junto a la no extradición de los inimputables por razón de edad.

La cooperación penal internacional es una expresión de avance del reconocimiento de la justicia **general** e incluso de la justicia **particular** más allá de las fronteras de los países.

La exclusión de los delitos políticos, de la sola referencia a la ley penal militar, de la tramitación por comisiones especiales, de los propósitos persecutorios, de los tratos o penas crueles y de la pena de muerte del marco de la extradición son muestras de resguardo del bien particular para que no sea avasallado por la invocación del bien común.

A su vez, la consideración de que los crímenes de guerra y contra la humanidad, los delitos contra los jefes de Estado o de gobierno o miembros de su familia y el personal diplomático, contra la seguridad de la aviación o la navegación civil o comercial y el terrorismo no son crímenes políticos son expresión del triunfo de la justicia general sobre la particular.

En cierto sentido la opción de nacionales argentinos para ser juzgados por tribunales argentinos es una muestra de conflicto entre dos justicias de alcance general y de opción por la propia con miras a la referencia de ésta al bien particular del optante.

Como sucede en todo el Derecho Penal, en la cooperación hay avances de la justicia **correctora**, que pretende superar la situación del delito e incluso de la pena en la internacionalidad.

38. 1. La justicia es una categoría **pantónoma** que sólo puede abarcarse mediante fraccionamientos productores de **seguridad jurídica** y la posición axiológica de una persona, una conducta o un bien puede referirse, por ejemplo, a influencias de justicia del **complejo personal, real o temporal** o a la consideración de quienes han de recibir las **consecuencias** que correspondan en justicia.

La persona debe integrar o tiene derecho a integrar un complejo personal, real o temporal y en función de su deber y su derecho ha de recibir las consecuencias que sean pertinentes.

(23) Acerca de la pena de muerte y el misterio es posible v. por ej. nuestros «Estudios de Filosofía ...» cits., t. I, 1982, págs. 56 y ss.

38. 2. 1. La cooperación debe lograr que las personas, las conductas y los bienes sean transpuestos para que se satisfagan en la mayor medida posible las influencias de justicia. En particular, debe apoyarse en la mejor consideración del complejo personal, real y temporal de la persona y en la más justa asignación de las consecuencias.

38. 2. 2. La extradición tiende a fraccionar el **complejo personal, real y temporal** de las relaciones del extraditado con el país en que se encuentra para atender a las influencias que lo vinculan con el país requirente, generando seguridad en el marco de éste. De tal modo se desfraccionan además las consecuencias, haciendo que las soporte en mayor medida la persona extraditada.

La exclusión de la extradición por delitos políticos, por la sola referencia a la ley penal militar, por la tramitación por comisiones especiales, por la existencia de fines persecutorios y por las suposiciones de tratos o penas crueles son muestras de fraccionamientos de los complejos que unen al país requirente y de las consecuencias, que brindan seguridad a los requeridos. Las diversas exclusiones del marco de los crímenes políticos suelen responder, en cambio, al fuerte desfraccionamiento de las consecuencias.

38. 2. 3. La posibilidad de opción de los argentinos para ser juzgados por nuestros tribunales es una expresión de desfraccionamiento del complejo personal, aunque sea a costa del fraccionamiento del complejo real y de las consecuencias y tal corte es productor de considerable seguridad para el peticionante. La seguridad del requerido argentino se paga, en el mejor de los casos, con el precio de un juicio local que no es equivalente al del país requirente. Creemos que, en principio, se trata de una seguridad excesiva.

38. 2. 4. La asistencia en la investigación y el juzgamiento es una relevante búsqueda de desfraccionamiento del **complejo real** de la realidad a conocer y juzgar.

Las garantías para la defensa del reo son muestras de la voluntad fuerte de producir desfraccionamientos del complejo real y de las consecuencias, aunque sea recortando el propio marco de la realidad.

El cumplimiento extraterritorial de las condenas de privación de la libertad y de ejecución condicional o de cumplimiento en libertad condicional fracciona las influencias del país que las dictó y al fin asegura a quien lo obtiene, pero se abre a las vinculaciones con el país receptor. El desarraigo de la persona de su medio o del medio donde quiere vivir es con frecuencia un grave «plus» de las condenas que suele no ser debidamente considerado.

El interés por la reparación a la víctima desfracciona el complejo real y las consecuencias y para asegurarla se llega a fraccionar la proyección de justicia que favorecería el cumplimiento extraterritorial.

Al abrirse a otras consideraciones de justicia, el cumplimiento extraterritorial al que nos referimos produce cierta inseguridad en el medio de origen del pronunciamiento. En cambio, el cumplimiento extraterritorial de las condenas económicas fracciona la realidad local y asegura al país que las dictó.

La complejidad del trámite de cooperación suele procurar que la inseguridad sea lo menos significativa posible.

39. El principio supremo de justicia exige que cada individuo reciba la **esfera de libertad** necesaria para desarrollarse plenamente, o sea para personalizarse. Cada ser humano tiene la situación deber o derecho que le atribuye su cabal personalización, en sí mismo y en relación con los demás.

La cooperación ha de lograr que cada persona, cada conducta y cada bien sean transpuestos para la mejor personalización de todos los hombres.

40. 1. 1. La situación deber o derecho de una persona, una conducta o un bien dependen en cierto sentido de que allí se encuentren los **repartidores** más legitimados al respecto o de que allí la persona esté más legitimada para actuar como repartidora, sea que el título de legitimación se apoye en la **autonomía** o en la **aristocracia**.

40. 1. 2. La posición deber o derecho de cada persona puede provenir de sus merecimientos y sus «desmerecimientos» como recipiendario. Su situación derecho surge de que ha recibido **beneficios** en un país o de que existen **cuentas** que ha de saldar en el mismo, incluso de que allí se lo **necesita**; la situación derecho emerge de que ha **servido** a un país o lo **necesita**.

40. 1. 3. También la situación justa de una persona, una conducta o un bien está en el lugar donde puede servir más a los **objetos repartidores** (que en justicia merecen ser repartidos): vida, libertad, creación, compañía, soledad, etc.

La extradición tiende a aplicar la pena como objeto repartidero y por eso corresponde excluir la «pena» de muerte (la muerte sólo podría justificarse como legítima defensa). El cumplimiento extraterritorial de las condenas suele ser un aporte para evitar la rutina y abrir cauces a ciertos grados mayores de «creatividad», que es un objeto repartidero. La preocupación por la reparación a la víctima es una expresión de respeto a la propiedad.

La cooperación debe atender siempre a la **compatibilidad** de la persona, la conducta o el bien con un medio. Si una persona, una conducta o un bien son transpuestos a un lugar que dikelógicamente no les corresponde, se produce su «**desviación**».

40. 1. 4. Una persona, una conducta o un bien están asimismo situados

dikelógicamente donde mejor pueden ser «escuchados» (por sí o quienes hablen en lugar de ellos). De aquí que la falta de audiencia en el país requirente puede ser un motivo legítimo para rechazar la extradición y el apoyo mediante la asistencia en la investigación y el juzgamiento de delitos.

La importancia de la forma, del trámite y de la audiencia en la cooperación internacional en general, sobre todo en cuanto a la extradición y la asistencia en la investigación y el juzgamiento de delitos, hace que de cierto modo la cooperación sea considerada como cuestión **procesal**.

Sin embargo vale atender a que se trata en ciertos casos de un proceso particularmente orientado, ya que no puede discutirse el fondo del asunto. La complejidad de los enfoques suele fundamentar la intervención **administrativa y judicial**. No obstante, tal vez en la Ley el peso de la intervención administrativa sea excesivo, impidiendo el despliegue de una mayor justicia internacional.

40. 1. 5. Una persona, una conducta o un bien están asimismo dikelógicamente ubicados donde los repartos respectivos pueden recibir una mejor **fundamentación**.

La magnitud de los intereses en juego exige que la fundamentación en cuanto a la cooperación sea altamente convincente (v. por ej. art. 20 de la Ley).

41. El régimen de justicia ha de ser **humanista**, o sea ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, y para realizar ese humanismo debe **protegerlo** contra los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y contra todo «lo demás» (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). La posición de una persona está, en este sentido, en el régimen que en justicia tiene el deber o el derecho de integrar porque en él puede ser mejor tomado como un fin y puede contribuir a que los demás sean considerados fines.

La cooperación suele ayudar a proteger a los individuos contra **los demás** que los agreden mediante el delito, pero asimismo vale amparar a los individuos frente a los **regímenes**. En el primer sentido corresponde tener en cuenta la intervención del Estado requerido con miras al logro de la cooperación, aunque si esa participación es exagerada puede llegar a poner en riesgo los legítimos requerimientos del liberalismo político. En el segundo sentido cabe referir el control de la justicia del país requirente y la ejecución extraterritorial de las condenas; la división de los poderes que actúan en la cooperación y la intervención de distintos niveles judiciales exigida para resguardar a los particulares como tales o como integrantes de los Estados.

Un tema particularmente discutible es el de la no consideración de los atentados contra los jefes de Estados como delitos políticos, cuando a veces puede tratarse del clásico y a menudo legítimo delito político de **tiranicidio**.

La pena suele ser un medio para proteger al individuo contra sí mismo,

permitiéndole saldar sus deudas con la sociedad, y la cooperación sirve a veces con tal fin.

III. Horizonte de Historia del Derecho y Filosofía del Derecho (Filosofía Jurídica «Mayor»)

42. La comprensión de la posición (y el arraigo) y de la transposición no debe llevar a ignorar que el incremento general de la cooperación internacional, que se relaciona al fin con el horizonte de la **globalización**, guarda a su vez, a través de ésta, estrecha vinculación con la **comprensión reticular** que suele imperar en la ciencia de nuestro tiempo, en la cual, aunque a veces sólo sea en teoría, se diluye la puntualidad de las referencias centrales.

En el pensamiento científico actual hay una tendencia a abandonar las referencias a estructuras fundamentales y a «energizar» la noción clásica de masa. En nuestros días, alejándose de las concepciones «geocéntricas» y «heliocéntricas» e incluso las visiones «cosmocéntricas», «teocéntricas» y «antropocéntricas», concordantes con las referencias a sujetos y Estados fuertes, hay una orientación a una manera de pensar «descentralizada», influida por la **relatividad general** y al **flujo permanente**, donde se desarrollan nociones de sujetos y Estados débiles y de inestabilidad de la condición humana como partes de una red que condice con la globalización (24).

En la Filosofía de este tiempo imperan corrientes **«analíticas»** y **críticas** y se defiende a menudo la «deconstrucción», aunque en lo profundo de todo el régimen reina un valor dominante, la **utilidad** que, con su laxitud en las vinculaciones, permite el juego de las particularidades de la red de superficie.

En ese marco los Estados están lejos de ser las unidades fuertes y absorbentes de la modernidad y la extradición y en general la cooperación se hacen lógicamente más viables (25).

IV. Conclusión

43. La posición y la transposición tienen perspectivas muy **complejas, normológicas, sociológicas y dikelógicas**. El **puesto** de cada persona, cada conducta y cada bien en el mundo tiene **innumerables perspectivas** que hay que reconocer para

(24) Puede c. por ej. HOFFMANN, Banesh, «Einstein», trad. Jesús Fernández Zulaica, Barcelona, Salvat, 1985.

(25) Es posible que la reticulación de la concepción del mundo tenga importante relación con la pérdida de protagonismo de las referencias «centrales» como la del Estado y con el incremento del sentido «contractual» y privatista del mundo.

Tal vez pueda conjecturarse que esa concepción reticular se relacione además con la posible ruptura de roles centrales como los de padre y madre a través de las posibilidades de la «ingeniería genética», con la preparación para la colonización de otros espacios celestes, etc.

No obstante, las dificultades para proyectar las vinculaciones de las concepciones científicas en el resto de la cultura pueden v. por ej. en TOULMIN, Stephen. «La filosofía de la ciencia», trad. José Julio Castro, Bs. As., Fabril Editora, 1964.

Respecto a la Filosofía de nuestro tiempo v. por ej. nuestro estudio «Panorama trialista de la Filosofía en

que en última instancia ocupen el lugar que les corresponde. Al fin es siempre relevante que cada persona, cada conducta y cada bien posean la posición en el espacio que en justicia y en humanidad deben tener. La cooperación internacional en materia penal es un valioso instrumento para lograrlo (26).

la postmodernidad», en «Boletín ...» cit., Nº 19, págs. 9 y ss.; asimismo puede c. v. gr. FERRATER MORA, José, «Diccionario de Filosofía», nueva ed. actualizada por el profesor Josep-Maria TERRICABRAS, Barcelona, Ariel, 1994.

(26) En relación con el tema es posible v. asimismo por ej. nuestro estudio «Cooperación Judicial Internacional en el Mercosur», en «El Derecho Procesal en el Mercosur - Libro de Ponencias», Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1997, págs. 279 y ss.
En cuanto al panorama del Derecho convencional argentino en materia de cooperación penal, puede v. por ej. DREYZIN DE KLOR, Adriana - URIONDO de MARTINOLI, Amalia, «Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional», Bs. As., Zavalía, 1996, entre los textos que merecen especial consideración se halla, v. gr., el Convenio sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales suscripto con los Estados Unidos Mexicanos (Buenos Aires, 1990), págs. 779 y ss.

VISION SINTETICA DEL DERECHO COMPARADO DESDE EL PUNTO DE VISTA CULTURAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE FAMILIA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I) Nociones fundamentales

1. Aunque una de las realidades de nuestro tiempo es la creciente conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho (1) como consecuencia del proceso de globalización y marginación imperante (2), es importante comprender los caracteres del Derecho Comparado, en nuestro caso en particular, desde la perspectiva específica del Derecho de Familia (3) que es, hasta ahora, una pieza altamente significativa de todo sistema jurídico.

La comprensión de las diversidades y las semejanzas que arroja el planteo comparativo posee, entre otros méritos, la posibilidad de contribuir a que la globalización y la marginación sean superadas en la universalización. La universalidad exige el reconocimiento de los caracteres distintivos, pero también no hay que olvidar la relativa gradualidad y la dificultad de la definición de los distintos sistemas, las influencias que a veces existen entre ellos y el carácter más o menos evolutivo de sus manifestaciones. La consideración de la familia es una vía relevante para enriquecer la integración de las diversidades que la universalización significa.

2. El panorama del Derecho Comparado en nuestro tiempo permite un «recorrido» que incluye el Derecho Occidental, el Derecho Soviético, el Derecho Islámico, el Derecho del Extremo Oriente, el Derecho Hindú y el Derecho del África Negra y Madagascar

(*) Notas para una exposición en el Área de Derecho Comparado del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(**) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

(1) Puede v. nuestro artículo «Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho», en «Investigación y Docencia», Nº 20, págs. 107/108.

(2) Es posible v. nuestros estudios «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación ...» cit., Nº 27, págs. 9 y ss.; «La Organización Mundial del Comercio y la norma hipotética fundamental en nuestro tiempo», en «Investigación ...» cit., Nº 29, págs. 37 y ss.; «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., Nº 25, págs. 25 y ss.

(3) Acerca del Derecho Comparado de Familia v. por ej. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (dir.), «Regards sur le droit de la famille dans le monde», París, CNRS, 1991; «Una parte altamente significativa del «Derecho Universal» de nuestro tiempo: el Derecho de Familia japonés», en «Investigación ...» cit., Nº 20, págs. 99 y ss.

(4). Este orden no es fijado al azar, surge del distanciamiento creciente que va desde el Derecho Occidental al del África Negra y Madagascar.

II) Los grandes sistemas jurídicos

1) El Derecho Occidental, el Derecho Soviético y el Derecho Musulmán

3. Los sistemas jurídicos que acabamos de señalar permiten el reconocimiento de un **primer grupo**, integrado por el Derecho Occidental, el Derecho Soviético y el Derecho Musulmán, que tienen como mínimo común una referencia afirmativa o negativa al **mismo Dios**.

a) El Derecho Occidental

4. 1. 1. **Occidente** es una cultura marítima, formada en torno al **Mediterráneo**, un mar relativamente «accesible», y con fuertes proyecciones económicas. Sus raíces están en **Grecia** (sobre todo en su Filosofía, su Arte e incluso sus relativas realizaciones democráticas), en la tradición **judeocristiana** (con un Dios creador único, inmenso, a veces irrepresentable y en su origen casi innombrable, que en la historia se encarna en un Hombre y que se manifiesta en la Biblia) y en **Roma** (con su cultura superficial ordenada sobre una juridicidad altamente desarrollada, que se constituye con la propiedad privada y la libertad de contratación).

Ya en la cultura griega, por ejemplo a través de la transformación filosófica socrática que se centra en la pregunta, en las proyecciones del arte que se regocija en lo humano y en la práctica de la democracia, se advierte el enfoque **antropocéntrico** que, en líneas generales, puede considerarse característico de Occidente.

Si se piensa que los hombres suelen poner en sus dioses sus más profundas aspiraciones personales, se aprecian mejor las raíces judeocristianas de las aspiraciones de grandeza sin límites del hombre occidental que hoy domina el Planeta, se proyecta a otros espacios celestes y busca hacerse dueño de sus propios genes. Un Dios **infinito** encarnado en un Hombre, que diferenció lo debido al César y a Dios (al fin el Estado y

(4) En relación con el Derecho Comparado v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Lineamientos filosóficos del Derecho Universal», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; «Perspectivas Jurídicas», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, esp. págs. 81 y ss.; «Notas para la comprensión jesufilosófica del Derecho Soviético», en «Investigación ...» cit., Nº 8 págs. 59 y ss.; «Filosofía y método del Derecho Comparado», en «La Ley», t. 1989-C, págs. 1080 y ss.; DAVID, René, «Les grands systèmes de droit contemporains», 3a. ed., Dalloz, 1969; LOSANO, Mario G., «Los grandes sistemas jurídicos», trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982; DAHL, Enrique, «Derecho Privado Soviético», Bs. As., Depalma, 1981; JOHNSON, E. L., «El sistema jurídico soviético», trad. J. R. Capella y J. Cano Tembleque, Barcelona, Provenza, 1974; ESTEVEZ BRASA, Teresa M., «Derecho Civil Musulmán», Bs. As., Depalma, 1981. En el horizonte cultural, c. v. gr. BELLOC, Hilaire, «Las grandes herejías», trad. Pedro de Olazábal, Bs. As., Sudamericana, 1966; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, «Lecciones sobre la filosofía de la historia universal», trad. José Gaos, 2a. ed. en Alianza Universidad, Madrid, Alianza, 1982; KONIG, Franz (dir.), «Cristo y las Religiones de la Tierra», trad. Ramón Valdés del Toro, 2a. ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos. En general, v. por ej. «Revue internationale de droit comparé»

el Derecho de la religión) es parte indisoluble de lo profundo de Occidente. Además el judeocristianismo (apoyado no sólo en el amor al prójimo sino al enemigo) participó de la afirmación de la **igualdad** de todos los hombres, remitiéndola al común origen divino y manifestándola inicialmente, en la versión cristiana, en la fácil equiparación por el bautismo.

Roma elaboró un Derecho que, pese a referencias filosóficas, está centrado en una lógica del **individuo** que ha podido sobrevivir en muchos aspectos pero de modo principal como fuente del Derecho de las Obligaciones.

La cultura occidental se ha caracterizado por una gran capacidad **dinámica**, culminante en una impactante aceleración de la historia. Ahora, debilitadas las raíces griegas (con la decadencia de la Filosofía e incluso de la ciencia como tal, sustituidas por la **técnica**) y las bases judeocristianas (con la paganización del mundo) los cursos del presente de Occidente se nutren más de una individualidad de tipo romano, manifestada en el gran proceso privatizador (5).

En la actualidad el sentido utilitario del lucro que se desenvuelve en la economía de mercado y sus enormes despliegues técnicos parecerían ser el «fin» al cual tendían los cauces de la vida occidental, pero pese a algunas afirmaciones muy audaces en cuanto al «fin de la historia» y al fin de las ideologías que la nutren, creemos que el proceso ha de continuar, con proyecciones impredecibles.

El imperio romano se valió de limitadas exigencias ideológicas, requiriendo sobre todo el pago de tributos y el culto al emperador como una de las divinidades reverenciadas y esto parece hacer analógicamente el «imperio» actual con una «postmoderna» cultura superficial y la imposición a ultranza de la economía de mercado (6).

4. 1. 2. Dentro del sistema occidental cabe reconocer las vertientes **anglosajona** y **«continental»** (en términos jurídicos, del «common law» y «romano-germánica») una más referida, con raíces «occamistas», a la **experiencia** y a lo particular y otra más remitida, con bases diversas cartesianas y «leibnizianas», a la **razón** y a lo general.

Pese a las comunes raíces judeocristianas, la vertiente anglosajona tuvo más influencia **calvinista**, o sea de la versión del cristianismo más afín con el capitalismo, y fue la principal promotora de él. En cambio, la vertiente continental mantuvo más influencia **católica o luterana**, en diversos grados menos afines al capitalismo (7). Una de las corrientes es más individualista y abstencionista, la otra tiene en general más sentido social y paternalista.

(5) Es posible v. nuestros artículos «Privatización y Derecho Privado», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», Nº 20, págs. 119 y ss.; «El estado de la relación entre las bases de la cultura occidental en la postmodernidad», en «Universitas Iuris», Año 3, Número 15, págs. 177 y ss.

(6) Pueden v. nuestros estudios «Panorama triálistra de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín ...» cit., Nº 19, págs. 9 y ss.; «Jusfilosofía del Derecho de Familia en la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., Nº 29, págs. 17 y ss.; en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas «dialécticas» de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., Nº 21, págs. 67 y ss.

(7) Es posible c. por ej. WEBER, Max, «La ética protestante y el espíritu del capitalismo», trad. Luis Legaz Lacambra, 2a. ed., Barcelona, Península, 1973.

Sin embargo hoy, después de la Guerra Mundial en dos episodios que vivió nuestro siglo, parece que las diversidades se atenúan con el predominio relativo de la cultura anglosajona expandida por el mundo en el proceso de globalización y marginación.

4. 1. 3. La **familia** occidental ha estado durante mucho tiempo inspirada principalmente en la tradición **judeocristiana**, de modo que las vertientes anglosajona y continental tuvieron en esta materia cursos relativamente análogos. Sin embargo, con la paganización y la «economización» ahora reinantes parece que las raíces capitalistas más afines a la vertiente anglosajona se imponen en todo Occidente.

La familia ha dejado de ser reducto de valores como el amor o la santidad (verdaderos o falsificados) y se ha tornado también en marco del fuertemente predominante -a menudo subversivo y arrogante- valor utilidad. En el ámbito occidental la familia tradicional cambia en sentidos de más admisión del **divorcio vincular**, del **amor libre**, de las técnicas de **reproducción asistida** que llegan a posibilidades sorprendentes, como la clonación humana y en general los grandes cambios genéticos provocados por el hombre, las **parejas homosexuales**, etc.

4. 1. 4. 1. En un marco relativamente «occidental» cabe reconocer a **América Latina**. Sin desconocer que en algunas áreas hubo y hay importante presencia indígena, en general las regiones de América reflejan, con ciertas radicalizaciones, los rasgos de las potencias europeas que las conquistaron y colonizaron. Los Estados Unidos y el Canadá fueron conquistadas y colonizadas por Inglaterra y Francia, con su protagonismo moderno, en tanto Iberoamérica ha sido conquistada y colonizada por potencias que quedaron más ancladas en la medievalidad.

Hispanoamérica e incluso Lusoamérica están signadas por la superposición cultural que se produjo en la Península cuando las potencias de la región entraron en contacto con la modernidad. Así cabe diferenciar, sobre todo en hispanoamérica, un sector cultural **«hispánico tradicional»**, más católico y paternalista, referido a la España de los Habsburgo y con la figura paradigmática de Felipe II y otro sector **«anglofrancesado»**, más influido por el calvinismo e individualista, cuyo referente español son algunos Borbones con el modelo de Carlos III y con su derivación yanqui hoy crecientemente imperante (8). En el ámbito «hispánico tradicional» hay que agregar los aportes latinoamericanos que a veces hicieron los inmigrantes italianos del sur, signados por características culturales relativamente análogas.

4. 1. 4. 2. Estas diversidades culturales de América Latina se manifiestan también

(8) Pueden v. nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; también v. gr. «La escisión de la conciencia jurídica y política argentina», en «Revista de la Universidad de Buenos Aires», publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.; «Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina», en «Boletín ...» cit., N° 12, págs. 29 y ss.; «Aportes para la reflexión cultural de la integración de América Latina», en «Boletín ...» cit., N° 20, págs. 19 y ss.; «América Latina en la encrucijada del valor», en «Investigación ...» cit., N° 14, págs. 3 y ss.

en la organización **familiar**. En una referencia tradicional cabe reconocer la familia más paternalista o excepcionalmente matriarcal, sobre todo por la influencia italiana, del sector «hispánico tradicional» y la familia más individualista del sector «anglofrancesado». Aunque el fenómeno de la globalización-marginación produce cambios importantes, vale reconocer que todavía hoy la familia hispánica tradicional presenta problemáticas (v. gr. de predominio marital) diversas de las cuestiones (v. gr. de parejas homosexuales, clonación, etc.) que más interesan en el ámbito anglosajón e incluso pueden repugnar al estilo hispánico tradicional.

b) El Derecho Soviético

4. 2. 1. Aunque parece haberse extinguido, el **Derecho Soviético** merece consideración por haber sido el más grande **desafío** que, en parte desde sus propias entrañas, tuvo el sistema occidental. El Derecho Soviético nació en las raíces rusas, que son europeas y asiáticas. No es posible comprender al régimen soviético sino como una relativa continuación del régimen imperial.

Rusia tuvo bases judeocristianas, aunque de vertiente ortodoxa, más mística y menos racional que el judeocristianismo de Occidente. Durante largo tiempo (1236-1480) estuvo sometida a la dominación asiática de los **mongoles**, en cuya resistencia se valió de una Iglesia en cisma con el catolicismo, y nunca ha mostrado frutos importantes de la filosofía griega e incluso del Derecho de Roma. La «occidentalización» encarada por zares («césares») como Pedro I y Catalina II siempre tuvo grandes dificultades. Pese a la disponibilidad de costas, siempre poseyó el carácter y el ritmo histórico de una potencia **terrestre**.

La ideología **soviética** era un fruto **antropocéntrico** del marxismo occidental trasplantado a la mística Rusia. Es en ese marco histórico donde pudo desarrollarse el autoritarismo soviético. Sin embargo, pese a la pretensión de llevar el desarrollo económico y las contradicciones del capitalismo a su propia superación dialéctica para alcanzar el socialismo y el comunismo, la URSS no pudo afrontar el desafío de Occidente y -penetrada incluso por los valores de la sociedad de consumo occidental- se ha desmoronado.

La URSS continuó el desenvolvimiento del capitalismo que habían comenzado los zares, avanzando en el paso desde el feudalismo al despliegue económico por el Estado, pero la gente, «tocada» por la amplia vocación de consumo, requirió un clima de libertad.

Mucho es lo que corresponde preguntarse acerca de las posibilidades que hoy tendrá el relativo intento de occidentalizar a Rusia y que -en cuanto a la propiedad privada- se dificultaron con la Revolución de 1917; muchos son también los desvíos de inefficiencia y de corrupción que en su caso se hace necesario superar.

4. 2. 2. La **familia** soviética se proyectó al principio al amor libre, pero luego el sistema procuró estabilizarla, sobre todo con presiones sociales que tuvieron relativo éxito. Las características culturales y las fuerzas de la sociedad rusa estaban lejos de admitir las respuestas buscadas al principio.

c) El Derecho Musulmán

4. 3. 1. El **Derecho Musulmán** se apoya en una estructura cultural de raíz **religiosa** fuertemente presente, fundada por Mahoma en el siglo VII de la era cristiana en la península arábiga, situada en Asia pero cercana a África. La religión y la cultura fundadas por Mahoma correspondieron en mucho a la búsqueda de la transformación de los pueblos árabes, cuya religiosidad era muy pobre, a los que el Profeta adaptó los elementos más **simples** de la creencia judeocristiana, incluso dotándolos de sentidos más **materiales**.

El Dios musulmán, Alá, es el mismo judeocristiano y también se reverencia a los personajes de la tradición del judeocristianismo. La religión es designada con la expresión **Islam**, nombre que menciona a la «sumisión» y la «entrega a Dios» y el libro sagrado que le sirve de base es el Corán, complementado por las enseñanzas de la vida de Mahoma y las creencias del consenso de la comunidad primitiva.

La profesión de fe es simplemente: «Yo doy fe de que no hay ningún Dios, sino Alá: yo doy fe de que Mahoma es el enviado de Alá». Los seguidores del Islam son «mahometanos» o musulmanes, y sus deberes son de pureza (lavatorio, no consumo de vino, no hacer imágenes de seres vivos dotados de espíritu, etc.), oración, pago de tributo (que sirve para la ayuda a los pobres), ayuno (mes de Ramadán) y peregrinación.

Se sostiene la **igualdad** de todos los hombres ante Alá y la **fraternidad** de todos los creyentes. Para comprender la afinidad entre el Islam y el judeocristianismo vale recordar que -aunque no lo compartamos- Hilaire Belloc ha podido referirse a aquél dentro del panorama de las grandes herejías surgidas del cristianismo con el título «La grande y duradera herejía de Mahoma» (9).

Sin embargo, con relativa afinidad con la cultura judía, pero más distante de la evolución de Occidente, el Islam posee una proyección fuertemente **teocéntrica**. Toda su vida se apoya en el complejo de creencias encabezado por el Corán. Mahoma no fue sólo el fundador humano de una religión -que reconocía ser un pecador- sino un hábil dirigente político y en el Islam la religión y la política forman una unidad inseparable. Se dice que después de una de las últimas peregrinaciones Mahoma dijo «Religión y Derecho son como las dos caras, convexa y cóncava, de una misma articulación». Entre las exigencias del Islam está la guerra santa para la difusión de la fe. Pese a ciertos contactos en algunos momentos históricos, en la cultura del Islam no se encuentran las otras importantes raíces griegas y romanas de Occidente.

El Islam posee un fuerte sentido **tradicional**, pero ha podido **adaptarse** en cierta

(9) V. BELLOC, op. cit., esp. págs. 61 y ss.

medida a algunos cambios en las circunstancias, sobre todo porque entiende que la voluntad divina diferencia por su importancia las cuestiones inmutables de las mutables. La limitada comprensión de la dinámica histórica se muestra, por ejemplo, en que en principio se rechazan la prescripción y el préstamo a interés.

El Islam se apoya más en las **obligaciones** que en los derechos y significa sentido social y no individualismo. En general en el Derecho Musulmán no se conoce la igualdad de derechos de hombre y mujer, la plena capacidad jurídica la posee el musulmán varón y libre. La mujer es excluida de los cargos públicos, su testimonio vale la mitad que el de un hombre, el precio que debe pagarse por su sangre es también la mitad y asimismo lo es la herencia que recibe.

4. 3. 2. En el marco de **familia** musulmán, de dependencia dulcificada de la mujer, el matrimonio se celebra por un contrato en que el novio se obliga a pagar una dote y el tutor de la novia declara que la desposa. La novia no está presente, pero debe dar su consentimiento, aunque sea obligado por el padre.

A diferencia de la fuerte monogamia del cristianismo, la **familia musulmana** admite la **poligamia**, pero cabe reconocerla como una moderación introducida por Mahoma respecto de la que practicaban los pueblos anteriores. El hombre puede contraer matrimonio simultáneamente con cuatro mujeres, si puede mantenerlas, y junto a ellas puede tener un número ilimitado de esclavas concubinas. Antes de celebrar un quinto matrimonio el esposo debe repudiar a una de las cuatro esposas que tenga.

2) El Derecho del Extremo Oriente, el Derecho Hindú y el Derecho del África Negra y de Madagascar

a) El Derecho del Extremo Oriente

5. A partir del Derecho del Extremo Oriente se pasa a otros marcos culturales cuyas bases y desarrollos son crecientemente diversos de los occidentales.

5. 1. 1. Aunque en el sistema del **Extremo Oriente** se trata sobre todo de dos áreas con diferencias significativas, la cultura **china** y la **japonesa** tienen rasgos en común, como el fuerte enclave en la referencia a los **antepasados** y el rechazo de las soluciones conflictivas con relación a la justicia y la consideración de un orden **natural**. La desconfianza en el Derecho es importante; es más, en China solía decirse «proceso ganado, dinero perdido».

A diferencia del enfoque teocéntrico que en algunos momentos tuvo la hoy relativamente «flotante» cultura occidental y de la fuerte referencia a la divinidad que impera en el Islam, en el Extremo Oriente las raíces suelen nutrirse sobre todo del respeto a las generaciones anteriores y al cosmos. La **composición** de las tensiones sociales

posee también decisiva significación y los hombres son frecuentemente llamados a reprocharse a sí mismos.

Estos rasgos comunes no impiden, sin embargo, que en China las bases sean más morales y universales y en Japón de una religión nacional y natural (el sintoísmo). La cultura china es más elástica, en tanto la japonesa es más rígida.

La religión y la moral en **China** responden a un **sincretismo** entre las religiones budista y taoísta y la moral enseñada por Confucio (siglo V a J. C.), referida al respeto a las tradiciones familiares y nacionales. El confucianismo fue el pilar ideológico del imperio chino y las bases de sus creencias están en las referencias al **Cielo**, fuerza superior que mantiene el mundo y fija según sus planes el curso de los acontecimientos, de la que el monarca era un comisionado (sería llamado «hijo del Cielo»), y al culto a los antepasados. El Estado es considerado parte del orden del Cielo.

Como ha de verse, el budismo se apoya en la renuncia a uno mismo y en la búsqueda del nirvana. El taoísmo (fundado por Lao-tse) da la espalda a la realidad inmediata y se esfuerza por abrir camino al reino del puro ser. El «tao» quizás sea traducible como «ley natural» y, según la ética de Lao-tsé, la virtud sólo aparece cuando el tao se ha perdido, la benevolencia sólo después de la pérdida de la virtud, la justicia cuando se ha perdido la benevolencia y el decoro después de la pérdida de la justicia.

La cultura del **Japón** es en gran medida derivada de la china, pero sus caracteres son a menudo diversos. El sintoísmo, religión nacional de Japón, posee también caracteres **sinceréticos** apoyados en creencias de los pueblos que poblaron las islas.

El sintoísmo cree en una pareja de padres del mundo que luego de engendrarlo se separaron, el padre **cielo** asciende y la madre **tierra** baja al mundo inferior. En gran medida se apoya en el culto a la **naturaleza** y en el **animismo**. Los emperadores descienden de la diosa del Sol que es la verdadera «emperatriz». Más que en la igualdad se cree en cierto tipo de relación filial.

Muchos de los pecados del sintoísmo primitivo eran contra la agricultura (v. gr. romper los diques o llenar las zanjas de inundación de los campos de arroz), o contra los animales domésticos.

Las dos culturas predominantes en el Extremo Oriente reaccionaron de maneras diversas cuando Occidente las obligó a **abrirse** al comercio con él y las humilló provocándoles importantes grados de resentimiento. China resultó aparentemente doblegada, pero Japón decidió adaptarse y producir incluso un fuerte enfrentamiento militar.

Hoy la cultura japonesa presenta el gran interrogante de saber cuál será el porvenir de los dos elementos coexistentes, de despliegue **capitalista** en la economía y de sólida cohesión social en las **tradiciones** que a menudo tienen sentido feudal. Quizás una cuestión relativamente análoga se plantee si China resuelve difundir los enclaves capitalistas que hoy posee.

5. 1. 2. La **familia** del Extremo Oriente, de muy alta significación como base de la sociedad, ha estado signada por la referencia fuerte a los antepasados. En China la celebración del matrimonio estaba dotada de aspectos mágicos y se atendía a los presagios. En la tradición japonesa la «familia» o «casa» posee gran extensión, abarcando a todas las familias que descienden del mismo antepasado, y está sometida a un jefe que la gobierna con autoridad absoluta. A su vez todas las familias forman un conjunto en cuyo centro está la familia imperial.

Hoy la familia china es forzada a ceñirse a políticas de planificación estatal, pero donde por el momento se suscita el mayor interrogante es en Japón, pues la organización de la «casa» tradicional, de amplia proyección y fuerte solidaridad, no resulta concordante con el individualismo que parece más afín al capitalismo.

b) El Derecho Hindú

5. 2. 1. La región **India** es un verdadero **mosaico** de culturas que incluso obligó a su división política, separando las áreas de predominio musulmán (Paquistán, luego a su vez dividido con la formación de Bangladesh).

El «subcontinente» indio ha recibido múltiples **invasiones**, las últimas de gran significación son las de los musulmanes y los británicos. Sin embargo, el sistema que consideraremos como específico es el del **Derecho brahmánico hindú**.

En las raíces indogermánicas se hallan bases importantes de la cultura occidental. Sin embargo, toda la cultura de la India responde a la **superposición de dominaciones**. Vale recordar que incluso Alejandro Magno llegó con sus conquistas hasta el Indo.

Es difícil hallar una civilización que a través de su evolución trimilenaria haya estado tan penetrada y conformada por la **religión** como la de la India, pero tampoco es fácil encontrar una religión tan **compleja** y que nos oponga tantas barreras para su comprensión. La «jerarquización» y el **sincretismo** de ideas incluso contradictorias como partes de la verdad en la que la complementación suele excluir a la evolución es una de las características del pensamiento de la India.

Uno de los patrones de unidad del complejo cultural específicamente indio, dotado de grandes diversidades internas, es el reconocimiento de la autoridad, a veces puramente formal, de los Vedas, los más antiguos textos sagrados, atribuidos a la revelación del dios Brahma, que poseen a menudo también alto sentido poético.

La politeísta religiosidad de la India abarca cierto **panteísmo**: todos los seres están en el dios Krisna, pero él no está en ellos. Domina la creencia en el **periódico** origen y aniquilamiento del mundo. Hoy se vive en la peor de las edades que corresponde a esa evolución cíclica. Se combinan las creencias en el paraíso y el infierno y en la **transmigración** del alma.

Según las creencias de la religiosidad hindú las consecuencias de la fuerza de las

acciones se experimenta ya en la vida terrena y después de la muerte en el paraíso y en el infierno, pero siempre queda un saldo que motiva el renacimiento subsiguiente. El alma pasa por una serie de categorías (plantas, animales, hombres, espíritus, dioses, etc.), pero también puede regresionar.

La creencia en la transmigración del alma aparece como uno de los grandes soportes para el mantenimiento de la **estructura social**. El lugar que se ocupa corresponde a méritos o deméritos de otras vidas y contribuye a las posteriores; los cuestionamientos encuentran poco lugar.

El Código de Manú fue elaborado por los sacerdotes brahmanes para afirmar su jerarquía. La estructura de castas, que son caracterizadas desde el punto de vista religioso con obligaciones y virtudes propias, consagra de cierto modo las dominaciones que se produjeron en la región.

La casta más alta, de los brahmanes, que se considera emanada de la cabeza de la divinidad, debe cumplir las virtudes del autodomínio, la pureza, el saber religioso, la fe en Dios y el estudio filosófico de la verdad, monopoliza la ciencia y dirige exclusivamente la religión. La casta sacerdotal ha gozado y aún goza de situaciones que a los ojos occidentales resultan privilegios, de modo que a veces su condición era superior a la de los mismos reyes y ha retenido el control de puestos clave aún después de la independencia.

El hecho de que nadie que no hubiera nacido en una de las tres castas superiores pudiera convertirse al hinduismo, versión última del brahmanismo, impidió que aquél pudiera convertirse en una religión universal. Los componentes de la casta «infame» de los parias eran considerados impuros al grado de creerse maldito el aire que respiraban.

Conforme a la ética hinduista las acciones deben realizarse como lo requieran las circunstancias concretas en carácter de cumplimiento de la voluntad divina y **sin apego al mundo**. Uno de los caminos para la salvación es el **yoga**, que suele referirse a la supresión de la mutabilidad de la conciencia.

La fuerte proyección religiosa de la cultura hindú lleva a la marginalidad de la importancia del Derecho. También aquí predomina la noción de **deber**.

De una de las crisis de la cultura tradicional surgió en el siglo V a J. C. la igualitaria y caritativa religión **budista**, que posee alcance universal pero tuvo limitada proyección en la India, en mucho por chocar con la estructura de castas. Sin embargo, incluso el budismo tiene limitado sentido de dinámica histórica: en la senda de salvación del nirvana cesa todo dolor, se ignoran las pasiones, los deseos y las faltas y se alcanza el reposo eterno.

5. 2. 2. En cuanto a la **familia** en la India vale señalar, por ejemplo, las creencias frecuentes de que la copulación suele tener una significado mágico religioso, pero incluso se narra que en ciertas festividades se llegaba a excesos eróticos a veces sublimados. Se conocen diversas clases de matrimonio. La unión matrimonial es concebida como

donación de la esposa, y se acepta la poligamia. El quebrantamiento de la estructura de castas era fuertemente sancionado, incluyéndose la caída de los nacidos de las uniones respectivas en la condición de impuros.

c) El Derecho del África Negra y de Madagascar

5. 3. 1. El continente africano es una gran masa **territorial** dominada por la presencia ecuatorial, pero ha generado áreas diferenciadas. Una es la mediterránea y del Nilo, otra es la sudafricana y la más característica es la relativamente «central» del África Negra y de Madagascar, que aquí nos interesa especialmente.

Las relaciones de la zona del África Negra con Occidente fueron al principio muy limitadas. Las potencias europeas pensaron en primer término a la región como una fuente de aprovisionamiento de futuros esclavos y fue recién en el siglo XIX, sobre todo en sus últimas décadas, cuando estallaron grandes tensiones por su reparto colonial.

La cultura tradicional del África Negra es en general «**blanda**», como los ámbitos de las selvas e incluso de los terrenos áridos que ocupa, y uno de los datos significativos de la indefinición cultural es el frecuente **desconocimiento de la escritura**.

En el África Negra no hay delimitaciones precisas entre lo **natural** y lo **sobrenatural** y respecto de los individuos entre sí y dominan las creencias en la presencia de espíritus, por ejemplo de los antepasados, en los mitos y en la **magia**. A diferencia de las culturas antropocéntricas o teocéntricas se trata de una cultura difusamente **cosmocéntrica**.

No existían importantes clases antagónicas y el trabajo era considerado algo natural; no se concebía claramente el progreso ni la prescripción.

La introducción de elementos de la cultura occidental, desprovistos del contexto general que los sostiene, ha provocado frecuentes condiciones de **anomia** e incluso ha contribuido a que, dotados de instrumentos de muerte pero no de los controles que resultan del resto de la cultura, los hombres de la región hayan practicado matanzas impresionantes.

5. 3. 2. La **familia** del África Negra y Madagascar evidencia también los caracteres de escasa delimitación propios de toda la cultura. En el fondo tradicional del África Negra los bienes pertenecen a las familias y a los clanes. Las mujeres no son consideradas personas, de modo que no pueden ser propietarias. Es la familia la fuente de su mantenimiento. La mujer era propiedad de su esposo y la recepción de la posibilidad de la propiedad privada le ha significado a veces una desprotección, por no contar con los medios para su propia subsistencia.

Vale recordar asimismo, por ejemplo, que en ese fondo tradicional si una mujer enviuda y opta por permanecer en la familia de su esposo muerto los hijos que tenga de otro hombre suelen ser atribuidos al esposo fallecido. El matrimonio no concluye necesariamente con la muerte del marido.