
LA CLONACIÓN, SU JUSTIFICACIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS CAMBIOS DE LOS PARADIGMAS SOCIOLÓGICOS

Juan José BENTOLILA (*)

"Cada estilo artístico nuevo, cada nueva teoría científica no es aceptada con beneplácito, sino que se presenta al principio como una interferencia molesta con las concepciones tradicionales y debe imponerse trabajosamente a la resistencia de éstas". ⁽¹⁾

En la postmodernidad ⁽²⁾ el mundo ha asistido y aún asiste a determinados avances científicos y tecnológicos que han dado por tierra con los paradigmas sociológicos imperantes hasta el momento. Las nuevas técnicas de reproducción humana hacen que intentemos un replanteamiento de la idea de familia, que nos permita captar los cambios que, tanto actual como potencialmente, le afectan. Es clásica ya la definición de bioética como *"el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto dicha conducta es examinada a la luz de los valores y de los principios morales"* ⁽⁴⁾. Creemos en la posibilidad cierta que la bioética tiene de brindar respuestas a las cuestiones que en este trabajo se plantean.

(*) Docente de la Cátedra "A" de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) De *Antropología filosófica* del Prof. Dr. Otto Friedrich Bollnow, de Tübingia, p. 85 (91), Revista Universitas, diciembre de 1989, Revista Trimestral Alemana de Letras, Ciencias y Arte.

(2) Para una comprensión completa de las características de la edad postmoderna, p. v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Panorama trialista de la filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, N° 19, págs. 9 y ss.; LYOTARD, Jean-François, "La condición postmoderna - Informe sobre el saber", trad. Mariano Antolín Rato, Madrid, Minuit, 1987.

(3) P. v. HALLEBONE, Erica L., "Reproductive technology, repressive culture, and nongenetic mothers", en "Issues in Reproductive and Genetic Engineering", vol. 5, 1992, N° 3, págs. 231 y ss.; MCGORMICK, Richard A., "Human Reproduction: Dominion and Limits", en "Kennedy Institute of Ethics Journal", The Johns Hopkins University Press, Vol. 6, 1996, N° 4, págs. 387 y ss.; LONGINO, Helen E., "Knowledge, Bodies, and Values: Reproductive Technologies and their Scientific Context", en "Inquiry", 35, págs. 323 y ss.

(4) REICH, W.T., "Introduction Encyclopedia of Bioethics", I, New York, 1978 cit. por VIDAL, Marciano, "Moral de la Persona - Moral de Actitudes II", Madrid, P.S., 1985, en nota 9, pág. 180; p. v. asimismo: CIURO CALDANI, Miguel A., "Introducción general al Bioderecho" y "El Bioderecho ante las posibilidades en el campo de la genética humana", en "Bioética y Bioderecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, N° 2, 1997, págs. 11 y ss.; HOOFT, Pedro Federico, "Bioética, biopolítica y bioderecho", en J.A., 1994-II, págs. 784 y ss.

Se entiende por clonación -en sentido científico- a una forma de “*reproducción asexual*”⁽⁵⁾. Consideramos que ella constituye un avance con importantes potencialidades e implicancias pero neutro en sí. Debe tenerse presente que “*la técnica (...) es ambigua o ambivalente, admite valoraciones positivas y negativas*”⁽⁶⁾, pues son los resultados a que con ella pretendan arribarse y las motivaciones (móviles) de los sujetos involucrados, los que pueden ser calificados de benéficos o perversos y que serán objeto de nuestra valoración.

La clonación puede ser tanto “*en*”, como “*de*” seres humanos. La primera implica la reproducción de tejidos humanos sin la generación de un ser humano completo. Se considera que su desarrollo permite vislumbrar importantes potencialidades en el campo de los trasplantes de órganos y en general es aceptada con cierto consenso en el campo doctrinario mundial. En cuanto a la segunda, es la generación de un ser humano completo mediante el implante de un núcleo de célula diferenciada en un óvulo y la posterior evolución del “*huevo*” producido. Multiplicidad de voces se alzan en contra de esta segunda forma de clonación, y muchas veces con criterios *a priori* y carentes de mayores fundamentaciones. Por el contrario, participamos de la creencia que aduce que ella constituiría una interesante herramienta para solucionar ciertos problemas de infertilidad.

En el presente trabajo tomaremos la clonación de seres humanos como eje e intentaremos buscar las variantes que ésta pudiera generar en los diferentes paradigmas sociológicos imperantes en la actualidad.

En lo que refiere a la posibilidad de clonar seres humanos hay opiniones definidas en cuanto a que “*... la clonación de mamíferos adultos y, por lo tanto, la clonación en humanos, es técnicamente posible*”.⁽⁸⁾

Un importante argumento en contra de la clonación de seres humanos se endereza sobre el tema de la efectividad de la técnica de clonación. Se plantea que permitir la investigación en humanos es condenar a innumerable cantidad de embriones a perecer en laboratorios, dado que aún no puede lograrse una correcta viabilidad de todas y cada una de las células clonadas. Consideramos que debe existir una investigación en animales y vegetales previa a la practicada en seres humanos. De todos modos, hay que destacar que se están descubriendo variantes de la técnica que permiten cerrar la enorme brecha de viabilidad que hace un tiempo existía, lográndose la clonación con una efectividad -al momento en que esto es escrito- del ochenta por ciento de los casos (el experimento al que hacemos referencia se realizó en vacunos⁽⁹⁾). Cifra nada desdeñable, por cierto.

(5) HIDALGO, Soraya Nadia, “Clonación o reproducción en serie de seres humanos: ¿Una alternativa del siglo XXI?”, en J.A., 1995-III, págs. 730 y ss.

(6) HOOFT, Pedro Federico, “Bioética y Derecho”, en E.D., t. 132, págs. 877 y ss.

(7) En lo que hace a la fundamentación de nuestras ideas sobre clonación, tomamos como base nuestro trabajo “Reflexiones sobre una posible reglamentación de la clonación humana”, publicado en el libro de ponencias del “VI Congreso Nacional de Derecho Privado”, La Plata, 10, 11 y 12 de septiembre de 1998.

(8) SIGMAN, Mariano, “Los hermanos de Dolly”, en revista “Tres Puntos” del 12 de agosto de 1998, pág. 45.

(9) Cf. el artículo “Clonaron ocho terneras idénticas”, en el diario “La Capital” de Rosario, miércoles 9 de diciembre de 1998, pág. 36.

Pensamos que quizás sería importante regular esta técnica, de modo que se impida la manipulación (considerando que el término "manipulación" tiene connotaciones generalmente negativas, adherimos a la postura que hace la diferenciación entre ella y la "*intervención genética con fines terapéuticos*" ⁽¹⁰⁾) sobre el clon, para impedir así una mediatización del ser humano que reduzca al hombre a un "... *simple medio para conseguir fines sociales o para satisfacer caprichos de personas particulares...*" ⁽¹¹⁾ -lesionando de ese modo la dignidad del ser humano por nacer-, y también porque ignoramos las consecuencias que la mentada manipulación genética sobre un embrión pueda causar; hasta que descifremos totalmente el genoma humano ⁽¹²⁾, sería harto irresponsable permitir cualquier manipulación en la cadena de ADN ("*... gene therapy is, in many ways, a wonderful goal, but it lies in the future...*" ⁽¹³⁾). Mas ello no empece a afirmar que, el hecho de impedir lisa y llanamente esta técnica en su faz de mera reproductora de la vida humana y como una herramienta más para la lucha contra la esterilidad en algunas parejas que no pueden recurrir a otras formas de concepción, se nos presenta como un tanto antojadizo. En definitiva, "*la reproducción de vida se autojustifica*" ⁽¹⁴⁾ (hacemos notar la utilización del término *reproducción* pues consideramos que es el que define correctamente la actividad cumplida al clonar; debe desecharse, por tanto, toda mención a la expresión "*generación de vida*" como errónea e indistintamente emplean algunos autores). Lo manifestado precedentemente implica que quien afirme que no debe existir la mentada reproducción debe brindar el fundamento de su dicho y no debería -al menos en el plano de un razonamiento lógico y coherente con los conceptos vertidos *supra*- exigirse de quien, por otro lado, la permite. Es de destacar que quizás no sea casual el hecho de que hoy en día algunos autores afirmen que "... *poco a poco la palabra esterilidad está siendo eliminada de los diccionarios científicos ...*" ⁽¹⁵⁾

Si bien el individuo clonado poseerá un mismo *genotipo* que el donante celular, no tendrá similar manifestación del mismo (*fenotipo*) pues su historia personal será distinta y

-
- (10) Conclusiones de la Comisión N° 4 "Mutabilidad y variantes en la concepción humana" del "VI Congreso Nacional de Derecho Privado", La Plata, 10, 11 y 12 de septiembre de 1998. Despacho aprobado por unanimidad.
- (11) VARGA, Andrew C., "Bioética - Principales problemas", trad. Alfonso Llano Escobar, Bogotá, Ed. Paulinas, 1990, pág. 134. Para una perspectiva comprensiva de otras especies p. v. WATSON, Richard A., "What does respect for nature mean?", en "Between the Species", Spring 1989, Vol. 5, págs. 93 y ss.
- (12) P. c. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Aspectos Jurídicos del Proyecto Genoma Humano", en E.D., t. 153, págs. 928 y ss.
- (13) SCHWARTZ COWAN, Ruth, "Genetic Technology and Reproductive Choice: An Ethics for Autonomy", en "The Code of Codes - Scientific and Social Issues in the Human Genome Project", Cambridge, Harvard University Press, 1992, pág. 234.
- (14) De la intervención del Dr. Miguel Angel CIURO CALDANI en las "Jornadas de Bioética y Bioderecho" preparatorias de las IV Jornadas Argentinas de Bioética y Bioderecho y organizadas por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. La participación nuestra en aquella ocasión se formalizó con la presentación de la ponencia "Una justificación a la clonación de seres humanos".
- (15) DEPONTI, Fernando, PANERO, Mónica, WALLACE, Nélida, BARRERA, Horacio, MÁRQUEZ, Claudia, "Algunas consideraciones sobre las técnicas biogenéticas y el Derecho", en "Revista Notarial", Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 58, 1989 (2), pág. 19.

por lo tanto las influencias del ambiente generarán en él diferencias más o menos sensibles.

Algunos planteos biologicistas aducen que sería lesivo para el genoma humano realizar estas "fotocopias genéticas", pues se impediría la biodiversidad ⁽¹⁶⁾ que la recombinación genética genera, la cual es valiosa porque permitiría la adaptación de los individuos según la selección natural a los cambios que pudieran producirse en el ambiente. No creemos que la incidencia de la clonación deba ser tan importante (tanto por el costo, como por los inconvenientes técnicos que genera en la actualidad) como para lesionar el patrimonio genético de la humanidad. Existiendo una forma de reproducción como es la sexual que no ofrece mayores problemas, y descartado el hecho de que de la clonación surja un individuo a todo nivel idéntico (con lo cual se destruiría una posible motivación), es de creer que el recurso a esta refinada técnica no será, en principio, masivo. Es posible pensar entonces que la diversidad del genoma humano estaría a salvo por lo pronto (al menos hasta que se generalice, si es que ello llegara a suceder, el recurso a la reproducción por la clonación; mas no percibimos como algo inverosímil el hecho de que el avance científico y tecnológico permita en un futuro cercano la recombinación genética artificial con el consecuente aventamiento del riesgo sobre el patrimonio genético del ser humano).

La dignidad del hombre consiste en que éste "... como ente ético-espiritual puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea ...". ⁽¹⁷⁾ Algunas críticas se han alzado contra la clonación de seres humanos sobre la base de afirmar que hay una agresión a este principio. Estas afirmaciones parten de una visión que considera como determinante para el desarrollo de la persona al genotipo. Es así como un individuo que fuese un clon de otro, perdería capacidad de autodeterminación pues su genotipo le condicionaría a ser idéntico -con toda la implicancia que este vocablo tiene- a quien donó una célula para su creación. Empero debemos considerar el hecho de que el individuo clonado recibirá distintas influencias del ambiente, que las captará y aprehenderá de modo diferente, desarrollando así características propias a nivel psicológico y conductual, por lo que, creemos, su capacidad de autodeterminación consciente y libre y su actuación sobre el mundo que le rodea no estarán absolutamente condicionadas por su calidad de clon. En todo caso, no puede -en modo alguno- desdeñarse la influencia de la propia historia vital del sujeto.

Es interesante destacar que en la naturaleza existen clonaciones espontáneas de hermanos conocidos como gemelos idénticos o monocigotas. ¿Podemos afirmar seriamente que estos gemelos no tienen capacidad de autodeterminarse (que prácticamente no son independientes en sus decisiones) y que en tal sentido carecen de dignidad? Creemos que sería

(16) Sobre la biodiversidad, p. v. VIEGAS, DIEGO R., "Un enfoque trialista en el problema de la biodiversidad", ponencia presentada a las "Jornadas de Bioética y Bioderecho", cit.

(17) VON WINTRICH, "Zur Problematik der Grundrechte", 1957, pág. 15, citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico", en E.D., t. 166, p. 907.

cuando menos irrazonable llegar a esta conclusión. Es plausible pensar que la naturaleza no adjudica impotencia (en el sentido atribuido por Werner Goldschmidt a esta expresión) cuando genera gemelos de estas características. En definitiva creemos que es acertado pensar que “... la dignidad de la vida humana no se ve afectada por la forma de su concepción”.

(19)

“El principio supremo de justicia consiste en organizar la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad, convertirse de individuo en persona, en otras palabras, de ‘personalizarse’”. (20) Un individuo que haya sido concebido bajo las técnicas de clonación también debe gozar de este espacio que le permita alcanzar el valor humanidad que se revela en el principio supremo de justicia.

En una posible reglamentación se deberá intentar que se evite menoscabo alguno a los principios de igualdad y unicidad.

En cuanto al primero, el sujeto generado a partir de la clonación deberá gozar de todos los derechos inherentes a la persona sin ningún tipo de mengua realizada debido a una distinción en orden a su origen.

En cuanto al segundo, “... cada persona humana individual es una realidad sustancial que tiene valor de fin en sí misma” (21), por lo que “... el derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás, es el derecho a ser reconocido siempre como persona humana” (22). No cabe ninguna duda acerca de que el sujeto originado por técnicas de clonación constituye una persona humana pues “... la calidad de persona que se atribuya a la vida naciente no es incompatible con las formas de concepción extracorpórea” (23). Es entonces que el régimen debe garantizar al individuo su derecho a ser reconocido como persona humana, su derecho a ser tratado como si fuera único más allá de que realmente lo sea (en el caso en cuestión creemos que no hay obstáculo a pensar que el individuo mentado efectivamente es único con todas las implicancias que esta afirmación conlleva y considerando como no definitorio en términos absolutos el hecho de que comparta un mismo genotipo con el donante).

(18) GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 47 y ss.

(19) Conclusiones aprobadas de las “XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil” en homenaje a Atilio Aníbal Alterini (Buenos Aires, 25 al 27 de septiembre de 1997), Com. 9, “Bioética y Derecho Civil”, en L.L., 2 de junio de 1998, págs. 2 y ss.

(20) GOLDSCHMIDT, Werner, *op. cit.*, pág. 439.

(21) *Ibidem*, pág. 543.

(22) LEGAL LACAMBRA, Luis, “La noción jurídica de persona humana y los derechos del hombre”, en “Revista de Estudios Políticos”, N° 55, enero-febrero de 1951, pág. 44; citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La dignidad...”, *cit.*, pág. 912.

(23) *Ibidem* nota N° 15.

Es una vez comprendidas las implicancias de esta técnica de reproducción que debemos indagar acerca de su consecuencia sobre las formas sociales a las que actualmente estamos habituados.

Proponemos una más profunda reflexión sobre las nuevas modalidades que la clonación humana generaría a nivel social, incluida la reformulación de los esquemas familiares, con el objetivo de captar correctamente en las futuras normas el presupuesto fáctico de las mismas ⁽²⁴⁾. Así como otrora se fueran sucediendo diferentes esquemas a nivel sociológico (v. gr.: la evolución que va desde la tribu y el clan, pasando por la familia matriarcal, patriarcal, sindiásmica, poligámica -tanto poliginica como poliándrica-, monogámica, familia entendida en sentido amplio, nuclear, y familia ensamblada), es evidente que se generarán cambios en la idea misma de familia, pues ésta deberá incluir un nuevo *status* en ella ⁽²⁵⁾. Algunos autores plantean algunos interrogantes haciendo simultáneamente una prospectiva, y es así como interpelan “¿Qué sucederá con la familia? ¿Qué se entenderá bajo ese término? ¿Tal vez una centena de personas iguales que no tienen lazos sanguíneos como los de padre y madre sino lazos de identidad genética?” ⁽²⁶⁾. Además de los roles por nosotros conocidos (padre, madre, hijo, hermano), quizás debamos pensar en algunos nuevos que admitan la categoría de ser humano clonado (quizás podría ser algo intermedio entre un hijo y un hermano, mostrando una mayor afinidad con la idea de un hermano gemelo). La pregunta crucial es si esta inclusión de nuevos roles no desdibujará la idea de familia en vez de generar una mera reforma parcial, llevándonos hacia una forma social distinta de la que conocemos y totalmente novedosa. Creemos que se debe mantener una cierta expectativa y no pensar este posible cambio en términos pesimistas. Lo cierto es que las normas jurídicas, en orden a lograr una mayor *fidelidad y exactitud* ⁽²⁷⁾, deben captar correctamente estos fenómenos y regular las situaciones que se pudieran plantear. Por ello alentamos un estudio de reforma del Derecho de familia que considere los avances tratados.

Consideramos positiva una mínima intervención legislativa en la materia que recepte principios éticos generales (“el legislador debe regular receptando las perspectivas de la bioética y con un asesoramiento interdisciplinario, plasmando en la norma sólo principios generales amplios” ⁽²⁸⁾), permitiendo la reproducción humana por técnicas que involucren a la clonación e impidiendo manipulaciones que degeneren en una mediatización del ser

(24) Hay algunos lineamientos interesantes en BORDA, Guillermo Julio, “La genética actual y el derecho de familia (Necesidad de una regulación legal)”, en L.L. 1988-A, págs. 661 y ss.

(25) BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., “Manual de Derecho de Familia”, 4º ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1996, págs. 1 y ss.

(26) ESTEBARENA, Carolina, BELOCOPITOW, Enrique, “Clonación: ¿hermanos de sangre?”, en Revista First, N° 140, mayo de 1998, pág. 87.

(27) GOLDSCHMIDT, Werner, *op. cit.*, págs. 197 y ss.

(28) Conclusiones de la Comisión N° 4 “Mutabilidad y variantes en la concepción humana” del “VI Congreso Nacional de Derecho Privado”, La Plata, 10, 11 y 12 de septiembre de 1998. Despacho aprobado por unanimidad.

humano. El acercamiento a los casos particulares deberíamos deferirlo a los comités de bioética (cuya importancia, muchos autores realzan) y Magistratura. Caso contrario y debido al vertiginoso avance de la ciencia, podríamos encontrarnos con normas que perderían constantemente su vigencia debido a las novedades que se generarían en el campo técnico.

Creemos que, de respetarse los principios analizados, y teniendo en cuenta la dignidad del sujeto generado por técnicas de clonación, no deberemos temer al avance de la ciencia que, de este modo, será por nosotros encaminada hacia los cauces que la bioética le indique.

Pensamos que no debemos temer a la reformulación de los esquemas familiares y confiamos en que la clonación humana mostrará a corto plazo sus beneficios en el marco de la reproducción de la especie. Es posible que debamos adaptarnos al cambio inminente y acompañarlo desde las distintas disciplinas, limando sus aristas e intentando amortiguar las consecuencias indeseables que conlleve (*"el Derecho no debe detener el avance científico sino acompañarlo, regularlo y encauzarlo en base a principios éticos y jurídicos"*⁽²⁹⁾), lo cual, por cierto, requerirá una gran apertura mental por parte de los científicos involucrados.

(29) Idem anterior.

BASES PARA EL REGIMEN DE LOS CONTRATOS EN EL MERCOSUR

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

a) El Mercosur

1. La historia de los pueblos reconoce procesos de aproximación y distanciamiento con características diversas según las épocas. En nuestros días de gran despliegue capitalista la aproximación tiene la forma principal de la *integración*, apoyada en la *realidad económica*. Otros procesos de acercamiento en Europa estuvieron signados por nombres de célebres hombres de armas, como Julio César, Carlomagno, Napoleón o el propio Hitler, en tanto el devenir paradigmático de la integración está unido a nombres como los de Jean Monnet y Robert Schuman ⁽¹⁾. La integración es, junto a las tendencias a la formación de una organización global, una de las maneras en que la realidad de nuestros días va superando la internacionalidad clásica.

El proceso de formación del Mercosur, iniciado por Tratado de Asunción de 1991, celebrado para la formación de un Mercado Común del Sur, ha reunido un gran *ámbito geográfico* en el que hay relativa facilidad para las comunicaciones, que además pueden incrementarse a través, por ejemplo, de obras camineras y fluviales. La población del Mercosur (incluyendo a Bolivia y Chile) es de alrededor de 207 millones de personas.

El Mercosur está encaminado a generar un enorme *espacio económico* y posiblemente *político*. La tasa de inversión en la región es del 19,4 y la tasa de desocupación del 10,1. Entre las realizaciones del proceso integrador cabe mencionar ya que el intercambio comercial medido en millones de dólares era, en 1990, intramercosur 4.127 (que en sentidos de exportaciones resultan respectivamente 8,9% y 14,5%), en las exportaciones al resto del

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

Homenaje del autor a la doctora Alicia M. Perugini por su destacada labor en la Dirección de Derecho de la Integración del Ministerio de Justicia de la Nación.

(1) Pueden v. en relación con el tema por ej. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, "Manual de Derecho de la Comunidad Europea", 3ª. ed., Madrid, Trivium, 1997, págs. 17 y ss.; LOUIS, Jean-Victor, "L'ordre juridique communautaire", 5ª. ed., Bruxelles, Commission des Communautés Européennes, 1989.

mundo 42.306 (91,1%) y en las importaciones desde el resto del mundo 25.060 (85,5%); en tanto, en 1997, las cifras respectivas fueron intramercosur 20.280 (24,5% y 21,0%), exportaciones al resto del mundo 62.339 (75,5%) e importaciones desde el resto del mundo 78.985 (79,0%)⁽²⁾. El incremento absoluto y relativo de las negociaciones intramercosur y el avance en las relaciones con el resto del mundo es notorio.

Más en profundidad, con miras a comprender las posibilidades del proceso hay que considerar las raíces culturales comunes de la región, con idiomas muy semejantes y una religiosidad compartida y en general afines al Derecho de estilo continental del sistema "occidental" y la existencia de un estado diversificado de desenvolvimiento capitalista, que a veces es sin embargo muy precario.

En cuanto a la viabilidad de la región como tal, vale tener en cuenta que en el período "pre-ibérico" una gran familia lingüística, tupí-guaraní, abarcaba desde las proximidades del Carcarañá (en la provincia de Santa Fe, Argentina) hasta las cercanías del Amazonas.

2. El Tratado de Asunción ha producido una enorme *carencia histórica* por novedad jurídica, que viene siendo colmada por un gran complejo de normas. En el ámbito de esas carencias subsiste la falta de normas respecto de la *validez intrínseca* (y los efectos) de los contratos en el régimen integrador. Toda esa gran *capacidad económica* del Mercosur requiere un *instrumental jurídico* adecuado, de fondo y de procedimiento, y en ese ámbito ocupan un lugar destacado las soluciones de la validez intrínseca de los contratos.

b) Los contratos

3. Las respuestas contractuales para el Mercosur dependen, obviamente, de las concepciones que se tengan respecto de los *contratos* y éstas, a su vez, de diversas opciones culturales.

En general cabe considerar que la propia expresión "contrato" hace referencia a una posibilidad de "tratar en común", en relativo nivel de equivalencia, las cuestiones a resolver. Las concepciones contractuales pueden tener más referencia subjetiva (referida al acuerdo de las partes) u objetiva (remitida al equilibrio de las prestaciones), pueden alcanzar niveles de más concreción o de alta abstracción, como la que desarrolló la noción de contrato en la modernidad continental, y a veces tienen, en consecuencia, más vinculación con la experiencia o con la razón. Las referencias más subjetivas tienden a ser más individualistas y autonomistas; las remisiones objetivistas se orientan a una mayor referencia social y suelen ser más intervencionistas.

El régimen de los contratos requiere con frecuencia una normatividad *general* y figuras *particulares*. Entre éstas, el sistema capitalista suele requerir un complejo contrac-

(2) Información recibida en la Fundación Export-ar, fuente ALADI.

tual en el que ocupan lugares destacados la compraventa, el transporte y el crédito documentario, la constitución de sociedades y, en el horizonte, los regímenes de títulos valores y de inversión. En las zonas de "declinación" del régimen se encuentran los contratos de trabajo y hoy sobre todo los contratos de consumo ⁽³⁾.

c) Los contratos en el Mercosur

4. Como hemos señalado, el Mercosur carece de normas propias acerca de la validez intrínseca de los contratos. En el Derecho Internacional Privado del mundo de la internacionalidad, cuya adecuación para los procesos de integración no es siempre satisfactoria, cabe mencionar de manera destacada las fuentes convencionales de los Tratados de Montevideo (que rigen entre la Argentina, el Paraguay y el Uruguay) y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V) y las fuentes internas de las legislaciones de los cuatro países. La Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay están relacionados por la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero. Además la Argentina es parte de otras importantes fuentes convencionales especiales referidas sobre todo a la compraventa internacional y a la intermediación y la representación ⁽⁴⁾.

5. Los *Tratados de Montevideo*, en sus versiones de 1889 y 1940, representan una concepción de los contratos fuertemente *internacional* y de inserción social. En consecuencia, de manera más o menos expresa se pronuncian contra la autonomía de las partes para elegir o hacer el Derecho aplicable y se remiten, de manera fuertemente determinada, a la ley del lugar de cumplimiento. Para evitar que la autonomía de las partes se introduzca "indirectamente" mediante la fijación del lugar de cumplimiento, califican el punto de conexión. Además en la obra de Montevideo hay algunas otras normatividades referidas a contratos en particular. Es evidente la importante afinidad de los Tratados con el espíritu de estatalidad que sobre todo imperaba al elaborarse en 1939-40 la segunda versión.

En cambio, la *Convención de la CIDIP V*, de fuerte inspiración norteamericana, adopta criterios relativamente *globalizados*, en los que la conexión resulta aparentemente intercambiable. Con sentido individualista, acepta la autonomía de las partes y luego se remite al Derecho del Estado con el que el contrato tenga los vínculos más estrechos. Agrega que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se despren-

(3) Es posible v. nuestros estudios "Significados jusfilosóficos de los contratos", en "Investigación y Docencia", Nº 10, págs. 33 y ss.; "Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)", en "Investigación ..." cit., Nº 26, págs. 20 y ss.

(4) Puede v. MASNATTA, Héctor (Dr.) PERUGINI, Alicia M. (Dra.) BARRA, Rodolfo C., "Mercosur: asimetrías jurídicas", 33 Coloquio Anual del Instituto para el Desarrollo Empresarial de la Argentina (IDEA). También cabe tener en cuenta nuestros trabajos "Derecho Internacional Privado de los contratos en general en el Mercosur", en "Investigación ..." cit., Nº 24, págs. 37 y ss.; "El contrato y la jurisdicción en el Derecho Internacional", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 20, págs. 49/50.

dan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Además se aplicarán cuando corresponda las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. Se dejan a salvo las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

Aunque tenemos reparos para que se ratifique con alcance internacional una convención que, alejándose de las tradiciones continentales por sendas de excesiva inseguridad y abriendo paso a quizás inevitables presiones sobre los jueces deja tanta discrecionalidad para quienes resuelvan los casos, creemos que tal vez con un protocolo adicional o alguna declaración interpretativa- podría haber servido en el marco de relativa intercambiabilidad de un proceso de integración como es el del Mercosur, pero habría un grave inconveniente en que la obligatoriedad del acuerdo se extendería también a otros países no integrados⁽⁵⁾.

6. En cuanto al Derecho Internacional Privado de *fuerza interna*, cabe señalar de manera sintética que en la *Argentina* rige un sistema relativamente individualista, apoyado en la autonomía de las partes, en una combinación de los puntos de conexión lugar de ejecución (para los contratos con contacto argentino y en los que no es determinable el lugar de celebración) y lugar de celebración (para los contratos sin contacto argentino y en los que no es determinable el lugar de ejecución) y de las leyes domiciliarias de las partes (para los efectos de los contratos sin lugar determinable de celebración ni de ejecución) (arts. 1205

(5) Es posible v. nuestro artículo "Aportes para la comprensión axiológico-histórica de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales" en "Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI", N° 5, págs. 27 y ss. En general no fue favorable a la aceptación lisa y llana de la Convención la mayoría de las opiniones expresadas en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado organizadas por la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, que se realizaron en Rosario los días 18 y 19 de noviembre de 1994. También puede v. nuestro artículo "Necesidad de una convención sobre Derecho aplicable a los contratos en el Mercosur", en "Derecho de la Integración", N° 3, págs. 157 y ss.

En un sentido muy análogo al de la obra de la CIDIP, la reciente Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela ("Gaceta Oficial de la República de Venezuela", 6 de agosto de 1998) dice: art. 29 "Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes", art. 30 "A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales"; art. 31 "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto" (v. no obstante por ej. el art. 10). Es evidente que, desde el punto de vista de las fuerzas sociales, el poder de presión de economías como la norteamericana no es comparable con la fuerza de otras economías de la región. No significan lo mismo la autonomía de las partes ni la libertad de los jueces en uno u otro frente.

y ss. del Código Civil) ⁽⁶⁾. Asimismo hay algunas reglas especiales, como la que somete los contratos de trabajo que deben ejecutarse en la Argentina a la ley argentina (ley 21297, del 23 de abril de 1976).

En el *Brasil* la calificación y regulación de las obligaciones se rige por la ley del lugar de constitución y la obligación resultante del contrato se reputa constituida en el lugar donde reside el proponente (Código Civil, art. 9). En el *Paraguay* la formación, la prueba, la validez y los efectos de los actos jurídicos se rigen por el Derecho paraguayo cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento (art. 297 del Código Civil). Con criterio más social, en el *Uruguay* la existencia, la naturaleza, la validez y los efectos de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. Para determinar este sitio se hace remisión a las reglas respectivas del Tratado de Montevideo de 1889 (art. 2399 del Código Civil).

Los criterios de las fuentes internas de los cuatro países mercosureños son diversos oscilando, como hemos señalado, entre el sentido más individualista y autonomista de la Argentina y la orientación más “social” con la que el Uruguay sigue la hostilidad a la autonomía de los Tratados de Montevideo.

A nuestro parecer, sin embargo, un proceso integrador no puede atarse a criterios de solución convencionales o de fuente interna pensados con la relativa rigidez del mundo “internacional”. Estimamos que hay una carencia histórica respecto de la que hay que considerar la posibilidad de elaborar normas que faciliten las negociaciones integradoras.

Otras fuentes que pueden tenerse en cuenta también en el ámbito mercosureño, en la medida que se les reconozca aplicabilidad, son la “*lex mercatoria*” y los *principios de Unidroit* ⁽⁷⁾.

7. Las *soluciones* para resolver los casos *espacialmente complejos*, entre los que se encuentran los de la internacionalidad y la integración, pueden ser en general territorialistas (marco en el que cabe el Derecho Unificado), extraterritorialistas (en cuyo ámbito se encuentra el “conflictualismo” clásico) y “no territorializadas” (de la llamada “autonomía universal”). Esto significa que en el primero y el último tipo de solución se emplea el *método* directo, en tanto en las respuestas extraterritorialistas se usa el método indirecto ⁽⁸⁾.

(6) Para los contratos sin contacto argentino el Codificador se orienta hacia un mayor sentido de libertad de las fuerzas económicas, sometiendo su validez intrínseca al Derecho del lugar de celebración; para los que poseen contacto argentino se refiere a un mayor control social, aplicando el Derecho del lugar de ejecución. En cuanto a los contratos sin lugar de celebración ni de ejecución conocidos, en concordancia con su sentido más capitalista y no social el Código remite los efectos a un punto de conexión personal, refiriendo las obligaciones de cada parte a su ley domiciliaria, y no a una referencia real. Respecto de la validez intrínseca de estos contratos, una de las posibilidades es proyectar a la misma la regla establecida para los efectos, aunque exigiendo la concordancia de todas las leyes domiciliarias.

(7) Es posible c. por ej. UNIDROIT, “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, Roma, 1995.

(8) Puede v. nuestro estudio (con colaboración) “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

El conflictualismo del Derecho Internacional Privado clásico, cuya extraterritorialidad es especialmente adecuada para los marcos internacionales típicos, suele constituir una base mínima para la evolución de la integración, que a menudo exige soluciones unificadas en sentido amplio, sea que provengan de los Estados o de los particulares. La integración significa cierta nueva territorialidad, que desde los Estados tradicionales puede ser también una “no territorialización”. Puede sostenerse que un *mercado común* requiere al fin un *Derecho común*.

8. Las *fuentes reales* de las que pueden valerse las soluciones integradoras en materia contractual pueden ser las leyes (por ej. en base a modelos compartidos), los tratados, las fuentes derivadas de la integración, las sentencias, las costumbres y los usos de los comerciantes (que incluyen la “lex mercatoria”) y, obviamente, los contratos mismos. Cabe agregar los aportes que puede realizar la doctrina que, pese a ser una fuente normal de *conocimiento* llega a veces a influir en las fuentes reales ⁽⁹⁾.

La opción entre las diversas fuentes depende en mucho de la solución que se dé a la tensión entre *razón e historia*, encarnadas por ejemplo en la ley y, en este caso con más adecuación en los tratados, por una parte, y en el juego de los usos y costumbres, los propios contratos y la doctrina por la otra. La discusión entre Thibaut y Savigny muestra su permanente actualidad, aunque en nuestro caso otra diversidad importante se plantea entre la elaboración por juristas o por técnicos ⁽¹⁰⁾.

La intervención de las fuentes estatales individuales o integradas y la actuación de la doctrina pueden significar más posibilidades de soluciones de tipo social, aunque sea fijando referencias para esclarecer lo que las partes renuncien en ejercicio de su autonomía. Dejar juego a los usos y costumbres de los comerciantes y a los contratos, e incluso la intervención mayor de técnicos importa, en distintos grados, abrir más espacios a las fuerzas de la economía.

9. Los *niveles de profundidad* en que en su caso se ubiquen las diversas fuentes pueden ser distintos, pasando por ejemplo, por la referencia a los términos, las condiciones generales de contratación, las fuentes generales “modelo”, la recopilación de normatividades en un mero orden o la codificación ⁽¹¹⁾. Los distintos niveles disminuyen o acentúan la intensidad de las características de las fuentes adoptadas.

(9) Es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 216 y ss.

(10) Puede v. nuestro estudio “Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones”, en “Dos Estudios Tridimensionalistas”, Rosario, 1967, págs. 7 y ss.

(11) V. NICOLAU, Noemí L., “Un “Código de los contratos” para el Mercosur”, en “La Ley”, t. 1996-B, págs. 941 y ss.; GARRO, Alejandro M., “Armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, en “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas”, Universidad Central de Venezuela, N° 82, págs. 283 y ss.; SCHIPANI, Sandro, “Sistema giuridico Latinoamericano “Principi generali del diritto”, “Codice tipo”, en “Principi per un “Codice tipo” di Diritto del Lavoro per l’America Latina”, CEDAM, 1993.

10. Todas las discusiones que se producen en el Mercosur para integrar la laguna histórica por novedad jurídica existente en materia de validez intrínseca de los contratos pueden enriquecerse teniendo en cuenta la importante discusión que viene produciéndose en la *Unión Europea*.

Allí habrá que optar entre el camino conflictualista actual de la Convención de Roma, que parte de la autonomía de las partes y recurre subsidiariamente a la ley más vinculada al contrato, con pautas para su determinación, o las propuestas de normatividades directas, sean a través de principios y de la armonización (Ole Lando), de un código (Harvey McGregor Giuseppe Gandolfi) o de una mayor participación doctrinaria (José Luis de los Mozos) ⁽¹²⁾.

La tarea *comparativa*, de referencia interna y externa al Mercosur, ha de ser cuidadosamente cultivada ⁽¹³⁾.

11. Los caminos para la integración de la laguna que en materia contractual presenta el Mercosur son diversos. La meditación y el debate al respecto han de ser profundos y la decisión tiene que ser *útil, eficiente y justa* ⁽¹⁴⁾.

(12) Es posible v. nuestro libro "El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, sobre todo págs. 38 y 62 y ss.

Cabe c. v. gr. GANDOLFI, Giuseppe, "Per la redazione di un "Codice Europeo dei Contratti"", en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", año XLIX, fasc. 3, págs. 1973 y ss. También, por ej., "Jornadas sobre la Unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos en el Ambito de la Comunidad Europea. Cáceres, 1993-1994", Cáceres, Universidad de Extremadura, 1995. Asimismo pueden v. las relaciones y comunicaciones publicadas en "Giustizia Civile", 1991 (con prefacio de Peter Stein).

(13) En relación con el tema es posible v. nuestros estudios "Hacia la comprensión plena de la elaboración de normas", en "Investigación ..." cit., N° 18, págs. 23 y ss.; "Aportes filosóficos para la elaboración de normas del Mercosur", en "Investigación ..." cit., N° 22, págs. 9 y ss.

(14) La relación entre utilidad y justicia es una de las más tensas y significativas de nuestro tiempo.

EL DERECHO A LA VIDA Y LA DISCRIMINACION ECONOMICA Y TECNOLOGICA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Uno de los caracteres más significativos de nuestro tiempo es el desarrollo de la *conciencia de la vida* y consecuentemente del "*derecho a la vida*". Luego de los horrores de Auschwitz y de Hiroshima, la humanidad ha comenzado a recorrer un camino de comprensión de la jerarquía del fenómeno vital, sobre todo de la vida humana, que tuvo entre sus manifestaciones básicas la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, cuyo cincuentenario conmemoramos en este año, cuando en su artículo 3 dice rotundamente que "*Todo individuo tiene derecho a la vida*".

Pese a la oponibilidad inicial referida al gobierno, el derecho a la vida figura entre los derechos humanos más importantes y más "erga omnes", de cierto modo es el derecho fundamental del que todos los otros se derivan. Aunque muy difícilmente conceptuable y al fin de cierto modo desenvuelta en el misterio, la vida humana siempre se *legitima por sí misma* y toda restricción al respecto ha de ser *debidamente fundamentada*.

El derecho humano a la vida se refleja en todos los temas de la Bioética y el Bioderecho, por ejemplo, en los cuatro subtemas de las Jornadas. La vida puede ser reconocida en su relación con el *complejo personal* y las estructuras gubernamentales y sociales en general, como lo hace el tema 1; con el *complejo temporal* en su comienzo y su final, según lo presenta el tema 2, y con el *complejo real*, sea éste ajeno, concretado en la atención al medio ambiente que se brinda en el tema 3, sea propio, en la problemática genética que se considera en el tema 4.

2. 1. El derecho común a la vida es una de los fundamentos de la *igualdad* de todos los hombres, reconocida ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

(*) Notas básicas de la comunicación presentada por el autor a las IV Jornadas Argentinas de Bioética IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética.

(**) 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.

no de la Revolución Francesa (arts. 1, 6 y 13) y también presente, v. gr., en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 7, 10, 16, 21, 23, 25 y 26). Cuando la igualdad es ilegítimamente desconocida se produce un fenómeno de *discriminación* y, quizás a diferencia de los sucesos raciales que motivaron la proclamación que conmemoramos (condenatoria de la discriminación por ej. en los arts. 1, 2, 7 y 22), la mayor discriminación de nuestro tiempo tiene sentidos *económicos* y *técnicos*. La vida y su misterio requieren también *diversidad* y el propio rechazo de la discriminación es una garantía al respecto, pero la economía y la técnica actuales se constituyen en tamices insalvables de la diversidad (una de las proyecciones de la diversidad es la libertad, c. v. gr. Declaración francesa, arts. 1, 2, 4, 5, 10, 11 y 16; Declaración Universal arts. 1, 2, 3, 14, 16, 18, 20, 22, 23, 26 y 29).

La *técnica* y la *economía*, que son instrumentos fundamentales para la vida humana, al punto que puede decirse que el hombre es un "animal técnico" y un "animal económico", a menudo se alzan contra la propia vida a la que deben servir. Quizás nuestro tiempo pueda ser denominado la "edad o la era de la técnica" y lo que debemos al desenvolvimiento técnico y económico es sorprendente, pero también hay frecuentes desviaciones. Es cierto que el hombre es en algunos aspectos un "ser técnico" y un "ser económico", pero es un "ser" que no debe resultar reducido a la técnica ni a la economía.

Precisamente la circunstancia concreta del *desafío técnico* ha generado la formación de la Bioética y el Bioderecho, en ciertos sentidos amplios, la "Ética de la Vida" y el "Derecho de la Vida". En mucho a su vez ese desafío técnico corresponde en profundidad al *desafío económico*, que es una de las grandes vertientes de las amenazas actuales contra la vida.

Creemos que, superando el "imperativo técnico", hay que reconocer el "*imperativo vital*". En principio todo lo que puede hacerse debe hacerse, como lo indica el imperativo técnico, pero porque en principio en un nivel más alto toda la vida humana que pueda existir debe existir, según lo indica el imperativo vital. La técnica y la economía forman partes del "cómo" de la vida, mas ésta es el "qué" al cual ese cómo ha de adecuarse. En términos de valores: el valor *utilidad*, realizado por el imperativo técnico, ha de integrarse por ejemplo con el valor *justicia*, del Derecho y ha de subordinarse al valor *humanidad*, en el sentido de deber ser cabal de nuestro ser.

La Declaración Universal de Derechos Humanos puso especial énfasis en rechazar las amenazas económicas, señalando -por ejemplo- que los derechos y las libertades corresponden sin distinción por la posición económica (art. 2), que toda persona posee derechos económicos a satisfacer (art. 22) y que toda persona tiene derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo (art. 23).

2. 2. Aunque la Bioética y el Bioderecho suelen ocuparse de cuestiones más recordadas, de cierto modo de perspectivas "microbioéticas" y "microbiojurídicas", consideramos imprescindible referirnos a la "*macrobioética*" y el "*macrobioderecho*", en los cuales se atiende a los fenómenos de la vida en su conjunto, de manera principal, a las relaciones de la técnica y la economía con el conjunto de la vida humana. No sólo se trata, por

ejemplo, de la “microeugenesia” sino de la “macroeugenesia”, de la “microeutanasia”, sino de la “macroeutanasia”, de una problemática de “microasignación” de recursos, sino de las cuestiones de su “macroasignación”, etc.

3. El desarrollo económico en gran escala propio del sistema capitalista actual produce fenómenos de *globalización* y de *marginalidad* que abarcan, respectivamente, a quienes pertenecen o no pertenecen al sistema económico ⁽¹⁾.

El mayor fenómeno de discriminación actual se genera por la exclusión de quienes no participan en las tareas económicas de producción, distribución y consumo. Se trata, por ejemplo, de quienes son *desempleados*, convirtiéndose en marginales en sentido convencional, y de quienes son forzados a asumir *empleos* que no conciben con su plena personalización, transformándose en “criptomarginales”. La propia Declaración Universal proclama de manera expresa la exigencia de protección contra el desempleo (art. 23), pero éste ha de entenderse en los sentidos de “desempleo” total o parcial, incluyendo el que se produce por desviación de las aptitudes y los requerimientos de la propia personalización. Se trata asimismo, obviamente, de quienes son marginales porque carecen de capacidad de *consumo* y de los que son “criptomarginales” porque son situados de manera despersonalizante en los lugares donde *pueden consumir* más apropiadamente, como suele suceder con los ancianos ⁽²⁾.

4. A nuestro parecer, la discriminación económica y técnica se debe en gran medida a que el sistema económico tiende a cumplir la llamada “*ley de concentración del capital*” y que, de manera análoga e interrelacionada, el sistema técnico tiende a satisfacer una “*ley de concentración de la técnica*”. Puede hablarse de los avances de la *autosuficiencia* de la técnica e incluso de la economía, en creciente contraste con la *expansión* de la vida humana. Ambas tendencias significan recortes de la vida.

Cabe reconocer incluso, en especial, la tendencia creciente a la “*abstracción*” de la economía y de la técnica que, por ejemplo, se expresa en las técnicas *financieras* cada día más apartadas de la propia realidad económica básica. El mundo de las finanzas es hoy una de las expresiones más radicales de la técnica, muchas veces de una técnica de al menos dudosa utilidad vital.

Como hemos señalado, la técnica es construida para prescindir del esfuerzo humano y en ese sentido resulta útil y valiosa, pero al fin, en cierta proyección dialéctica, termi-

(1) Pueden v. por ej. nuestros estudios “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación y Docencia”, N° 27, págs 9 y ss.; “Una perspectiva bioética: vida y globalización”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 1, págs. 43 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 25 y ss.

(2) Es posible v. nuestros estudios “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación ...” cit., N° 20, págs. 35 y ss.; “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 7 y ss.

na “liberándose” del hombre. Al fin la técnica sólo vale si sirve a la plenitud de la vida de su fabricante. Quizás le hubiera agradado señalar a Goethe que a veces el hombre en sentido cabal pierde -como el célebre “aprendiz de brujo”- el dominio de la técnica que fabricó.

Con cierta afinidad malthusiana, aunque no compartiendo del todo ni las afirmaciones ni las consecuencias que suelen extraerse de las enseñanzas del economista inglés, cabe decir que la técnica y el sistema económico parecen orientarse a necesitar cada vez menos de los hombres, cuando hay cada vez más hombres. No creemos que la cuestión sea la insuficiencia de los medios de alimentación, ni sería acertado desconocer el crecimiento que, sobre todo hacia adentro, tienen la economía y la técnica. Se trata a nuestro parecer de la relativa insuficiencia del “ámbito” que un mundo cada vez más económico y técnico brinda para la riqueza cuantitativa y cualitativa de la vida.

5. La vida es un *complejo* cuyo conocimiento cabal es imposible, y siempre debemos recortarlo de alguna manera, pero todos los sistemas, religiosos, científicos, económicos, etc., que pretenden sustituirlo ignorando el despliegue de relativo *misterio* que le es inherente, producen un destroz vital.

La medieval “edad de la fe” y la moderna “edad de la razón y la experiencia” fueron también marcos en que fenómenos con ciertos aspectos valiosos se constituyeron en sistemas que acabaron negando a menudo la plenitud de la vida. Las hogueras para los infieles y la proliferación de manicomios para los locos son testimonios de ello.

La pobreza y el autoritarismo no son, en modo alguno, patrimonio exclusivo del tiempo actual, pero en nuestros días, de la especial conciencia vital, se hacen particularmente contradictorios.

No sería del todo “ético” ni “jurídico” ocultar los múltiples aspectos positivos de la vida actual, mas en gran parte el cometido de la teoría ética y jurídica es señalar y contribuir a corregir los desvíos.

6. Las consecuencias de la discriminación de los marginales económicos y técnicos y del asalto contra la diversidad afectan al panorama de todas las *culturas*, no sólo desestabilizando a las no “occidentales”, como sucede de diversas maneras por ejemplo con el Africa Negra o incluso con Rusia, sino empobreciendo además la propia riqueza vital de Occidente.

Cientos de millones de personas del Africa y de Rusia son “pasadas” por el tamiz del sistema económico y técnico occidental, predominantemente anglosajón, perdiendo cualidades que hacen al patrimonio de la vida humana individual y colectiva, por ejemplo, en términos de diversidad, e incluso resultando empujadas a la muerte física. Las consecuencias de la “*deuda externa*” y la dependencia en materia de “*propiedad inmaterial*” tampoco pueden ser ignoradas en los enfoques bioéticos y biojurídicos.

En nuestros medios culturales, “*discapacitados*” por razones de “aptitud” física, mental, edad., etc. son marginados, a veces incluso a través del empleo de eufemismos, como

cuando se designa a la ancianidad -con toda su dureza social no admitida en el discurso- como "tercera edad".

El despliegue abrumador de la economía y de la técnica disminuye, v. gr., las posibilidades de la *filosofía*, la *ciencia* y el *arte* occidentales. Muchos científicos, artistas, religiosos, etc. son obligados a desviar su creatividad en aras de los requerimientos del sistema predominante.

7. La tensión entre la economía y la técnica por una parte y la plenitud de la vida por la otra afecta a las tres dimensiones del *mundo jurídico*. De acuerdo con la *teoría trialista*, elaborada dentro de los cauces de la concepción tridimensional del Derecho (que reconoce en éste hechos, normas y valores) dicho mundo se compone de repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica al ser y en especial a la vida), captados por normas y valorados -los repartos y las normas- por la justicia ⁽³⁾.

En la *dimensión sociológica* la tensión referida se traduce en un exceso de conducción por los sectores económicos centrales, que genera sin embargo "*influencias humanas difusas*" de consecuencias imprevisibles; incrementa las posibilidades de la *autoridad* en detrimento de la verdadera autonomía y permite la radicalización de la *planificación*, con pérdida de los espacios de plena razonabilidad social.

En la *dimensión normológica* la tensión entre economía, técnica y plenitud vital se manifiesta a menudo en la *inexactitud* (incumplimiento) de muchas normas, por ejemplo, de derechos humanos.

En la *dimensión dikelógica* (de justicia) la tensión se muestra, por ejemplo, como hemos expuesto, en avances indebidos del valor *utilidad* contra los valores *justicia* y *humanidad*; en retos *plutocráticos* y *tecnocráticos* contra los espacios legítimos de la democracia y en riesgos de *totalitarismo* que toma al hombre como medio y no como fin según, en cambio, lo exige de manera valiosa el humanismo.

8. De cierto modo, la Bioética ocupa y debe ocupar parte del papel de la todavía en alguna manera embrionaria *Filosofía de la Técnica* ⁽⁴⁾. Precisamente por su carácter aún en cierta medida embrionario, la disciplina que Ernst Kapp (1808-1896) denominó "Filosofía de la Técnica" no ha sido suficiente para ocupar el lugar en que se sitúa la Bioética. No obstante, la consideración de la Filosofía de la Técnica en marcos bioéticos y biojurídicos es imprescindible.

(3) Es dado c. v. gr. 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.

(4) Pueden v. por ej. 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.; MITCHAM, Carl, "¿Qué es la Filosofía de la Tecnología?", trad. César Cuello Nieto - Roberto Méndez Stingl, Barcelona, Anthopos, 1989.

Uno de los remedios para superar la tensión actual entre técnica, economía y vida es desarrollar las manifestaciones vitales no económicas y no técnicas. Hay que aprovechar la técnica, pero tal vez al fin haya que desarrollar también una "*técnica contra la técnica*". Todas las decisiones bioéticas y biojurídicas deberían tener en cuenta este objetivo ⁽⁵⁾.

(5) En el ámbito de la abundantísima bibliografía sobre los derechos humanos, es posible c. v. gr. BIDART CAMPOS, Germán, "Constitución y derechos humanos". Bs. As., Ediar, 1991; HERRENDORF, Daniel E. BIDART CAMPOS, Germán J., "Principios de Derechos Humanos y Garantías", Bs. As., Ediar, 1991; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Los derechos humanos en el trialismo", en "El Derecho", t. 129, págs. 955 y ss.; "Notas trialistas para la sistematización y la ubicación histórica de los Derechos Humanos", en "Boletín ..." cit., N° 23, págs. 49 y ss.; HUMPHREY, John (Dr.), "Declaración Universal de los Derechos Humanos, su Historia, su Impacto y su Carácter Jurídico", en "Memoria del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos", Vol. VII, págs. 9 y ss.; RAMELLA, Pablo A., "Los derechos humanos", Bs. As., Depalma, 1980; PADILLA, Miguel M., "Lecciones sobre derechos humanos y garantías", 3ª. ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 1995.

FERNANDO EL CATOLICO Y LA CULTURA JURIDICA ARGENTINA (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) Dos culturas argentinas

1. La cultura de los países hispánicos y en nuestro caso particular de la Argentina está signada por la escisión entre el sector “*hispánico tradicional*”, más comunitario y paternalista, con raíces más católicas tradicionales, y el sector “*angloafrancesado*”, más individualista y abstencionista, con más influencias indirectas de la Reforma calvinista. En el sector “hispánico” hay que considerar también otras influencias, como la que en nuestro país aportó significativamente la inmigración italiana meridional, y en el sector “angloafrancesado” se ha de atender asimismo específicamente a la derivación norteamericana.

Uno de los paradigmas más nítidos del sector “hispánico tradicional” es *Felipe II* (1527-1598) y entre los modelos más claros del sector “angloafrancesado” se encuentra *Carlos III* (1716-1788). En un caso puede hablarse sobre todo del espíritu de los Habsburgos y en el otro del sentido de la vida de la mayoría de los Borbones. De cierto modo, las manifestaciones materiales respectivas podrían ser, por ejemplo, el pobre dormitorio de Felipe II, “dueño del mundo”, en El Escorial y el Palacio Real de los Borbones en Madrid. Las “dos Españas” han tenido y aún llevan una difícil convivencia, en cuyas tensiones cabe señalar, por ejemplo, la expulsión de los jesuitas por Carlos III y la Guerra Civil que ensangrentó a la Península en este siglo.

En nuestro medio *argentino*, otras figuras de la vertiente “hispánica tradicional” son Saavedra, Rosas y Perón y otros representantes del sector “angloafrancesado” son Moreno, Rivadavia y Aramburu. Gran parte de las tensiones de nuestra historia, incluyendo los desencuentros entre federales rosistas y unitarios y entre peronistas y antiperonistas, que tantos estados de guerra “caliente” o “fría” han desencadenado, se deben a la oposición de los dos sectores de nuestra cultura.

(*) Notas para la exposición y el debate en una reunión de la cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(**) Profesor titular de Filosofía del Derecho y director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y el Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

Sin olvidar relevantes disparidades dentro de los grupos, de cierto modo cabe vincular también la diversidad con dos grandes "ejes" que se diferencian en *Europa*, uno que en algún grado vincula a España y la zona germánica y otro que une a Inglaterra y Francia, éstas como protagonistas más de avanzada de la formación de la modernidad y del capitalismo industrial.

Con matices diversos de compromiso y de nitidez, las dos Europas desarrollaron incluso una Guerra Civil en dos periodos que constituyó las *Guerras Mundiales* del siglo XX, en las que triunfó la vertiente anglofrancesada, muy en especial la expresión anglosajona. Las tensiones entre el Sur y el Norte de Italia, hoy en un punto de gran discusión, son también una muestra de esas diversidades de sectores.

La oposición entre los dos ámbitos culturales, uno más "tradicional" y otro más referido a la "vanguardia" es común, en diversos grados, a los distintos países *dependientes* o al menos no protagonistas principales de la historia, sea por razones más fácticas o ideológicas ⁽¹⁾. En ciertos lugares, como Argelia o Rusia, la tensión adquiere caracteres particularmente riesgosos.

2. En el plano más estrictamente *jurídico*, la tensión cultural argentina está presente, v. gr., en la imposición del modelo afrancesado de *Código Civil* que, para lograr un país capitalista, hizo el grupo de Mitre, Sarmiento, Vélez Sársfield, etc., al que le correspondió la respuesta del lamento del sector hispánico tradicional gauchesco expresada en el "Martín Fierro", y en el desarrollo del *Derecho del Trabajo* del primer gobierno peronista ⁽²⁾.

Como resultado de los conflictos entre los dos sectores de su cultura, nuestro país ha tenido, en sus tiempos de organización definitiva, *dos constituciones*, una más anglofrancesada de 1853-60, actualmente vigente con modificaciones, y otra más hispánica tradicional de 1949, cuya vigencia fue excluida por el Gobierno militar provisional de la llamada "Revolución Libertadora" mediante proclama del 27 de abril de 1956.

3. La profundización del *origen* de los dos sectores argentinos puede remontarse a diversos episodios de la historia de *España* y de *Europa*.

Muchas son las causas de la división de las dos Europas y las dos Argentinas. Cabe hacer referencia, por ejemplo, a las influencias católicas tradicionales y calvinistas ⁽³⁾ o a la presencia árabe en los sectores meridionales de Europa, pero en este caso deseamos considerar la obra de *Fernando el Católico*.

Entre los fenómenos que produjeron la división de las dos culturas en España, en Europa en general y en nuestro país, se encuentran las decisiones que adoptó durante su

(1) Pueden v. por ej. nuestras "Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

(2) Es posible c. nuestra "Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.

(3) WEBER, Max, "La ética protestante y el espíritu del capitalismo", trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª. ed., Barcelona, Península, 1973.

reinado Fernando, rey de *Aragón* ⁽⁴⁾, por matrimonio con Isabel I rey de *Castilla* (1451-1504) ⁽⁵⁾ y soberano de *Sicilia* y de *Nápoles*, a quien, junto a su esposa Isabel, el Pontificado le confirió el tratamiento de Rey Católico ⁽⁶⁾.

b) La obra de Fernando el Católico, incluso más allá de sus intenciones

4. Fernando fue en gran medida uno de los “constructores” del alcance que, por una mezcla de fenómenos de *conducción* y *espontáneos*, incluso por la intervención de la naturaleza expresada en la muerte de diversos herederos, y también al fin tal vez contra la voluntad del propio aragonés, tuvo el imperio que detentaría su nieto Carlos V de *Alemania* y I de *España* (1500-1558), de alta significación en nuestro tema. No es sin motivo que su bisnieto Felipe II, hijo de Carlos V, pudo decir que a él se lo debían todo ⁽⁷⁾.

5. Fernando el Católico nació en 1452 y murió en 1516 ⁽⁸⁾. Desde joven sostuvo enfrentamientos con Francia que fueron tradicionales en su reino, sobre todo por Cataluña, e incluso con Portugal. Con miras a la unificación de España hizo instituir la Inquisición, como instrumento político y confiscatorio más que religioso, se apoyó en la Santa Hermandad que agrupaba y protegía a las poblaciones rurales y urbanas más allá del poder de los señores feudales e impuso a la Santa Sede una especie de Concordato consagratorio del derecho de

(4) Fernando II.

(5) Fernando V.

(6) Navarra fue anexionada a la monarquía española en formación por Fernando el Católico en 1512.

(7) ELORRIAGA, Gabriel, “La vocación política”, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 141.

(8) Acerca de Fernando el Católico v. por ej. PULGAR, Hernando del, “Crónica de los señores Reyes Católicos don Fernando y doña Isabel”, en “Crónicas de los Reyes de Castilla desde don Alfonso el Sabio, hasta los Católicos don Fernando y doña Isabel”, col. ordenada por Cayetano ROSELL, t. 3, Madrid, Rivadeneyra, 1878, págs. 223 y ss.; “Historia de los Reyes Católicos don Fernando y doña Isabel, escrita por el bachiller Andrés Bernaldez, cura que fue de la villa de los Palacios y capellán de don Diego Deza, arzobispo de Sevilla”, en “Crónicas ...” cit., págs. 567 y ss.; GIMENEZ SOLER, Andrés, “Fernando el Católico”, Barcelona, Labor, 1941; BENEYTO PEREZ, Juan, “Magisterio político de Fernando el Católico”, en “Revista de Estudios Políticos”, VIII, págs. 451 y ss.; D’ORS, Eugenio, “La vida de Fernando e Isabel”, Barcelona, Juventud, 1982; DOUSINAGUE, José M., “La política internacional de Fernando el Católico”, Madrid, Espasa-Calpe, 1944; MARQUEZ MIRANDA, Fernando, “Ese desconocido: don Fernando el Católico”, Bs. As., Academia Argentina de Letras, 1963; ELORRIAGA, op. cit.; PIRENNE, Jacques, “Historia Universal”, vol. II, trad. Julio López Oliván y otros, Barcelona, Exitó, 1961; CROUZET, Maurice (dir.), “Historia General de las civilizaciones”, vol. IV, “Los siglos XVI y XVII” por Rolando MOUSNIER, 2ª. ed., Barcelona, Destino, 1964; GOETZ, Walter (dir.), “Historia Universal”, “La época del gótico y el Renacimiento” y “La época de la revolución religiosa La Reforma y la Contrarreforma”, por Walter GOETZ y otros, trad. Manuel García Morente, ts. IV y V, 6ª. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1962 y 1963, vs. págs.; “Historia Universal Marín”, t. 3, Barcelona, Marín, 1979, págs. 97 y ss.; DURANT, Will, “El Renacimiento”, trad. C. A. Jordana, Bs. As., Sudamericana, 1958; además v. gr. “Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano”, Barcelona, Buenos Aires, etc., Montaner y Simón Sociedad Internacional, t. IX, págs. 256 y ss.; “Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana”, Barcelona, Espasa, t. XXIII, págs. 853 y ss.; “Gran Enciclopedia del Mundo”, Durvan, 3ª. reimp., 1966, t. 8, cols. 635/6; “The New Enciclopedia Britannica”, 15ª. ed., vol. 7, págs. 232/3. Asimismo cabe tener en cuenta por ej. ELLIOT, J. H., “La España Imperial 1469-1716”, trad. J. Marvany, 5ª. ed., 5ª. reimp., Barcelona, Vicens-Vives, 1996. En estilo de novela es posible v.: KESTEN, Hermann, “Fernando e Isabel”, trad. Oliver Strunk, Bs. As., Sudamericana, 1996. Además, cabe c. por ej. ORTEGA Y GASSET, José, “Tanto monta”, en “España invertida”, en “Obras Completas”, t. III, 5ª. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1962, págs. 62 y ss. También cabe tener en cuenta, v. gr. GARCIA MORENTE, Manuel, “Ideas para una Filosofía de la Historia de España”, Madrid, Universidad de Madrid, 1943.

los reyes a nombrar las personalidades que ocuparían los altos cargos de la Iglesia, que luego serían aprobadas por ésta.

El rey aragonés colaboró en la reconquista de Granada que terminó con el poder árabe en la Península y también con el Descubrimiento de América por la empresa de Castilla. En el mismo año de 1492, en que se produjeron la reconquista de Granada y el Descubrimiento, en compañía de su esposa Isabel de Castilla dispuso la expulsión de los judíos. Luego se ordenaría la expulsión de los moros no bautizados.

Fernando fue un gran defensor del protagonismo de la Europa *mediterránea* y uno de los ideólogos de la alianza de *España* con el *Sacro Imperio Romano Germánico*. A diferencia del interés castellano por el Atlántico, el rey aragonés se remitió más a una proyección mediterránea. Poco esfuerzo es necesario para apreciar en los reinos de Fernando el arco mediterráneo que, unido en algunos aspectos al área germánica, constituiría desde el Sacro Imperio de su nieto Carlos la clave de una de las Europas, distinta de la anglofrancesada.

6. La alianza de España con el Sacro Imperio, que era una de las piezas de la tenaza con la que Fernando quería encerrar a Francia, se pensó sobre todo a través de los matrimonios de sus hijos Juan, heredero de los reinos españoles, premuerto a sus padres y Juana (denominada la Loca), con los hijos del emperador Maximiliano de Habsburgo Margarita y el heredero Felipe el Hermoso.

Aunque luego la alianza con los Habsburgos tuvo grandes dificultades y Fernando renegó de ella, buscando una sucesión propia para la corona de Aragón a través de su segundo matrimonio, con Germana de Foix ⁽⁹⁾, de ella surgiría la coincidencia de las dos áreas monárquicas en el hijo de Juana y Felipe, Carlos. Tal vez el destino de Fernando fue más grande que su propia comprensión, ya que de haberle sobrevivido un hijo de su segundo matrimonio toda la construcción de la unión de España y de su protagonismo histórico se hubiese derrumbado ⁽¹⁰⁾.

Uno de los instrumentos de la coalición "antifrancesa" que en su momento procuró Fernando fue la Liga Santa que integraron España, Alemania, Roma, Milán y Venecia (potencia ésta con la que luego entró en conflicto), formada con el propósito que ya venía constituyéndose de preservar el equilibrio europeo.

La otra pieza de la tenaza con que Fernando quería encerrar a Francia era la alianza con Inglaterra, a afirmar mediante los sucesivos matrimonios de su hija Catalina de Aragón con dos príncipes herederos de Inglaterra, en último término con quien luego sería Enrique

(9) Respecto del sueño de la Casa de Habsburgo de proyectarse a España, realizado por Maximiliano I fundador de la grandeza de esa dinastía, v. por ej. "Historia del mundo en la Edad Moderna", publicada por la Universidad de Cambridge, edición española bajo la dirección de Eduardo Ibarra y Rodríguez, t. I, Bs. As., La Nación, 1913, pág. 517. También cabe c. MENENDEZ PIDAL, Ramón, "Idea imperial de Carlos V", Bs. As., Espasa-Calpe Argentina, 1941; BRAUDEL, Fernand, "Carlos V", trad. Susana Bahamonde, en "Los hombres de la Historia", N° 48; OPLL, Ferdinand RUDOLF, Karl, "España y Austria", trad. Ana Murvi y otros, Madrid, Cátedra, 1997.

(10) Aunque excede los propósitos de este documento, también podrían relacionarse los objetivos últimos de Fernando con la todavía presente tensión entre Cataluña y Castilla.

VIII, unión cuyo desarrollo tuviera al fin características tan dramáticas en la promoción de la ruptura de Inglaterra con el catolicismo ⁽¹¹⁾.

Pese a que mantuvo choques con Portugal, sobre todo por la sucesión de Castilla en la que triunfó su esposa Isabel, en la estrategia del rey aragonés estaba la firme aproximación a ese reino, que procuró a través de los sucesivos matrimonios de sus hijas Isabel y María con Manuel I de Portugal. Para apreciar cuánto hubo de conducción y de espontaneidad en el proceso que nos ocupa vale recordar, por ejemplo, que de haber sobrevivido el príncipe Juan hijo de los Reyes Católicos o el príncipe Miguel, hijo de Isabel y Manuel de Portugal y nieto de los Reyes Católicos, los reinos de Castilla y Aragón no habrían sido gobernados por Carlos V.

7. La expulsión de los judíos y de los árabes significó un retroceso *económico* para España; suele hablarse incluso de un verdadero desastre. De cierto modo, se acentuarían los caracteres relativamente feudales de la región. En la economía de España la principal expresión de riqueza era la propiedad de la tierra, según suele suceder en los sistemas de estilo feudal ⁽¹²⁾.

La vinculación con los Habsburgos, que terminaron intentando proyectar su sentido feudal y señorial fuerte, del Este de Europa, al Oeste monárquico y urbano, promoviendo sobre todo la resistencia de las posesiones en los ricos Países Bajos, fue de enorme importancia para el protagonismo *político*, pero asimismo de influencia negativa para la historia económica de España.

El muy astuto monarca aragonés fue uno de los posibles referentes de "El Príncipe" de Maquiavelo y, según Ortega y Gasset, junto con su esposa Isabel inventó la idea de la "razón de Estado" ⁽¹³⁾. Fernando fue uno de los organizadores de una estatalidad relativamente moderna en sus reinos, pero resultó un exponente moderno en una economía que incrementó su relativo carácter feudal.

Fernando el Católico tuvo una firme *conciencia europea*, según el modelo entonces tradicional, y siempre proyectó su política hacia Roma. Así, su nieto Carlos tenía el camino trazado para considerarse protagonista del sentido de su Imperio *medieval feudal*, que era a la vez "Sacro" y "Romano" (católico y europeo e incluso universal) y "Germánico" (comunitario). A Carlos no le fue difícil pensar, por sobre sus tensiones con el Pontificado, en una unidad "pontificio-imperial" y en la "europeización" de América siguiendo esos modelos de raíz medieval.

(11) En cuanto a la política internacional de Fernando el Católico, v. por ej. GIMENEZ SOLER, op. cit., págs. 185 y ss.

(12) ORTEGA Y GASSET, José, "En torno a Galileo", en "Obras ..." cit., t. V, 6ª. ed., 1964, pág. 134.

(13) V. por ej. "Historia Universal Marín" cit., págs. 102 y 129 y ss.; BRINKMANN, Carl, "Historia económica y social", trad. Dr. Adolfo von Ritter-Záhory, Bs. As., El Ateneo, 1962; BARNES, Harry Elmer, "Historia de la economía del mundo occidental", trad., Prof. Orenco Muñoz, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1955.

La opción básica de Carlos fue comprometer a España en las guerras de los Habsburgos en Alemania e Italia y los Países Bajos, mas con la pérdida de la importante Borgoña comprendió que su Imperio debía apoyarse en los países mediterráneos que habían reunido los reyes de Aragón, con España en el centro ⁽¹⁴⁾. Del otro lado quedarían, recorriendo caminos de modernidad, Francia e Inglaterra, país éste que abandonaría sus buenas relaciones con España para convertirse en guardián del equilibrio europeo.

El triunfo de Carlos sobre los comuneros selló el abandono del camino burgués, que ya había recorrido gran trecho con las expulsiones decretadas por sus abuelos. Desde entonces se consolidó la idea de que la honra de un español estaba en gran medida en el uso de la *espada*. La enorme empresa militar-religiosa de la conquista americana y la fácil disponibilidad de metales preciosos derivada de ella afirmarían dicha tendencia. El imperio español sería enorme por las crecientes posibilidades de la técnica pero, como era quizás inevitable, resultó económicamente muy débil.

El sendero del apartamiento de las regiones económicamente más ricas, en el que se inscribe la referida pérdida de Borgoña por Carlos, se continuaría con el gran desmembramiento del resto de los entonces llamados "Países Bajos" durante el reinado de su hijo Felipe II.

8. Una de las obras de las alianzas por matrimonios, comunes ya en la época, pero tan desarrolladas por el ingenio de Fernando el Católico, fue en algunos países de la esfera de dominación española la afirmación de la tendencia a quedar sometidos a gobiernos que consideraban *extraños*. Vale citar, como ejemplo, lo sucedido en el reino de las Dos Sicilias (Sicilia y Nápoles), restablecido en días de Fernando como dependencia de la gran monarquía española.

Sin entrar a lo acontecido en España, con el cambio dinástico de los Habsburgos a los Borbones producido después de la Guerra de Sucesión entre las dos casas que conmovió a Europa y que a través del Tratado de Utrecht estableció el escandaloso enclave de Gibraltar, cabe recordar en la historia del sur de Italia, convertido en moneda entre las monarquías a espaldas de los pueblos, que "En 1713, por virtud del tratado de Utrecht, pasó Sicilia al duque de Saboya con el título de rey. En 1721 aquél cambió a Sicilia por la Cerdeña, y se restableció el reino de las Dos Sicilias a favor del emperador de Austria, reino que pasó a los Borbones de España en 1738, si bien

(14) GOETZ, op. cit., t. V, pág. 158.

a condición de que nunca habrían de estar reunidas ambas coronas en un mismo monarca.”⁽¹⁵⁾.

Era casi inimaginable la formación en el sur de Italia de una eticidad estatal, incluso liberal y democrática, como la que pudieron tener Inglaterra, Francia, etc. Era imposible que muchos de los inmigrantes de España y de Italia meridional aportaran a nuestro país otras actitudes que marginalidad política o un inorgánico deseo de libertad.

Es verdad que el retroceso del Estado moderno y la corrupción son fenómenos muy difundidos en la globalización/marginalidad de nuestros días, pero no son equiparables la eticidad estatal profunda, la disciplina y el sentido del respeto que desarrolló la cultura anglofrancesada con los rasgos de los territorios donde reinó Fernando el Católico. Podría decirse que no es lo mismo ser “*postmoderno*” que “*premoderno*”⁽¹⁶⁾. La eticidad estatal honda y la disciplina son también caracteres alemanes, pero el sentido de la eticidad estatal en la libertad del sector anglofrancesado es distinto. En la realidad actual, con su posible camino hacia cierta estatalidad de proyección mundial, hay rasgos “prehobessianos”, mas parece notorio que Hobbes, Locke, Montesquieu, el propio Rousseau y Smith no han pasado en vano.

9. La tensa pero nunca conmovida defensa que los Habsburgos hicieron de la *fe medieval* contrastaría con las *escisiones religiosas* modernas que se difundieron en Inglaterra e incluso en la mayoritariamente católica Francia, la cual, por otra parte, no esquivaría la alianza con los musulmanes. El mundo en el que reinó Fernando el Católico y el signado por sus sucesores es muy distinto del que siguió las enseñanzas de Calvino. El mismo luteranismo dominante en Alemania poseería menos rasgos modernos que el calvinismo.

La derrota de España por Francia en Rocroi (1643) sería uno de los momentos culminantes de la constitución de las dos Europas, que al fin tanto influiría en la formación de las dos Argentinas.

10. La conciencia europea de Fernando el Católico y las tendencias culturales que se consolidaron a partir de su época son de gran importancia para aclarar los senderos de la

(15) Cabría agregar que “En 1796 los franceses despojaron de Nápoles a Fernando III, el cual se refugió en Sicilia, donde se mantuvo protegido por las escuadras inglesas. En 1810 el pueblo siciliano se sublevó contra su monarca; el almirante Bentinck dominó la sedición, pero el rey tuvo que firmar la Constitución que establecía en Sicilia un Parlamento análogo al de Inglaterra. Vencidos los franceses y expulsado de Nápoles Murat, recobraron los Borbones el reino de Nápoles; y abolida la Constitución, Sicilia perdió hasta sus antiguas franquicias y quedó sometida a las mismas leyes que el resto de la Monarquía. Hubo insurrecciones en 1820, en 1831 y en 1837, duramente reprimidas todas ...” (“Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano” cit., t. XX, pág. 35). En relación con la diversidad de las historias de los pueblos de Europa v. por ej. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, trad. José Gaos, 2ª. ed. en Alianza Universidad, Madrid, Alianza, 1982, por ej. págs. 606 y ss.

(16) Hay cierto parecido entre la falta de estatalidad *premoderna* de los territorios en que reinó Fernando el Católico y la crisis de la estatalidad *postmoderna* de otros países, pero tal vez las posibilidades de composición estatal superadora, quizás con proyección mundial, que contienen estos últimos son mayores.

integración española en la Unión Europea y para comprender a Europa en su conjunto.

Hoy Europa y en ella España se encuentran en gran medida enfrentadas a una alternativa como la del tiempo de Fernando el Católico: ampliarse hacia el *Este*, con más tradición feudal-soviética, o concentrarse en el *Oeste* y el relativo *Centro*, más capitalistas y desarrollados. Algunas incorporaciones de países del Este a la Unión Europea son a nuestro parecer inviables, sobre todo porque se trata de países en los que resultan más débiles las raíces griegas, romanas y judeocristianas de Occidente y todavía más la derivación occamista de la cultura inglesa, pero la cuestión merece una profunda consideración que tal vez pueda esclarecerse recordando y quizás superando las opciones de entonces.

Vale considerar, y en especial a los argentinos nos vale considerar, la experiencia de la obra de Fernando el Católico, incluso más allá de sus intenciones, para comprender y superar los conflictos entre estilos de vida tan diversos como los que vivimos, pero que merecen desde el punto de vista humano muy hondo respeto. La obra del monarca español nos resulta altamente significativa para reconocer mejor nuestra cultura y las tensiones de nuestra vida jurídica.

LA EVOLUCION DESDE EL LIBRO Y EL DIARIO A LA TELEVISION Y LA COMPUTACION, LA ESTRUCTURA INTERNACIONAL Y LAS FUENTES DE LAS NORMAS (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La comprensión de la evolución de la estructura internacional y de las fuentes de las normas está en gran medida signada por la evolución de las comunicaciones humanas entre el *libro impreso* y el *diario*, que signaron a la *modernidad* en sentido amplio -comprensiva de las edades Moderna y Contemporánea- y la *televisión* y la *computación*, que vienen signando a esta nueva edad (o tal vez era) de la llamada *postmodernidad* ⁽¹⁾.

La historia de las comunicaciones entre los seres humanos tiene una línea de cierto modo axial en la invención de la *impresión de tipos móviles* por el alemán Juan Gensfleisch,

(*) Notas para el debate en una reunión del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

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

(1) Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestro artículo "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.; asimismo, 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. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, "La condición postmoderna", trad. Mariano Antón Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, Postmodernidad y Derecho, Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, El fin de la modernidad, trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, "Critique de la modernité", Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, Contra el Postmodernismo, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven Kellner, Douglas, "Postmodern Theory Critical Interrogations", Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., "Technology Time and the Conversations of Modernity", Nueva York Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, "Postmodernism and Popular Culture A Cultural History", Cambridge, University Press, 1994; AUDI, Robert (ed.), "The Cambridge Dictionary of Philosophy", Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, "Postmodern", págs. 634/5. Asimismo es posible c. v. gr., HABEL, Marc, "Postmoderne Ansätze der Rechtskenntnis", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, "El hombre light", 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, "La era del vacío", trad. Joan Vinyoli y Michèle Pénard, 8ª. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., "Minima moralia Reflexiones desde la vida dañada", trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea Taurus Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, "El hombre unidimensional", trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968. Además, v. por ej. GHERSI, Carlos Alberto, "La posmodernidad jurídica" (dos partes).

llamado Gutenberg, en 1440. Desde entonces pudo desenvolverse una nueva "prensa", que abarca el libro impreso y el diario, expresiones típicas de la modernidad, de su tipo de cultura, de *estructura internacional* y de *fuentes de las normas*.

La imprenta de tipos móviles hizo posible la difusión del libro y de la alfabetización y la expansión del empleo de la escritura contribuyó a su vez al despliegue de una razón más sólida y *abstracta*, propia de un *sujeto fuerte* como el que caracterizó a la modernidad. En ciertas regiones, la imprenta de tipos móviles fue un instrumento de la Reforma, apoyada en general en la libre interpretación de la Biblia por cada fiel. La Edad Moderna fue la de incorporación del individuo como tal (no sólo como súbdito o fiel) en calidad de protagonista de la historia, y para tal incorporación contó con el gran apoyo del libro impreso.

En la Edad Contemporánea, estrechamente relacionada con la Revolución Industrial, la comunicación lograda a través del libro impreso pudo acelerarse y generalizarse mediante los "periódicos", que tuvieron la expresión generalizada de los *diarios*. Estos a su vez contribuyeron a la formación de la *opinión pública*, que entonces asumía verdaderos caracteres de "opinión", o sea de reconocimiento de que era sólo probable y estaba sujeta a verificación. En alguna medida, el que sólo "opina" sabe que no sabe.

2. La imprenta de tipos móviles es un "instrumento" capitalista. La facilidad de la difusión del libro impreso y la alfabetización contribuyeron a hacer imposible el feudalismo y promovieron la formación de los *Estados modernos*. Los libros están en "*lugares*" precisos pero móviles, con una movilidad que corresponde a los alcances amplios de los Estados modernos y aportaron mucho a su formación. Para los sujetos fuertes de la modernidad, sujetos que "leían", fueron concebibles la *libertad de contratación*, la *libertad política, económica y filosófica* y la *democracia* que entonces se reclamaron. Los libros contribuyeron a tejer la cultura de la nueva "república", cuyo desarrollo se produjo bajo formas abiertamente republicanas o monárquicas. En ese marco se comprende mejor la "*libertad de prensa*", que se fue constituyendo con grandes esfuerzos.

El libro impreso colaboró también en la expansión de los Estados modernos en la *internacionalidad clásica*, signada por la existencia de Estados independientes respetuo-

Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico y su noción de fuentes, es posible c. 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; "Las fuentes de las normas", en "Revista de la Facultad de Derecho", UNR, 4/6, págs. 232 y ss. (también en "Zeus", t. 32, págs. D. 103 y ss.); "Las fuentes formales de las normas en la Teoría General del Derecho como sistema jurídico", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 69 y ss.; "Las fuentes del Derecho", en "Investigación ..." cit., Nº 27, págs. 70 y ss.; "La individualización de las fuentes formales y su relación con la realidad", en "Investigación ..." cit., Nº 12, págs. 75 y ss.; "La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 79 y ss. En cuanto a la historia del Derecho Occidental, puede c. v. gr. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.; también "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

sos de la independencia de los demás y relaciones económicas, religiosas, científicas, artísticas y culturales en general que requieren una compleja regulación jurídica.

A su vez, el diario colaboró en la conversión de los Estados modernos en *Estados nacionales*, apoyados en una eticidad compartida mucho mayor que los simples Estados modernos.

3. En correspondencia con el imperio de la cultura del libro, siguiendo el modelo francés las fuentes formales continentales desarrollaron la *codificación* y para imponerla se constituyó a los códigos en referentes de una *interpretación exegetica*. Por otra parte, era inevitable que la difusión de la cultura jurídica diera consistencia a las fuentes de conocimiento, constitutivas de la doctrina que buscaría imponerse a través de la “*dogmática*”.

La nueva cultura popular generó instrumentos de control de la interpretación y de la elaboración de las normas, pero los casos, sobre todo en sus hechos, quedaron sometidos al fin a la apreciación judicial. De aquí el ámbito que pudo tener la *sentencia judicial*.

En el terreno de las fuentes de conocimiento, la época del protagonismo del libro impreso guardó el predominio de la educación mediante la “*lección*”, con un docente protagonista de la “*clase magistral*”. La difusión de “*cursos*” explicativos de los códigos y de *tratados* que desenvolvían las grandes construcciones doctrinarias fue otra manera de expresarse la cultura del libro impreso. La aparición de periódicos jurídicos facilitó la formación y la expansión de las grandes *colecciones* jurisprudenciales y doctrinarias.

La Edad Moderna fue el tiempo de oro de las *bibliotecas*, que con el tiempo llegaron a ser enormes; la Edad Contemporánea las acompañaría con grandes *hemerotecas*.

4. Ya en nuestro siglo, esa cultura de la modernidad, signada por los libros y los diarios, comenzó a modificarse sustancialmente con la aparición de la *radio*, que superaba los lugares. Sin embargo el gran cambio se inició en la segunda mitad de nuestra centuria, en la que se va formando la “postmodernidad” con la *televisión* e incluso con la *computación*.

La televisión contribuyó a implantar una cultura del *sonido* y de la *imagen* y modificó las consecuencias que había tenido la alfabetización. De algún modo puede decirse que se inició cierto proceso de “*analfabetización*” o de “*contraalfabetización*”, posterior a la alfabetización⁽²⁾. En la nueva época se han debilitado la razón, la abstracción y el propio sujeto. Se ha producido un relativo “estallido” del libro, muchas veces suplantado no sólo en la reproducción total por fotocopias, sino en la reproducción en partes que desarticulan su razón e incluso “anonimizan” sus contenidos ocultando a los autores.

En nuestro tiempo se han desenvuelto con alcances enormes los “*medios de comunicación de masas*”, que son “medios” que con frecuencia ya no se hacen con metas de

(2) La “analfabetización” o “contraalfabetización” no es un retorno liso y llano al analfabetismo primitivo.

verdad, santidad, justicia, etc. como las que tenían los libros e incluso los diarios de la modernidad. En general, los medios comunican lo que es *útil* a los comunicadores, no sólo a los profesionales que presentan los mensajes sino a las grandes empresas que al fin los conducen. Es evidente que para que esa "comunicación" pueda establecerse debe existir utilidad de los sujetos receptores de los mensajes, pero recursos técnicos contribuyen incluso a manipular su utilidad.

La aceleración posible de los mensajes se hace imprescindible y la "re-flexión" se dificulta. La opinión pública, convertida en mucho en *sensación pública*, ha perdido la humildad de su sentido de provisoriedad; la *masificación* coloca en pie de igualdad o incluso de inferioridad a la razón científica y la razón judicial respecto de la razón o la sensación general. Predomina muchas veces la cultura de la *aparencia*.

Poco esfuerzo es necesario para observar la *ruptura de la logica tradicional* en los dispares retazos de realidad que se transmiten en la televisión, sea en la información o en la publicidad e incluso en los otros programas, por ejemplo, en *telenovelas* cuyo curso ideológico queda muchas veces a merced del "rating" o en juegos de *azar* introducidos en diversos espectáculos. Esa abrumadora disparidad de contenidos tiene, sin embargo, una razón profunda, la utilidad. El "capital-ismo" avanzado absorbe al fin el resto de la cultura.

En este panorama de los medios de comunicación de masas, la *prensa tradicional* ha sido transformada también por la *computación*, por ejemplo *facilitándose las publicaciones* al punto que un mismo diario puede aparecer simultáneamente en *distintos lugares*. Esta es una expresión del "estallido" del diario.

5. Aunque circulan el libro y el diario están en determinados *espacios físicos*, pero los discos de computación se multiplican casi instantáneamente y los "sitios" de Internet tienen otra significación, no son "lugares" en el sentido tradicional. El mundo de la televisión y la computación es el de la crisis de la internacionalidad clásica y el de la *globalización/marginalidad* notorias en nuestros días ⁽³⁾. De cierto modo, se produce un "estallido" del Estado moderno y nacional y aunque mucho se piensa según *paradigmas contractuales* es difícil pensar en la contratación entre "sujetos fuertes" como los que tuvo o al menos concibió la modernidad. Un gran cambio histórico se desarrolla entre nosotros y un clima de *anarquía* produce a menudo desorientación en nuestra comprensión vital.

(3) Respecto a la globalización/marginalidad pueden v. por ej. nuestros estudios "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en "Investigación ..." cit., Nº 27, págs. 9 y ss.; "Una perspectiva bioética: vida y globalización", en "Bioética y Bioderecho", Nº 1, págs. 43 y ss.; "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., Nº 25, págs. 25 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. ORSI, Vittorio, "Las Claves de Davos 97", Bs. As., ABRA, 1997; CHOMSKY, Noam DETERICH, Heinz, "La aldea global", Tlalaparta, Tafalla, 1997; ROCHA CAMPOS, Adolfo, "Algunas reflexiones sobre Villas Miseria y Derecho", en "La Ley Actualidad", 17 de febrero de 1998, págs. 3 y 4.

En nuestro marco son evidentes la “*descodificación*” o al menos la pérdida de la confianza en la autosuficiencia de los sistemas que se expresaban en los códigos ⁽⁴⁾. Con su información, que a veces es “*desinformación*”, los medios hacen que todos, más allá de los límites espaciales, tengamos cierto interés en muchos casos en cuya solución queremos participar activa o pasivamente, aunque sea precipitando decisiones que requieren mucho tiempo y cambiando las vías tradicionales. Si alguien se entera por televisión de que ha ocurrido un crimen a miles de kilómetros de distancia de su país se siente legítimamente obligado a intervenir en su decisión. Los *intereses “difusos”* han existido siempre, mas ahora son incrementados por los medios. Los protagonistas tradicionales de la vida jurídica, incluso los jueces, se encuentran en marcos dominados por los medios de comunicación de masas que no sólo *difunden* o *controlan* sino *condicionan* fuertemente sus posibilidades de decisión.

En el terreno de las fuentes de las normas, hay que tener en cuenta las fuentes no formalizadas de los “juicios” acelerados, formulados en los medios masivos de comunicación, que a menudo hacen de los legisladores, los administradores o los jueces sólo instancias de posible o imposible “*revisión*”.

En el campo de las fuentes de conocimiento, la “*lección*” suele ser reemplazada por el “*taller*” y los cursos y los tratados pierden protagonismo ante las *monografías* y los *comentarios*. Disminuyen las posibilidades de que las tesis doctorales tengan sus fuertes sentidos tradicionales. Las colecciones jurisprudenciales y doctrinales cambian su estructura clásica y se despliegan en sentidos informáticos.

Sin alcances excluyentes, a las grandes bibliotecas y hemerotecas les han ido sucediendo los *centros de documentación* y a éstos las bibliotecas y hemerotecas “*virtuales*”.

6. Los medios de comunicación de masas constituyen cada día más un “*nuevo poder*” que brinda grandes posibilidades beneficiosas de información y de control y contribuye a la formación de un nuevo tiempo, pero se muestra absorbente, como ocurrió también con la aparición del poder legislativo popular, por ejemplo, en los días de la Revolución Francesa. A nuestro parecer, es necesario comprender ese nuevo poder en los términos que quizás hubiesen señalado Locke y Montesquieu e integrarlo en un *complejo* de protección de la dignidad humana.

El debate sobre el poder de los “medios” no debe llevar a posiciones extremas, sabiendo que la superestructura cultural y la infraestructura de las fuerzas y relaciones de producción tienen sus propias posibilidades, que en sus distintas posiciones Gramsci y Marx señalaron partes importantes, pero partes al fin, de la formación de la realidad.

(4) Puede recordarse, por ej., IRTI, Natalino, “L’età della decodificazione”, Giuffrè, 1979. Asimismo vale c. v. gr. NICOLAU, Noemí Lidia, “La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado”, en “Trabajos del Centro”, Nº 2, págs. 79 y ss.

7. Es posible que el rigor de la computación genere nuevos cauces de *rigor lógico*, pero por el momento la crisis del libro y el diario tradicionales y el imperio de los medios de comunicación de masas contribuyen a plantear, también en la estructura “internacional” y en las fuentes de las normas, el desafío de un *nuevo tiempo*. Urge estar a la altura de él.

LAS POSIBILIDADES DE RELACION ENTRE LA ARGENTINA Y FILIPINAS, UNA VIA EN LA SUPERACION DE LA GLOBALIZACION (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I) Panorama general

1. La superación del proceso de globalización/marginalidad que se produce en nuestros días de la llamada "postmodernidad", generando beneficios pero también daños a la convivencia planetaria, nos exige rescatar las particularidades tendiendo a que la generalización globalizadora y marginadora sea sustituida por la *universalidad* ⁽¹⁾. En tales términos, es va-

(*) Notas de un viaje a Filipinas para participar como relator en el XVI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Respecto a la globalización/marginalidad pueden v. por ej. nuestros estudios "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en "Investigación y Docencia", N° 27, págs. 9 y ss.; "Una perspectiva bioética: vida y globalización", en "Bioética y Bioderecho", N° 1, págs. 43 y ss.; "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., N° 25, págs. 25 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. ORSI, Vittorio, "Las Claves de Davos 97", Bs. As., ABRA, 1997; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, "La aldea global", Tafalla, Txalaparta 1997; McLUHAN, Marshall, "Guerra y paz en la aldea global", trad. José Méndez Herrera, 1ª. ed. en Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; ROCHA CAMPOS, Adolfo, "Algunas reflexiones sobre Villas Miseria y Derecho", en "La Ley - Actualidad", 17 de febrero de 1998, págs. 3 y 4.

Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestro artículo "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.; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, "Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievallidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, "La condición postmoderna", trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Postmodernidad y Derecho", Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, "El fin de la modernidad", trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, "Critique de la modernité", Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, "Contra el Postmodernismo", trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven - Kellner, Douglas, "Postmodern Theory - Critical Interrogations", Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., "Technology Time and the Conversations of Modernity", Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, "Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History", Cambridge, University Press, 1994; BEST, Steven - KELLNER, Douglas, "The Postmodern Turn", Nueva York, Guilford, 1997; AUDI, Robert (ed.), "The Cambridge Dictionary of Philosophy", Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997,

lioso que los hombres y los países reconozcamos las líneas de *afinidad y diferenciación* que nos permitan aprovechar y mejorar las condiciones de nuestras realidades concretas. Para un país como la Argentina, que ha reconocido de manera amplia la importancia de sus relaciones con otros países, incluso en procesos de integración como el del exitoso Mercosur, el reconocimiento de esas líneas de afinidad y diferenciación posee gran significación.

Las relaciones que la Argentina puede establecer con el Oriente tienen una línea de particular calificación cuando se considera la vinculación con la *República de Filipinas*.

2. La República de Filipinas es un archipiélago formado por 7.107 islas, de las cuales sólo alrededor de 3.000 poseen nombres propios, rodeado principalmente por el Océano Pacífico, el Mar de Filipinas y el Mar de la China ⁽²⁾. Aunque a veces se ha pensado que pertenece a Oceanía, se la considera parte de Asia. El suelo, de aproximadamente 300.000 km²., es en general montañoso y volcánico. El clima es cálido y húmedo, con dos estaciones, la lluviosa y la seca.

La población es de alrededor de 70.000.000 de habitantes. Aunque tal vez sea verdad que, como suele afirmarse, las altas temperaturas que se producen durante casi todo el año contribuyen a difundir cierto agobio, el elemento humano parece idóneo para un desarrollo económico que todavía no se ha realizado. El conglomerado denominado Metro Manila, que corresponde a la capital, tiene alrededor de 10.000.000 de habitantes.

El país abarca 111 grupos lingüísticos y culturales de origen malayo-polinesio, con varios grados de influencia china, angloamericana y española. Aunque el idioma es el filipino-tagalo, existe una gran variedad de dialectos. La "lengua franca" es el inglés y algunos sectores, sobre todo vinculados a las élites de la antigua ocupación ibérica, manejan el *español*.

La religión ampliamente mayoritaria es la *católica* -80%-, sostenida con apego a ideas muy tradicionales, pero también hay una importante presencia islámica -incluso anterior a la española- y grupos protestantes. Filipinas es el único país católico de la región. Existe un consistente sentido de familia y de respeto a los antepasados. El régimen de familia básico desconoce el divorcio vincular. La influencia católica en este ámbito es notoria, pero se utiliza asimismo un régimen especial para los partícipes del Islam, según los requerimientos de esta religión.

"Postmodern", págs. 634/5. Asimismo es posible c., v. gr., HABEL, Marc, "Postmoderne Ansätze der Rechtskenntnis", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, "El hombre light", 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, "La era del vacío", trad. Joan Vinyoli y Michèle Pédanz, 8ª. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., "Minima moralia - Reflexiones desde la vida dañada", trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea - Taurus Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, "El hombre unidimensional", trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968. Además, v. por ej. GHERSI, Carlos Alberto, "La posmodernidad jurídica" (dos partes).

(2) En general puede v. por ej. "Insight Philippines - June 1998 - Official Guide - In Honor of the Centennial".

La *música* suele mostrar fuerte influencia española, en tanto las artes plásticas poseen más proyección china. Vale recordar, en correlato con lo sucedido en las colonias españolas de América, que la Real y Pontificia Universidad de Santo Tomás de Manila fue fundada a principios del siglo XVII.

La principal actividad económica es la agricultura, sobre todo referida al arroz, la caña de azúcar, las bananas, el tabaco y el cañamo de Manila, pero se hacen esfuerzos por incrementar la industrialización. En la población hay diferencias de poder económico muy significativas, con sectores numerosos en situación de gran pobreza. Creemos que existen relevantes posibilidades de desarrollar intercambios, por ejemplo, vendiendo productos argentinos para el consumo de los grupos filipinos de mayor capacidad económica o aprovechando el mejoramiento de las condiciones de los sectores filipinos actualmente pobres.

3. El primer europeo que llegó a las Filipinas fue Magallanes, en 1521, mas encontró la muerte luchando contra los indígenas. Al producirse la ocupación española del archipiélago, las islas recibieron su nombre en homenaje al rey *Felipe II*. A diferencia de lo que sucedió en América, las Filipinas fueron evangelizadas en las lenguas locales, de modo que pocos habitantes hablaron español. Los esfuerzos de fines del siglo XIX para difundir la lengua de la metrópoli española resultaron tarde y demasiado poco.

Las islas dependieron del Virreinato de Nueva España (Méjico) y el comercio con Manila se hacía a través del puerto de Acapulco. Para comprender las tensiones en la zona, vale recordar que durante el período colonial hispánico se produjeron numerosos ataques de chinos, japoneses, holandeses e ingleses. Sobre todo a partir de 1823 fueron produciéndose revueltas contra el poder colonial español. Un intenso movimiento de resistencia, que comenzó siendo exigencia de libertades personales y terminó independentista, originó el fusilamiento del héroe nacional y poeta José Rizal en 1896. En 1898 se proclamó la independencia de Filipinas, pero rápidamente se produjo el traspaso de la colonización a favor de los Estados Unidos de América, que fueron concediendo la libertad a través de diversas medidas, culminándose el 4 de julio de 1946, luego de concluida la ocupación japonesa, con la proclamación de la independencia de la República ⁽³⁾.

El régimen de influencia de los Estados Unidos, más allá de las instituciones, ha generado en amplios sectores del país una resistencia que promueve incluso el resurgimiento de simpatías hispánicas.

(3) En relación con la historia de Filipinas v. por ej. "El Galeón de Manila - Un mar de historias. Primeras Jornadas Culturales Mexicano-Filipinas", México, JGH, 1997; CONSTANTINO, Renato, "The Philippines. A past revisited", con la colaboración de Letizia R. CONSTANTINO, 16ª. ed., Manila, 1998; CONSTANTINO, Renato - CONSTANTINO, Letizia R., "The Philippines - The Continuing Past", 7ª. ed., Quezón, The Foundation for Nationalist Studies, 1997; MALLAT, Jean, "The Philippines History, Geography, Customs, Agriculture, Industry and Commerce of the Spanish Colonies in Oceania", trad. Pura Santillán - Castrence - Lina S. Castrence, Manila, National Historical Institute, 1994; HIDALGO, Keech A., "Rewriting History", en "Insight" cit., págs. 58 y ss.

4. De resultados de lo expuesto, la *complejidad* cultural de Filipinas es particularmente grande, quizás la mayor de la región. El culto católico, compartido por una importante población autóctona, diferencia al país de las más homogéneas composiciones asiáticas de China e incluso de Japón, país éste que ha importado el capitalismo pero conserva sus religiones relativamente zonales; de las características predominantemente europeas de Australia y Nueva Zelanda y en cierto grado también de las zonas como Indonesia, donde impera el islamismo que, si bien es una derivación del judeocristianismo, fue adaptado a la mentalidad del Cercano Oriente.

La *religión* común y la *lengua* y el *arte* en algún grado compartidos son vías para la más honda relación de la Argentina con Filipinas, pero con miras a no exagerar las coincidencias vale tener en cuenta que la religión católica en Filipinas no va acompañada de las influencias griegas y romanas que -integradas con el judeocristianismo- completan las bases del Occidente al que de alguna manera pertenece la Argentina y, por el contrario, existe una importante presencia china.

5. La zona en que se encuentra Filipinas está sometida a diversas *influencias dominantes*, entre las que mucho significa la presencia norteamericana. Aunque las posibilidades de las relaciones de la Argentina dependen de esas influencias y tal vez sean inferiores incluso a las de la antigua "submetrópoli" mexicana, vale considerar las particulares características culturales que permiten tender un puente entre los dos países.

II) El Derecho Internacional Privado filipino

6. Una de las ramas jurídicas obviamente más significativas para las relaciones entre los países, en este caso entre la Argentina y Filipinas es el *Derecho Internacional Privado*. En el país asiático esta materia ha recibido durante largo tiempo limitada atención ⁽⁴⁾. Aunque la asignatura ha sido enseñada, hasta hace algún tiempo los casos han sido pocos y también la doctrina ha tenido limitado desenvolvimiento. En los últimos años la situación se ha ido revirtiendo e incluso se han dictado nuevas normas internas e internacionales para atender a los casos de esta materia.

Durante tiempo prolongado rigieron en Filipinas las reglas jusprivatistas internacionales del *Código Civil español*, vigente hasta 1950, y luego la influencia de éste se extendió al Derecho propio del nuevo Estado. Las reglas principales del *Código Civil de Filipinas* en cuanto al Derecho Internacional Privado están en los arts. 15, 16 y 17 ⁽⁵⁾. Sin embargo, en el marco docente se desarrolló la *influencia norteamericana* y en el razonamiento

(4) Puede v. COQUIA, Jorge R. - AGUILING-PANGALANGAN, Elizabeth, "Conflict of Laws. Cases, Materials and Comments", edición de 1995, Quezón, Central Professional Books.

(5) Id., págs. 94 y ss. "Civil Code of the Philippines. Republic Act. Nº 386 as amended", 7ª. ed., Manila, Central Book Supply, 1996, pág. 3

doctrinario se plantea el casuismo del common law americano. No parecen muy claras las relaciones entre el Derecho codificado y la tradición del common law.

Respecto al conocimiento recíproco, cabe señalar que al referirse a las fuentes jusprivatistas internacionales la doctrina menciona también los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 ⁽⁶⁾.

7. En el Derecho Internacional Privado filipino la *jurisdicción* se apoya sobre bases *territoriales* y de *contacto* de los casos con los tribunales. Existen, casos de jurisdicción coactiva. Cuando se refiere a las *personas*, la jurisdicción se adquiere por la comparecencia de la parte y su sumisión a la autoridad o por corresponder a la citación de ésta. El tribunal tiene jurisdicción sobre la persona del actor cuando éste invoca su intervención. La jurisdicción sobre la persona del demandado se adquiere cuando comparece o por el ejercicio de un poder jurisdiccional sobre su persona ⁽⁷⁾. En general, se presta atención a la condición de residente y a la oportunidad de defensa ⁽⁸⁾.

La jurisdicción sobre la *propiedad* resulta de la sujeción de la misma en un proceso o de los procedimientos donde el poder del tribunal sobre la propiedad es reconocido y hecho efectivo ⁽⁹⁾.

Los desarrollos jurisdiccionales atienden a la teoría del “forum non-conveniens” ⁽¹⁰⁾.

8. Se considera que el *Derecho* básicamente aplicable es el del *foro*. Debe ser aplicado cuando hay una buena razón para hacerlo. Esa razón existe en cualquiera de estos casos: 1) Cuando una norma específica del foro lo establece; 2) Cuando el Derecho extranjero no ha sido debidamente invocado y probado; 3) Cuando el caso cae bajo alguna de las excepciones a la aplicación del Derecho extranjero ⁽¹¹⁾.

En las *excepciones* a la aplicación del Derecho extranjero se tiene en cuenta que sea contrario a un importante interés nacional o que viole un principio fundamental de justicia, alguna concepción prevaleciente de las buenas costumbres, alguna tradición enraizada o el bienestar común. También se mencionan como excepciones que el Derecho extranjero se refiera al procedimiento, que se trate de cuestiones sobre inmuebles locales, que el asunto sea fiscal o administrativo o que el Derecho extranjero sea de carácter penal ⁽¹²⁾.

9. De acuerdo con el art. 15 del Código Civil filipino, en cuanto a las leyes relativas a los derechos y deberes de *familia* y al *estado, condición y capacidad legal* de las perso-

(6) COQUIA - AGUILING - PANGALANGAN, op. cit., pág. 21.

(7) Id., pág. 24.

(8) Id., págs. 42 y 43.

(9) Id., pág. 26.

(10) Id., págs. 44 y ss.

(11) Id., pág. 59.

(12) Id., págs. 63 y 167 y ss.

nas se adopta el principio de la *nacionalidad*, estableciendo que son hechas para los ciudadanos del país, aunque vivan en el extranjero. Es útil tener en cuenta que existen un Código de Familia promulgado en 1988, que establece la validez de los matrimonios según la ley del lugar de celebración (art. 26) y puntualiza exigencias de orden público familiar, y - según ya apuntamos- un Código de Leyes Personales para los Musulmanes ⁽¹³⁾.

Para elegir la ley personal de las corporaciones se invoca la teoría de la "incorporación", que remite a la ley del lugar de constitución ⁽¹⁴⁾. Existen reglas de hospitalidad que diferencian los actos aislados de los habituales (secciones 125 y ss. del Código respectivo ⁽¹⁵⁾).

10. Según el art. 16 del Código Civil filipino, la *propiedad* es sometida a la ley de *situación*. Sin embargo, para la *sucesión* rige en principio la ley de la *nacionalidad* del causante.

De acuerdo con el art. 17, las *formas* y *solemnidades* de los *contratos* son reguladas por las leyes del lugar donde son ejecutadas (*lex loci contractus*) ⁽¹⁶⁾. En cuanto al fondo, las partes pueden ejercer la autonomía conflictual, eligiendo en general una ley conectada con el caso o con ellas, pero la autonomía no rige cuando se trata de contratos de adhesión en los que se establecen ventajas indebidas para la parte dominante ⁽¹⁷⁾. Se aplican soluciones particulares para los contratos especiales, por ejemplo, en la prenda, en la que se recurre a la ley del lugar de situación de la cosa ⁽¹⁸⁾.

11. En cuanto al *reconocimiento* y la *ejecución* de *pronunciamientos judiciales* extranjeros, rigen en general las reglas relativamente habituales, referidas a jurisdicción, validez del pronunciamiento de acuerdo a la ley del país de emisión, su carácter de cosa juzgada, que no sea contrario al orden público y las buenas costumbres, a las que cabe agregar que se trate de suma fija de dinero o de determinación del estado, la exigencia de reciprocidad y que el pronunciamiento no haya sido obtenido en fraude, colusión, error de hecho o de Derecho ⁽¹⁹⁾.

12. En caso de decidirse aprovechar las oportunidades para afianzar las relaciones argentino-filipinas, sería significativo contar con un *grupo de trabajo* bilateral encargado de considerar las posibilidades de adecuar el Derecho Internacional Privado para lograr la mayor viabilidad posible.

(13) *id.*, pág. 332.

(14) *id.*, págs. 555 y ss.

(15) *id.*, págs. 579 y ss.

(16) *id.*, pág. 417.

(17) *id.*, págs. 427, 449 y 468.

(18) *id.*, págs. 449 / 50.

(19) *id.*, págs. 636 y ss.

LAS RAMAS DEL MUNDO JURIDICO EN LA POSTMODERNIDAD (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la “crisis de la materia”) (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) Las ramas jurídicas y sus relaciones

1. El mundo jurídico como conjunto tiene rasgos comunes y particulares que lo hacen más o menos afín con otros sectores de la cultura, como la economía, el arte, la ciencia, la religión, etc., pero a su vez posee *ramas* que exhiben entre sí caracteres comunes pero también específicos en las tres dimensiones en que puede ser considerado ⁽¹⁾. A semejanza del complejo del Derecho, las ramas jurídicas son realidades que *cambian* en el *espacio* y en el *tiempo*, mas conservan cierta identidad que permite diferenciarlas. Dentro de las múltiples perspectivas con que pueden ser reconocidos, a nuestro parecer los rasgos más importantes para identificar al Derecho y a sus ramas son los que surgen de distintos requerimientos de *justicia*.

En cada circunstancia, las ramas autónomas del Derecho constituyen un conjunto que puede comprenderse como un “*sistema jurídico*” al cual suele no brindarse la considera-

(*) Artículo elaborado en la ejecución del proyecto de investigación “Filosofía trialista del Derecho” que se desarrolla en el marco de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Rosario.

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

(1) En relación con la teoría trialista del mundo jurídico y nuestra comprensión de las ramas del mundo jurídico, además del clásico texto de la teoría trialista “Introducción filosófica al Derecho” de Werner GOLDSCHMIDT (6ª.ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987), cabe referir por ej. nuestros libros “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982 / 84; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

Asimismo puede recordarse nuestra investigación “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1965 y nuestro estudio, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCHI, Alfredo M. SOTO y Jorge STÄHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

ción que merece. Es, por ejemplo, muy significativo el panorama de las influencias reciprocas entre las distintas ramas del Derecho. A nuestro parecer, la comprensión científica del "sistema jurídico" debería ser contenido de una nueva *"Teoría General del Derecho"* y entre sus desarrollos ésta podría aprovechar el análisis de casos, porque es en ellos donde las ramas se muestran en su profunda interrelación.

Estimamos que urge comprender que hay un *"Derecho de la Cultura"* como totalidad, en el que deben integrarse las perspectivas de todas las ramas del Derecho en el conjunto jurídico y en sus relaciones con el resto de la convivencia (economía, arte, ciencia, religión, etc.) ⁽²⁾.

No puede comprenderse la solución de ningún caso refiriéndose a una rama jurídica de manera exclusiva y sin tener en cuenta, v. gr., la ideología que pretende brindar el Derecho Constitucional, la solidez que procura dar el Derecho Penal, la dinámica que suele buscar el Derecho de las Obligaciones "voluntarias", el replanteo económico que está presente en el Derecho de las Obligaciones que nacen sin la voluntad, la consistencia social que ha procurado el Derecho de Familia, etc. ⁽³⁾.

2. Aprovechando investigaciones realizadas en el ámbito de las relaciones entre valores, es posible señalar que las ramas jurídicas pueden presentarse en vinculaciones de *coadyuvancia* y de *oposición*.

Las relaciones de coadyuvancia pueden ser, a su vez, de *contribución* en sentido vertical ascendente o descendente y en proyección horizontal de *integración*. Las vinculaciones de oposición pueden ser legítimas, por *sustitución*, o ilegítimas, en sentido ascendente por *subversión*, en proyección descendente por *inversión* y en sentido horizontal por *arrogación* del material jurídico de una rama por otra ⁽⁴⁾.

En vías de ejemplificación, cabe señalar que el Derecho Constitucional y el Derecho Civil pueden realizar relaciones verticales de contribución y el Derecho Civil y el Derecho Penal vinculaciones horizontales de integración. A su vez, es factible que el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo se sustituyan en oposición legítima para la indemnización de un accidente laboral, que el Derecho Civil se subvierta contra el Derecho Constitucional o éste se invierta carcomiendo las bases del Derecho Civil y que el Derecho Comercial se arrogue espacios que corresponden al Derecho del Trabajo.

(2) Es posible v. nuestras "Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

(3) Pueden v. nuestros estudios "Meditaciones acerca de las fuentes de las obligaciones", en "El Derecho", t. 102, págs. 996 y ss.; "Filosofía del Derecho Internacional Privado de las Obligaciones", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 6, págs. 9 y ss.; "Bases para la comprensión jusfilosófica del Derecho de Familia", en "Investigación y Docencia", N° 17, págs. 17 y ss.; "Comprensión trialista del Derecho de Familia", en "Investigación ..." cit., N° 23, págs. 11 y ss.

(4) En cuanto a las relaciones entre valores, pueden v. por ej. nuestros "Estudios de Filosofía ..." cit., t. II, 1984, págs. 16 y ss.

Es verdad que estas relaciones son más indiscutibles si la justicia a la cual al fin deben remitirse tuviese una objetividad reconocible, pero también lo es que, pese a que se la tenga por subjetiva o por “construida”, siempre es esclarecedor atender a esas perspectivas problemáticas.

3. La “autonomía material” de las ramas jurídicas, a la que acabamos de referirnos, puede ir acompañada de otras “autonomías” en los aspectos *legislativos, jurisdiccionales, científicos, académicos y pedagógicos*, pero en nuestro caso deseamos referirnos básicamente al conjunto de las autonomías materiales en tiempos de la llamada “postmodernidad” ⁽⁵⁾.

b) Las ramas jurídicas en la postmodernidad

a') Las ramas jurídicas en la modernidad

4. El “despertar” de la cultura de Occidente producido en los últimos siglos de la Edad Media, en correlación con el comienzo del capitalismo, provocó grandes cambios en el Derecho, entre los que se encuentra el comienzo de un proceso de diversificación de ramas jurídicas.

Del viejo tronco privatista romano (renovado incluso por la recepción del Derecho justinianeo) los requerimientos de soluciones especiales para la nueva clase burguesa generaron la formación del *Derecho Comercial*. Desde entonces se iría desarrollando la dualidad del tradicional Derecho Civil y el Derecho Comercial. En la misma época, el despliegue de las relaciones comerciales promovió la primera “hora estelar” del *Derecho Interna-*

(5) Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín ...” cit., Nº 19, págs. 9 y ss.; asimismo, 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. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, “La condición postmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Postmodernidad y Derecho*, Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, *El fin de la modernidad*, trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, “Critique de la modernité”, Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, *Contra el Postmodernismo*, trad. Magdalena Hoigulín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven Kellner, Douglas, “Postmodern Theory Critical Interrogations”, Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., “Technology Time and the Conversations of Modernity”, Nueva York Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, “Postmodernism and Popular Culture A Cultural History”, Cambridge, University Press, 1994; AUDI, Robert (ed.), “The Cambridge Dictionary of Philosophy”, Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, “Postmodern”, págs. 634/5. Asimismo es posible c., v. gr., HABEL, Marc, “Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, “El hombre light”, 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, “La era del vacío”, trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 8ª. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., “Minima moralia Reflexiones desde la vida dañada”, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea Taurus Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968. Además, v. por ej. GHERSI, Carlos Alberto, “La posmodernidad jurídica” (dos partes).

cional Privado, en sentido “nuclear”, como extraterritorialidad de Derecho “Interregional” Privado. A su vez, el desenvolvimiento del capitalismo industrial, bien entrada la modernidad, provocaría una reacción del espíritu “continental” en la formación del *Derecho del Trabajo*.

Las necesidades burguesas de contar con mercados más amplios que los brindados por las ciudades en un marco feudal provocaron que, en gran medida de la alianza de la burguesía con los reyes, que gobernaban espacios mayores, nacieran los primeros Estados modernos. Casi de inmediato, las proyecciones a ámbitos más amplios que los de los propios Estados, apoyadas en una cultura común heredada a través del Sacro Imperio y de la Iglesia, promoverían la formación del *Derecho Internacional Público*.

La evolución de los Estados haría que, sobre todo a impulsos de la burguesía, se originara a fines de la Edad Moderna el *Derecho Constitucional* con la primera constitución formal, dictada en los Estados Unidos de América en 1787. La necesidad de contar con un Estado útil y justo exigiría el desarrollo del *Derecho Administrativo*.

La exigencia de protección de los gobernados en su calidad de posibles reos, contra los gobernantes, produjo el desarrollo del *Derecho Penal*. Los requerimientos de protección efectiva y de audiencia de los gobernados promovieron el despliegue del *Derecho Procesal*. A su vez, el incremento de las relaciones privatistas internacionales hizo que, luego de un período territorialista, se desarrollara el Derecho Internacional Privado clásico, nuevamente apoyado en la extraterritorialidad.

La diversidad de ramas así ejemplificada, apoyada en distintos casos -sobre todo en el Derecho Público- en la ideología burguesa de estilo liberal y expresión de un fuerte sentido de razón “moderna” de tipo *continental*, formó un sistema que pretendía guardar vinculaciones de coadyuvancia o al menos de sustitución entre las ramas jurídicas, encabezado por el Derecho Constitucional. Como resultado de esas relaciones pretendidas entre las ramas jurídicas se elaboró la noción de “pirámide jurídica”.

b') Las ramas jurídicas en la postmodernidad

5. La gran etapa de la modernidad, cargada de enormes conquistas de la humanidad, concluyó sin embargo en una guerra civil catastrófica de Occidente en la que resultó victoriosa la vertiente *anglosajona*. Puede decirse que con Auschwitz e Hiroshima “estallaron” muchas de las ilusiones de la modernidad. Pocos lustros después del fin de la guerra comenzaban a mostrarse caracteres de la llamada “postmodernidad”, signada por diversidades de superficie y un abrumador predominio profundo de lo económico en un despliegue de enorme desarrollo capitalista y por los sujetos y la razón “*débiles*” que generan, al fin, un clima de “difusión” de la sociedad.

Desde fines de la modernidad nuevas fuentes de energía y planteos de la relatividad y de la crisis de la materia en las ciencias naturales fueron contribuyendo a la formación de un nuevo mundo, hoy al fin crecientemente desenvuelto en condiciones de “globalización/

marginalidad”⁽⁶⁾, en el que están en crisis los *lugares*, los *espacios* y también las *materias*.

Quizás pueda sostenerse que en la postmodernidad la fuerza del sistema económico necesita hacer “difusas” todas las otras realidades. Tal vez, penetrando más allá del capitalismo avanzado, la “astucia de la historia” se esté valiendo de los rasgos de la postmodernidad para hacer posibles cambios promovidos por el sistema tecnológico, como los que se van abriendo camino en la genética humana, que tienden a cuestionar roles ancestrales, como los de “padre”, “madre”, “hijo”, etc. y, de lo contrario, serían inadmisibles.

En este ámbito, las divisiones entre las ramas jurídicas tradicionales entran en crisis, en mucho por la creciente “economización” y “comercialización” del Derecho y también por la pérdida de las “delimitaciones” de la razón y de los sujetos.

6. Sin perjuicio del reconocimiento de la crisis que hace más difusa la caracterización y provoca grandes mutaciones, creemos que, en general, el Derecho Civil puede ser reconocido como el marco de las exigencias de justicia particular de la vida común; el Derecho Comercial está signado por la justicia referida a la economía en gran escala; el Derecho del Trabajo ha de tener un claro carácter protector del trabajador; el Derecho Constitucional se debe ocupar de las reglas básicas de la tensa relación entre el bien común que trata de establecer y el bien particular; el Derecho Administrativo se ha de referir a la justicia en los servicios públicos; el Derecho Penal se debe remitir a la “repersonalización” del reo; el Derecho Procesal ha de asegurar la audiencia jurisdiccional; el Derecho Internacional Público está signado por el deber de compatibilizar las distintas vertientes del bien común de los Estados; el Derecho Internacional Privado clásico -que todavía es el núcleo de la materia- se caracteriza por la exigencia de amparo al elemento extranjero, etc.⁽⁷⁾.

Dentro del Derecho Civil, la división “pentárquica” tradicional muestra que hay dos grandes áreas, una patrimonial y otra familiar, apoyadas en las soluciones personales y fácticas básicas de la teoría de la “parte general” y combinadas con la solución del problema patrimonial de la muerte, en las sucesiones⁽⁸⁾.

Aunque a veces se habla de “unificación” del Derecho Privado con derogación del Código de Comercio, como se propone en nuestro país, en realidad se trata en mucho del

(6) En relación con la globalización/marginalidad pueden v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación...” cit., N° 27, págs. 9 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., N° 25, págs. 25 y ss.; “Perspectivas jusfilosóficas externas e internas del Derecho de la Integración”, en “Investigación...” cit., N° 25, págs. 55 y ss.; “La tensión entre integración y dominación en el Derecho Universal de nuestro tiempo”, en “Boletín...” cit., N° 21, págs. 64 y ss.

(7) Pueden v. nuestras investigaciones “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1994-I, págs. 878 y ss.; “El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

(8) Es posible v. nuestras “Bases para la filosofía de la división “pentárquica” del Derecho Civil”, en “Investigación...” cit., N° 9, págs. 17 y ss.

predominio del *Derecho Comercial*. El sentido mercantil impulsado por el modelo capitalista anglosajón promueve la progresiva derogación del Derecho del Trabajo tradicional. Pese a importantes avances en materia de derechos humanos, esa mercantilización invade el Derecho Constitucional y sobre todo el Derecho Internacional Público, promoviendo la constitución capitalista mundial de la Organización Mundial del Comercio y, proyectándose a otras áreas, reduce los alcances clásicos del Derecho Administrativo a través de las privatizaciones, ingresa en el Derecho Penal abriendo cauces a la composición privada y penetra en el Derecho Procesal promoviendo el desarrollo del arbitraje. En el Derecho Internacional Privado, el despliegue económico conduce a menudo a soluciones “territorialistas” de Derecho Unificado (como las que imperan en la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías) y a la invocación creciente de la “lex mercatoria” y lleva a respuestas “no territorializadas” que se expresan en la autonomía material de primer grado (o “autonomía universal”) ⁽⁹⁾.

Las ramas tradicionales de la división “pentárquica” del Derecho Civil van perdiendo también sus caracteres clásicos y se comercializan, mostrando la mercantilización de la vida común. El debilitamiento de las fronteras entre el Derecho de las Obligaciones contractuales y las que nacen sin voluntad, entre el Derecho de los Contratos y los Derechos Reales, entre el Derecho Patrimonial y el Derecho de Familia son muestras evidentes de ello.

Nuevos *subsistemas* se conflictúan de manera significativa con los sistemas parciales de las ramas tradicionales y con el sistema jurídico de conjunto ⁽¹⁰⁾. El Derecho Privado es a menudo desgajado, v. gr., en el sentido de la protección del consumidor ⁽¹¹⁾. El carácter difuso que van adquiriendo los “tipos” contractuales, de derechos reales, familiares, penales, etc. es una expresión más de los rasgos de las ramas jurídicas y sus contenidos en la postmodernidad. A semejanza de la sociedad, también el Derecho adquiere caracteres relativamente “difusos” ⁽¹²⁾.

La crisis de las ramas jurídicas y la radicalización de lo mercantil abren, sin embargo, cambios para el reconocimiento de nuevas ramas que pueden *enriquecer* la comprensión de las tradicionales. Así, por ejemplo, es posible desenvolver el Bioderecho ⁽¹³⁾, el

(9) La crisis de la razón fuerte y la búsqueda de la eficacia suelen explicar (aunque a menudo no justificar) las resistencias a la complejidad de los problemas generales del Derecho Internacional Privado clásico (puede v. en relación con el tema por ej. SOTO, Alfredo Mario, “El principio general de la aplicación integral del Derecho extranjero y el sistema jurídico”, tesis doctoral, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario).

(10) Puede v. NICOLAU, Noemí Lidia, “La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado”, en “Trabajos del Centro”, N° 2, págs. 79 y ss.

(11) Con alcance amplio hay que incluir la protección del *espectador*, también personaje típico de nuestros días, en el amparo al consumidor.

(12) Es posible v. nuestros artículos “Justilosophía del Derecho de Familia en la postmodernidad”, en Investigación ...” cit., N° 29, págs. 17 y ss.; “Mutaciones axiológicas del Derecho Civil de nuestro tiempo”, en “Investigación...” cit., N° 21, págs. 25 y ss.

(13) Puede v. nuestro estudio “Cuestiones axiológicas críticas en el desarrollo del Bioderecho”, en “Boletín ...” cit., N° 21, págs. 16 y ss.; “Introducción general al Bioderecho”, en “Boletín ...” cit., N° 22, págs. 19 y ss., (y en “Bioética y Bioderecho” cit., N° 2, págs. 11 y ss.); “La Bioética y el Bioderecho en la cultura de nuestro tiempo”, en “Investigación ...” cit., N° 29, págs. 29 y ss. (y en “Zeus”, 27 de octubre de 1997).

Derecho de la Ciencia ⁽¹⁴⁾, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación ⁽¹⁵⁾, el Derecho de Menores ⁽¹⁶⁾, el Derecho de la Ancianidad ⁽¹⁷⁾, etc.

Los requerimientos de justicia que identifican a estas ramas de nuevo reconocimiento son, a nuestro parecer, respectivamente la protección de la vida, el investigador, el artista, el educando, los menores, los ancianos, etc.

7. No nos parece correcto indicar con alcance genérico si los grandes cambios postmodernos en las ramas jurídicas producen relaciones legítimas o ilegítimas. Creemos que tal vez en el marco de la actual “comercialización del Derecho” pueda hablarse, a veces, de cierta subversión y arrogancia del Derecho Comercial, por ejemplo contra el Derecho Constitucional o el Derecho del Trabajo, pero no cabría sostener una respuesta generalizable. En todo caso vale, en cambio, contar con el *instrumental conceptual* que señalamos en el párrafo 2 para categorizar y comprender el Derecho con más claridad en la era postmoderna, de crisis del espacio, el tiempo y la materia, que nos toca vivir.

(14) Es posible v. nuestro estudio “Derecho de la Ciencia y protección del investigador”, en “Jurisprudencia ...” cit., t. 1992-III, págs. 851 y ss.

(15) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho de la Educación y economía”, en “Investigación...” cit., N° 17, págs. 43 y ss.

(16) Es posible c. nuestro estudio “Nuevas reflexiones sobre la autonomía del Derecho de Menores”, en “Boletín ...” cit., N° 20, págs. 99 y ss.,

(17) Pueden v. nuestros artículos “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación ...” cit., N° 20, págs. 35 y ss.; “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 7 y ss.; asimismo DABOVE, María Isolina, “Los derechos de la ancianidad, el Derecho de la Ancianidad. Hacia una comprensión jusfilosófica de la condición humana en la vejez” (tesis doctoral, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Carlos III de Madrid).

MEDITACIONES SOBRE LAS FUENTES DE LAS NORMAS (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La noción de fuentes de las normas es, de manera notoria, una construcción estrechamente dependiente de las nociones que se hayan construido respecto de las normas y del Derecho en su conjunto. Quienes optamos por una construcción acorde con la teoría *trialista* del mundo jurídico ⁽¹⁾, nos referimos a las normas como “captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros” (puede decirse: captaciones lógicas “neutrales” de repartos proyectados). Más allá del trialismo, desde nuestro punto de vista personal, no negamos la posibilidad de construir además otras nociones de normas, sean referidas, como ésta, a lo “puesto” en la realidad por los hombres o a lo que se considera valioso, es decir, en un sentido más “positivo” o “crítico” (suele preferirse decir axiológico) ⁽²⁾. Sin embargo, entendemos que lo más esclarecedor es referirse a las normas como captaciones lógicas de la realidad de los repartos, según lo hace la noción trialista.

Cada teoría de las normas y de sus fuentes, es expresión no sólo de una concepción del Derecho sino de una concepción de la *cultura* y de la *vida* todas. La trayectoria para reconocer que existe una permanente *referencia social* de las normas y que sus fuentes están en esa realidad, ha sido larga y dificultosa y es una de las características de la cultura de *Occidente*. Es muy diferente, por ejemplo, la teoría de las fuentes que manejan hoy las concepciones occidentales predominantes de la que sostiene el Derecho Islámico, encabezada por una fuente que se considera de origen divino, el Corán ⁽³⁾.

(*) Notas básicas de una clase de Teoría General del Derecho dictada por el autor en el Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

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

(1) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982 / 4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

(2) Es posible v. en este número de “Investigación y Docencia” nuestro artículo “Notas sobre la construcción del concepto de norma”.

(3) Puede v., en este número, “Bases comparativas del Derecho de Familia Occidental y el Derecho de Familia Musulmán”.

2. El reconocimiento occidental de la posibilidad de *explicar* la existencia toda de las normas con referencia a la realidad social se logró mediante tensiones en dos grandes frentes. En uno fue necesario “*desacralizar*” la teoría de las fuentes. Desde nuestro punto de vista personal, no podemos afirmar ni negar que existan fuentes de una normatividad divina, pero uno de los despliegues más significativos del desarrollo de la cultura de Occidente ha sido la posibilidad de reconocer que las normas que rigen nuestra vida responden a explicaciones sociales en sentido amplio y no resultan necesariamente vinculadas a mandatos divinos.

En el largo proceso de “desacralización” de la teoría de las fuentes en Occidente se inscriben la distinción de lo que corresponde al César y a Dios expresada por el propio Jesús, la crítica sofista y la experiencia democrática ateniense; el voluntarismo divino expuesto por Juan Duns Escoto, que desembocó en un voluntarismo humano y en el positivismo; las ideas políticas de Marsilio de Padua y de Maquiavelo; el “vitalismo” contractualista de Hobbes; el historicismo de Savigny y la construcción de las *ciencias sociales* ⁽⁴⁾.

En relativa semejanza con otros pueblos antiguos, el pueblo judío mantenía una visión religiosa de las fuentes de las normas referida a la Biblia y de manera culminante al Decálogo, pero la voluntaria o involuntaria diferencia de la perspectiva diversificadora del cristianismo y en especial la influencia griega y romana han contribuido de manera significativa al proceso de “desacralización” de las fuentes.

La “desacralización” de la teoría de las fuentes tiene también antecedentes de gran valor en el Renacimiento, que fue de cierto modo la “revancha” del legado griego y romano contra el predominio medieval del elemento judeocristiano.

Sin ser “positivistas” en el sentido de excluir la dimensión “crítica” o “axiológica” del Derecho, creemos notorio que el reconocimiento del origen positivo de las normas, según nuestra perspectiva de interés, ha logrado su mayor consolidación con el desarrollo de las ciencias sociales que, a su vez, son notorios resultados del desenvolvimiento de la cultura occidental.

El proceso de desacralización tuvo, sin embargo, grandes dificultades expresadas, v. gr., en la concepción medieval de las leyes partiendo de la ley eterna hasta llegar a la ley humana y en la teoría del “derecho divino” de los reyes. Aunque guiadas por referencias jusnaturalistas, las revoluciones inglesa y francesa, que fueron excluyendo esta remisión divina, tuvieron también, en distintos grados, considerable importancia en el abandono de la concepción sagrada del origen de las normas.

3. En otro frente fue necesario prescindir de la remisión a la *razón* como generadora

(4) Es posible c. por ej. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991 / 4. V. BATIFFOL, Henri, “Filosofía del Derecho”, trad. Lilia Gaffuri, Bs. As., Eudeba, 1964, págs. 11 y ss.

de las normas. No desconocemos que en las fuentes de las normas y sobre todo en las normas y en sus relaciones hay a menudo una alta dosis de racionalidad, pero creemos notorio que las normas no surgen de la racionalidad sino de los hombres que, individual o colectivamente, le damos origen.

La penetración de la racionalidad en la teoría de las fuentes de las normas tuvo entre sus grandes expresiones al estoicismo, la filosofía grecorromana que, sobre todo a partir del siglo III, penetró en el cristianismo por la puerta del dominio de las pasiones. La influencia estoica impulsó la conversión de una religiosidad de cierto modo enfrentada a la “ley” en una religiosidad de la ley. Con el carácter de razón mandada entró el Derecho Romano justiniano en el Occidente medieval continental. Otra de las manifestaciones racionalistas en la teoría de las fuentes está en el jusnaturalismo protestante alemán de la Edad Moderna. Aunque la Reforma fue fundada por un agustino en nombre de la fe, a partir de influencia de Melanchton contribuyó al desenvolvimiento de la cultura racionalista alemana.

En nombre de una confluencia de razón y voluntad, de razón mandada, se resolvió la problemática de las fuentes en la Revolución Francesa, cuya fuente culminante es el Código Napoleón. Aunque tuvo lúcida conciencia de la necesidad de respetar la historia de Francia, Napoleón creyó demasiado en el valor de la razón para generar Derecho, al punto que tal vez el más grande de sus sueños haya sido que el Código Civil de la burguesa Francia rigiera en la feudal Rusia. La catástrofe en que culminó la ilusión es explicable.

4. De acuerdo con la teoría trialista del mundo jurídico, las fuentes *reales* de las normas a las que hemos de referirnos son en principio los *repartos* (adjudicaciones de potencia e impotencia promovidas por la conducta de seres humanos determinables), sea a nivel de fuentes *materiales* o de fuentes *formales*.

Desarrollando las bases tradicionales del trialismo, entendemos que en el nivel de las fuentes materiales, o sea en los repartos en sí mismos, cabe penetrar hasta las causas últimas de esas adjudicaciones, que suelen estar en influencias humanas difusas (v. gr. de la economía y de la cultura toda) y en la propia naturaleza y apreciar también su ordenación en la planificación gubernamental en marcha y en la ejemplaridad, una de cuyas manifestaciones, identificada por la racionalidad social a ritmo lento, es la costumbre. En el nivel de las fuentes formales, es decir de las “autobiografías” de los repartos hechas por los propios repartidores, se inscriben las constituciones formales, las leyes, los tratados internacionales, las sentencias, las resoluciones administrativas, los contratos, los testamentos, etc. ⁽⁵⁾.

(5) Asimismo, aunque excediendo los límites de este trabajo, creemos significativo atender a las fuentes de conocimiento de las normas, constitutivas de la *doctrina*. A nuestro parecer, si las presentación doctrinaria se hace de manera completa ha de referirse no sólo a las normas sino a la realidad social y a las valoraciones.

5. Las diversas fuentes formales se construyen con distintos grados de *participación*, de *rigidez* o *flexibilidad* (dificultad o facilidad de la elaboración y reforma) y de *elasticidad* o *inelasticibilidad* (adaptación o no a los cambios de la realidad social) según se considere necesario para la materia de que se trate. A través de la noción de fuentes materiales es posible detectar que hay fuentes formales y consecuentemente normas que son meros “*espectáculos*” y otras que son sólo medios de “*propaganda*”⁽⁶⁾. El art. 14 bis de la Constitución Nacional argentina, en cuanto establece algunos derechos sociales que tal vez ya no se desee cumplir, pero respecto de los cuales no se quiere pagar el costo político de la derogación, es una muestra de una fuente formal espectáculo. En cambio, si se pensara en difundir sus valores con miras a su futuro cumplimiento se trataría de una fuente formal de propaganda.

6. A través de la *historia* de la teoría de las fuentes de las normas y de éstas en su realidad puede construirse la historia del pensamiento jurídico y del Derecho. Al hilo de las diversidades de teorías y de las fuentes en los distintos sistemas jurídicos es posible desarrollar también el Derecho Comparado. No es necesario abandonar el marco del sistema occidental para comprender la importancia de la diversidad de las concepciones respecto de las fuentes, por ejemplo, en el “*common law*” y el Derecho continental. Esas son, a nuestro parecer, claras manifestaciones de la *temporalidad* y la *espacialidad* de las fuentes de las normas. A su vez, es posible reconocer la relación de la diversidad de las fuentes con la *materialidad* de sus contenidos.

Por ejemplo: el complejo de fuentes del Derecho argentino constituido en la segunda mitad del siglo XIX, apoyado en una constitución formal rígida, breve y elástica que logró mantenerse (aunque con un cumplimiento limitado, por la falta de correspondencia plena con la “*constitución material*”) y un fuerte predominio legislativo con leyes de elaboración relativamente rígida, que reducía el reconocimiento de la costumbre a su manifestación “*secundum legem*” (v. el art. 17 del Código Civil redactado por Vélez Sársfield) pero dejaba amplio campo a los contratos es expresión de la pretensión del proyecto político de formar un país capitalista y una estatalidad acorde con los criterios de la modernidad burguesa. El complejo de fuentes del Derecho argentino actual, con una constitución reformada en 1994 con relativa facilidad a través del acuerdo de dos partidos políticos mayoritarios, extensa y de cierto modo hecho a “*retazos*”, con menos protagonismo de las leyes, más intervención de los tratados internacionales, de los decretos e incluso de las sentencias y una apertura muy grande al juego de los contratos, es una muestra del Derecho de la postmodernidad, época signada por diversidades de superficie y un fuerte predominio profundo de

(6) Puede v. nuestro estudio “Las fuentes de las normas”, en “Revista de la Facultad de Derecho” de la U. N. R., 4 / 6, págs. 232 y ss. (también en “Zeus”, t. 32, págs. D. 103 y ss.). En última instancia, no hay que olvidar que la propia formalización puede ser comprendida como un reparto de potencia y de impotencia.

la economía capitalista y por un proceso de globalización y marginación muy intenso, en el que suele retraerse el protagonismo del Estado nacional ⁽⁷⁾.

(7) Puede c. v. gr. nuestro artículo "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 19, págs. 9 y ss.; asimismo, 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. Es posible c. por ej. LYOTARD, Jean-François, "La condición post-moderna", trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, Postmodernidad y Derecho, Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, El fin de la modernidad, trad. Alberto L. Bixio, 3ª. Ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, "Critique de la modernité", Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, Contra el Postmodernismo, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven Kellner, Douglas, "Postmodern Theory Critical Interrogations", Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., "Technology Time and the Conversations of Modernity", Nueva York Londres, Routledge, 1995. Asimismo puede c., v. gr., HABEL, Marc, "Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. También, por ej. GHERSI, Carlos Alberto, "La posmodernidad jurídica" (dos partes).

En cuanto a globalización y marginalidad pueden v. nuestros estudios "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en "Investigación ..." cit., Nº 27, págs. 9 y ss.; "Una perspectiva bioética: vida y globalización", en "Bioética ..." cit., Nº 1, págs. 43 y ss.; "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., Nº 25, págs. 25 y ss. Asimismo c. v. gr. ORSI, Vittorio, "Las Claves de Davos 97", Bs. As., ABRA, 1997; CHOMSKY, Noam DIETERICH, Heinz, "La aldea global", Txalaparta, Tafalla, 1997; ROCHA CAMPOS, Adolfo, "Algunas reflexiones sobre Villas Miseria y Derecho", en "La Ley Actualidad", 17 de febrero de 1998, págs. 3 y 4. Además es posible c. nuestro artículo "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., Nº 26, págs. 20 y ss.

En relación con el tema de este artículo pueden v. asimismo nuestros estudios "Filosofía de la historia de las fuentes del Derecho Internacional Privado", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 63 /4; "Las fuentes formales de las normas en la Teoría General del Derecho como sistema jurídico", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 69 y ss.; "La individualización de las fuentes formales y su relación con la realidad", en "Investigación ..." cit., Nº 12, págs. 75 y ss.; "Las fuentes del Derecho", en "Investigación ..." cit., Nº 27, págs. 70 y ss.; "La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 79 y ss.; "El Código Civil argentino y las fuentes del Derecho", en "Boletín ..." cit., Nº 15, págs. 37 y ss.

Una de las manifestaciones de la conexión de las fuentes formales con la realidad es la aparición de las fuentes específicas del *Derecho de la Integración*.

En el *horizonte filosófico*, cabe recordar que la "ley" y el "contrato" han servido de paradigmas para las grandes teorías explicativas del origen de la sociedad y del gobierno.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS DE ROSARIO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI / Alfredo M. SOTO

Jorge STÄHLI / Norberto RODRIGUEZ

Walter BIRCHMEYER / Andrea Alejandra STRAZIUSO

Felipe Juan AMORMINO (**)

Las pequeñas y medianas empresas argentinas y su papel en el comercio exterior

1. Desde un punto de vista estático, la *empresa* en general es caracterizable como una integración de los elementos básicos de la producción, y en general de la vida económica, es decir, de la naturaleza, el trabajo y el capital, organizados con fines de lucro. Desde una perspectiva dinámica significa un *proyecto* en cuyo desarrollo se deben asumir riesgos ⁽¹⁾.

2. La dimensión de la empresa puede considerarse desde criterios *cuantitativos* y *cualitativos*. Así, una empresa puede ser tomada como "*pequeña*" por su reducida capacidad en los aspectos cuantitativos o en la perspectiva cualitativa, sobre todo en su disponibilidad de los elementos de la producción, en la asunción de riesgos y en los resultados obtenidos.

(*) Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación "Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario" desarrollado en la cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, contando con un subsidio otorgado por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional local.

(**) Integrantes del equipo del proyecto de investigación. Asimismo en otras etapas de la tarea colaboraron los doctores María Fabiana Raveglia, María Cristina Morales, Máximo Borrás, Rubén C. Pavé y Sebastián Kaplan, la Lic. María Gabriela Santillán y el señor Juan José Bentolila.

(1) Puede v. por ej. IRIGOYEN, Horacio A. - PUEBLA, Francisco A., "Pymes, su economía y organización", Bs. As., Macchi, 1998; BLOCH, Roberto, "Las economías regionales y el comercio internacional", Bs. As., Ad-Hoc, 1997, esp. págs. 91 y ss.; ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, "Opinion. Small and Medium-Sized Enterprises in the Community Context" - Brussels, 1978; NORESE, Alberto Enrique, "Estrategias y control de gestión en las PyME", Rosario, Consejo Profesional de Ciencias Económicas - Comisión de Estudio de la Problemática de la Pequeña y Mediana Empresa, 1998; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión jusfilosófica de la persona y la empresa", en "Investigación y Docencia", N° 24, págs. 29 y ss.; "Notas jusfilosóficas para la comprensión de las pequeñas y las medianas empresas y de su papel en nuestro tiempo", en "Investigación y Docencia" N° 28, págs. 49 y ss.; "Filosofía de la empresa y Mercosur", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 20, págs. 59 y ss.; "Aportes para la jusfilosofía de la empresa", en "Derecho y Empresa", Nos.1/2, págs. 23 y ss.

De acuerdo con la ley 24.467 y las Resoluciones Nros. 401/89, 208/93 y 52/94, la condición de "PyME" para la ejecución de políticas específicas correspondiente a los Títulos I y II de la Ley mencionada se caracteriza cuantitativamente de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$P = (10 \frac{PO_e}{POm} \times 10 \frac{VA_e}{VAm} \times 10 \frac{AP_e}{APm})^{1/3}$$

donde:

P = Puntaje PyME asignado a la empresa.

PO = personal ocupado

VA = ventas anuales sin IVA ni impuestos internos.

AP = son los activos productivos o patrimonio netos según corresponda.

e = indica el dato real de la empresa.

m = indica un tope máximo para cada atributo a considerar.

Cuando el Puntaje PyME calculado arroje un valor inferior o igual a 10 se considerará que dicha unidad productiva es PyME.

Entre 0 y 0,3 puntos Microempresa.

Entre 0,3 y 1,5 p. Pequeña empresa.

Mayor a 1,5 puntos Mediana empresa.

PARÁMETROS MÁXIMOS

	Sector Industrial	Sector Comercial y de Servicios	Sector Minero	Sector Transporte	Hoteles **	Sector Agropecuario	Sector Frutihortícola*
Personal Ocupado	300	100	300	300	100	-	-
Ventas Anuales (sin IVA ni I.I.)	\$ 18 mill.	\$ 12 mill.	\$ 18 mill.	\$ 15 mill.	\$ 6,5 mill.	-	-
Activos Productivos	\$ 10 mill.		\$ 10 mill.	-	-	\$ 3 mill.	\$ 7 mill.
P. N.		\$ 2,5 mill.					
Ingreso Bruto Anual	-	-	-	-	-	\$ 1 mill.	\$ 9 mill.
Cantidad de habitaciones	-	-	-	-	130	-	-

* Son consideradas PyMEs frutihortícolas, las empresas que realicen 2 o más de los siguientes procesos: producción, empaque, transporte, tratamiento frigorífico y/o comercialización.

** Categoría no superior a 4 estrellas.

En el caso de los activos productivos, los valores que se tomen no pueden ser inferiores al 10 % del valor de las ventas anuales sin IVA ni impuestos internos y en el P.N. no podrán ser inferiores al 5% de las mismas ventas.

Desde la perspectiva laboral, se considera pequeña empresa a la que reúne las condiciones de que el plantel no supere los 40 trabajadores y la facturación anual no exceda, según sectores, en la industria \$ 5.000.000, en los servicios \$ 4.000.000, en comercio \$ 3.000.000 y en el agro \$ 2.500.000.

Las PyMEs que superen alguna o ambas condiciones anteriores podrán permanecer en el régimen especial de la ley por un plazo de 3 años, siempre y cuando no dupliquen el plantel o la facturación indicados.

El programa de reconversión empresarial para exportaciones de la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa ha aprobado 1.090 proyectos, correspondientes a 971 empresas, por un valor de 26,8 millones de dólares de aportes no reembolsables con miras al financiamiento del 50% del costo de los servicios de asesoramiento, consultoría y promoción comercial. El 14% de tales recursos está destinado a ampliar los mercados ⁽²⁾.

3. Se calcula que en la Argentina el 30% del Producto Bruto Interno (PBI) es producido por pequeñas y medianas empresas. En comercio exterior, sin embargo, al contrario de Europa y los Estados Unidos de América, la participación de muchas de ellas es menor. Se estima, sin embargo, que realizaron el 28,3%. Las pequeñas y medianas empresas emplean cerca de 2,5 millones de personas ⁽³⁾. En los últimos años, quizás en correspondencia con una orientación generalizada, creció el número de pequeñas y medianas empresas prestadoras de servicios y disminuyó el número del sector industrial ⁽⁴⁾. Asimismo, en los años 1996 y 1997 las pequeñas y medianas empresas registraron ciertos aumentos en las ventas, en el empleo y en la producción ⁽⁵⁾.

Sin embargo, suele sostenerse -a nuestro parecer con acierto- que la forma de funcionamiento tradicional de esas empresas no corresponde a las *exigencias competitivas* de nuestros días. El 71% de las pequeñas y medianas empresas son familiares y esta constitución aumenta en algún grado a medida que es menor el tamaño de la empresa ⁽⁶⁾. En general, el empleo en las empresas de 10 a 24 empleados ha aumentado, en tanto hay una estabilidad o cierta disminución en las otras ⁽⁷⁾.

(2) V. A., H., "Un programa estatal financia la promoción de Pymes argentinas", en "Gazeta Mercantil Latinoamericana", 6 al 12 de diciembre de 1998, pág. 14.

(3) GONZALEZ, Nora, "La fuerza de las pequeñas empresas latinas", en "Gazeta..." cit., 6 al 12 de diciembre de 1998, pág. 9; ALMEIDA, Hamilton, "Las Pymes argentinas generan 30% del PBI", en "Gazeta..." cit., 6 al 12 de diciembre de 1998, pág. 10.

(4) ALMEIDA, op. cit., pág. 10.

(5) ALMEIDA, Hamilton, "Excelentes resultados en 96 y 97", en "Gazeta...", 6 al 12 de diciembre de 1998, pág. 11, fuente Unión Industrial Argentina.

(6) Id., pág. 11.

(7) Id., pág. 11.

A menudo las "PyMEs" no tienen planeamiento estratégico y se cierran en el financiamiento con sus propios ahorros ⁽⁸⁾. Sólo el 4% de las empresas de nuestro interés cuenta con el certificado ISO (International Standardization Organization), y el 20% está en vías de adquirirlo. El mayor número de empresas certificadas está en la zona de Buenos Aires ⁽⁹⁾.

4. El 90 % de las ventas de las pequeñas y medianas empresas argentinas va al mercado interno y el 10% al mercado internacional ⁽¹⁰⁾. El 24 % de las empresas hicieron su primera exportación en 1997 ⁽¹¹⁾. El 56,6% de los recursos del programa de reconversión empresarial de la Secretaría es para empresas que nunca exportaron ⁽¹²⁾. El 60% de las pequeñas y medianas empresas considera que la rentabilidad alcanzada en las exportaciones es menor que la lograda en las ventas internas ⁽¹³⁾.

Los Estados del Mercosur suelen ser el mayor mercado externo de las pequeñas y medianas empresas argentinas. Se indica a menudo que las exportaciones al Mercosur absorben la mitad de las ventas externas de las "PyMEs" ⁽¹⁴⁾. No obstante, en el ámbito del proceso integrador no se ha logrado todavía un criterio para la determinación de la noción de "PyMEs". El subgrupo de trabajo 7 está elaborando el tema.

5. 1. Desde las perspectivas de la *teoría trialista del mundo jurídico*, las empresas significan fuertes aspiraciones de conducción repartidora por obra de los empresarios, que pretenden superar las distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar ⁽¹⁵⁾. Sin embargo, esas pretensiones repartidoras son menores cuando se trata de empresas pequeñas y medianas. Aunque aisladamente consideradas, la dimensión de éstas es menos significativa, en conjunto forman *influencias humanas difusas* de relevancia, con significación para el desarrollo económico.

Las realidades empresarias suelen manifestarse sobre todo a través de repartos autónomos, a los que se llega mediante acuerdos, pero en las empresas pequeñas y medianas la capacidad de desenvolverse mediante acuerdos es menor y suelen requerirse repartos *autoritarios* para compensar los que les imponen las fuerzas mayores con las que tratan.

También la manera de llegar a los repartos es diversa para las empresas pequeñas y medianas, ya que su capacidad para ser escuchadas en los repartos autoritarios o autóno-

(8) ALMEIDA, "Las Pymes..." cit., pág. 10.

(9) ALMEIDA, "Excelentes..." cit., pág. 11.

(10) *Id.*, pág. 11.

(11) *Id.*, pág. 11.

(12) A., H., op. cit., pág. 14.

(13) ALMEIDA, "Excelentes..." cit., pág. 11.

(14) *Id.*, pág. 11.

(15) 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.

mos es menor, de manera que en lugar de alcanzarse el proceso se desarrolla a menudo la mera imposición y en vez de producirse la negociación se despliega más la mera adhesión.

Las empresas son instrumentos en la construcción de la razonabilidad social que constituye la ejemplaridad y les basta en general con una planificación (gubernamental, supragubernamental o extragubernamental) mínima que les haga *previsibles* las reglas del juego, pero las PyMEs requieren con frecuencia más *planificación* protectora. Las empresas pequeñas y medianas están especialmente necesitadas de previsibilidad.

Las empresas en general son elementos de gran importancia para la construcción del tejido social, en especial en los países capitalistas, y resultan de alta significación cuando se trata de procesos de integración, como en nuestro medio sucede en el Mercosur. Esa construcción social posee rasgos de particular relieve en las pequeñas y medianas empresas, que contribuyen a evitar la "fractura" que tiende a producir el fenómeno de "globalización/marginalidad" ⁽¹⁶⁾.

En el desenvolvimiento de las pequeñas y medianas empresas suelen evidenciarse *límites*, sobre todo por una psicología no suficientemente emprendedora, por la estructura política demasiado centralizada y por el escaso poder económico y tecnológico. Una política de protección debe tener cuidado en no derivar en burocracia y en no generar empresas ficticias o deficitarias o trabajo ineficiente.

5. 2. En el marco de las fuentes formales, las realidades empresarias suelen manifestarse sobre todo a través de contratos, pero en las empresas pequeñas y medianas la capacidad de contratación es menor y con frecuencia se requieren otras fuentes, de carácter *legal, reglamentario*, etc.

Como hemos señalado, las normas de promoción a las PyMEs tropiezan a veces con límites de la realidad social, de modo que en consecuencia se tornan inexactas, sobre todo en el interior del país. En ciertos casos, las fuentes son incluso meros espectáculos y en otros supuestos tienden a ser sólo propaganda.

El concepto "PyME" suele generar una cantidad de sentidos positivos que se integran a la realidad social y promueven beneficios, por ejemplo mediante el apoyo gubernamental, de modo que resulta atractivo encuadrarse en él y a menudo se producen presiones en este sentido. La conceptualización es difícil y no siempre resulta adecuada. Aunque vivimos en un período de reducción del protagonismo del Estado y de incremento del papel de las

(16) En relación con la globalización/marginalidad pueden v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en "Investigación y Docencia" cit., N° 27, págs. 9 y ss.; "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación..." cit., N° 25, págs. 25 y ss.; "Perspectivas jusfilosóficas externas e internas del Derecho de la Integración", en "Investigación..." cit., N° 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", N° 21, págs. 64 y ss.

empresas en general, las PyMEs necesitan a menudo la intervención estatal ⁽¹⁷⁾. Las empresas suelen requerir la negociabilidad en la construcción de los conceptos, pero las PyMEs necesitan cierto grado mayor de *institucionalidad*.

5. 3. Las empresas en general y las pequeñas y medianas empresas en particular ponen especialmente en crisis la relación entre los valores *utilidad* y *justicia*, ya que es mucho lo que en ellas se juega respecto de la esfera de libertad que requieren los individuos para desarrollarse en plenitud. Una excesiva consideración de justicia puede llevar a ignorar las exigencias legítimas de la utilidad y de la economía; una desbordada atención a la utilidad puede ignorar los requerimientos de la justicia y del Derecho.

La vida de las empresas suele requerir consideraciones de justicia consensual, sin acepción (atención) de personas, simétrica, conmutativa (con “contraprestación”), “partial” (proveniente de un sector), sectorial (referida a un sector), de aislamiento y particular (cuyas exigencias caracterizan al fin al Derecho Privado), pero la condición especial de las PyMEs agrega la necesidad de descubrir también la justicia por las sendas de la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea (sin “contraprestación”), gubernamental (proveniente del todo), integral, de participación y general (cuyas exigencias caracterizan al fin al Derecho Público). El debido equilibrio entre las distintas clases de justicia es imprescindible para no caer en exageraciones injustas, que pueden ser incluso contraproducentes.

La vida empresarial requiere legitimidad de los repartidores desde el punto de vista autónomo, pero también un amplio desarrollo de la legitimidad aristocrática por la idoneidad para el manejo económico (puede decirse, incluso, una relevante legitimidad tecnocrática). Sin embargo, las pequeñas y medianas empresas ponen en crisis la autonomía y a menudo no cuentan con ese nivel de aristocracia, de modo que resulta necesaria una intervención gubernamental apoyada en la *democracia* y en la *aristocracia económica* de los funcionarios.

Las empresas en general suelen valerse legítimamente del procedimiento arbitral, que tiene características de legitimación para autónoma, pero cuando se trata de PyMEs esta vía debe ser controlada para evitar falsificaciones que oculten repartos autoritarios que resultarían antiautónomos. A menudo se debe recurrir a la solución judicial, con menos autonomía pero más aristocracia de justicia.

La vida empresarial requiere alta creatividad y en ciertos ámbitos las pequeñas y medianas empresas pueden adecuarse todavía mejor a esa condición, pero en otros casos éstas se desvían por la senda de la rutina.

(17) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “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.

En cuanto a la forma de los repartos, urge lograr que las pequeñas y medianas empresas tengan acceso al proceso y a la negociación, con miras a lo cual es imprescindible que cuenten con *asesoramiento económico y jurídico adecuado*.

Las empresas en general son afines a las exigencias del humanismo abstencionista pero, según hemos señalado, las PyMEs suelen necesitar del *humanismo intervencionista*. Sin embargo, urge no caer en el totalitarismo que las mediatice o mediatice a los demás en beneficio de ellas.

La justicia en el tratamiento de las empresas suele exigir gran protección de los individuos contra los gobernantes, mas cuando se trata de empresas pequeñas y medianas es frecuente la necesidad de que sean amparadas respecto de los demás y “lo demás” (por ejemplo, contra la pobreza).

Generadoras de más ocupación, las pequeñas y medianas empresas pueden ser instrumentos de gran importancia para la protección de los individuos contra la desocupación.

5. 4. En el *continente político*, las empresas en general y las PyMEs en particular significan puntos de contacto importantes de la *política jurídica* con la *política económica*. En las PyMEs suelen pesar particulares exigencias de política jurídica. Sin embargo, una política para las pequeñas y medianas empresas requiere el aporte de otras ramas políticas, por ejemplo, de la *política educacional*, y también de la política cultural en general.

II. Las pequeñas y medianas empresas de Rosario y el comercio exterior

6. De acuerdo con la *investigación de campo* efectuada por el equipo de este proyecto “Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario”, las pequeñas y medianas empresas de Rosario evidencian muy limitadas posibilidades de desenvolvimiento económico, sobre todo si se trata de salir del mercado local e ingresar a uno integrado o internacional ⁽¹⁸⁾.

Se encuestó un conjunto de 102 pequeñas y medianas empresas de la ciudad de Rosario sobre 125 registradas. El 62,5 % no tiene medios de promoción comercial. El 31,2 % cuenta con folletos de propaganda en español y sólo 2 empresas los tienen en inglés o portugués. El 77,8 % de las empresas no solicitó nunca apoyo para PyMEs; el 22,2 % recurrió a Pymexporta. En mucho por su falta de experiencia, el 77,8% desconoce cómo son tratadas las empresas en el extranjero y el resto lo conoce y sostiene que hay trabas aduaneras e impositivas y del sistema burocrático. El 22,2 % formaliza contratos en los que se incluye solución de controversias mediante la Bolsa de Comercio, pero el 33,3% no formaliza contratos ⁽¹⁹⁾.

(18) V. SANTILLÁN, María Gabriela, “Inserción de las PYMES en el Comercio Exterior”, en “Boletín...” cit., N° 23, págs. 71 y ss.

(19) Id., pág. 73.

El 12,5 % de las pequeñas y medianas empresas encuestadas exporta a países limítrofes y otros latinoamericanos; en cambio el 87,5 % no está en condiciones de hacerlo por razones económicas y jurídicas.

En cuanto a los medios de pago, el 62,5 % utilizó carta de crédito y el 25 % cheques y el 12,5 % letra de cambio. A menudo las empresas dicen que trabajan con empresas serias, por pedidos no formalizados y apoyándose en la costumbre y la buena fe. Todas las empresas consultadas poseen asesoramiento contable; el 41,7 % tiene asesoramiento jurídico en materia laboral y el 2 % cuenta con un especialista en comercio exterior.

En la reunión de pequeños y medianos empresarios con integrantes del equipo de investigación que se efectuó en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario la mitad de los empresarios asistentes expresó que no había efectuado ningún negocio de exportación e importación, pero tiene proyectado hacerlos. Todas las empresas tienen interés en realizarlos con empresas del Mercosur; el 33,3 % también con el resto de América y el 27,8% con Europa.

El 88,9% de las pequeñas y medianas empresas que hicieron contratos internacionales no tuvo problema en su ejecución; el 33% previó la solución de controversias ⁽²⁰⁾.

En general, las pequeñas y medianas empresas de Rosario se sienten desprotegidas por las instituciones no universitarias, especialmente por el Estado ⁽²¹⁾.

III) Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario

7. El Derecho Internacional Privado, que hasta mediados de siglo en nuestro país se ciñó a la concepción germánica, según la cual abarca sólo el conflicto de leyes, ha experimentado en los últimos años una importante transformación como consecuencia de grandes cambios en la realidad social. El marco *internacional clásico*, signado por Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones económicas, artísticas, científicas, religiosas, etc. que requieren una compleja regulación jurídica, se ha modificado en los sentidos de incorporarse además despliegues de *globalización e integración*. La globalización, que incluye en el sistema económico abrumadoramente dominante a quienes sirven al proceso de producción, distribución y consumo y en la medida que lo hagan genera, al propio tiempo, fenómenos de *marginalidad* de quienes no son incluidos.

(20) *id.*, pág. 74.

(21) El 56,3 % de las empresas consultadas en la encuesta consideró conveniente el apoyo de la Universidad en Derecho Internacional, Comercio Exterior, Laboral, Tributario y temas jurídicos en general. En la reunión el 94,4% consideró útil el apoyo de la Universidad (SANTILLÁN, *op. cit.*, pág. 73).

En ese ámbito existen un Derecho Internacional Privado *nuclear*, ampliado a su vez desde el conflicto de leyes al conflicto de jurisdicciones y la “transposición procesal” (que abarca sobre todo el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros) y un Derecho Internacional Privado *periférico*, en el que se encuentran soluciones materiales brindadas por las vías del Derecho Uniforme, el Derecho Unificado, la autonomía material de las partes e incluso, más alejadas, soluciones de aplicación inmediata ⁽²²⁾.

En el marco de esta transformación avanzan nuevas fuentes, de modo que la ley, que era la principal fuente al servicio del predominio del Derecho Internacional Privado conflictualista clásico, se complementa con el incremento de los tratados internacionales, el protagonismo de los contratos y de las sentencias y los laudos. Así, por ejemplo, el Derecho Internacional Privado clásico de nuestra región estuvo durante décadas signado por los Tratados de Montevideo, típicos de la internacionalidad conflictualista, en tanto hoy existe un numerosísimo elenco de tratados, de las CIDIP (Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado), la Conferencia de La Haya, la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), etc. que sirven también a las nuevas manifestaciones de la materia.

En el marco de los tratados que expresan en especial la globalización, cabe citar la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. Atención especial merecen las fuentes de la integración, en nuestro caso con particular relieve las del Mercosur, donde viene elaborándose un importante complejo de fuentes que complementan y desarrollan el Tratado de Asunción.

8. En la temática especial actual del Derecho Internacional Privado ocupan un lugar destacado los requerimientos de la vida económica, de modo que, por ejemplo, las exigencias de justicia en la economía adquieren especial significado de *orden público* y se otorga particular atención a las *sociedades comerciales*, la *contratación* y la *solución de controversias*. En general, las respuestas que se sostienen tienden a la liberalización de la vida económica y jurídica.

Con miras a la política liberalizadora, para el reconocimiento de la existencia de las *sociedades comerciales*, sin que necesariamente se comparta la teoría de la ficción, se suele preferir la imitación del Derecho del lugar de constitución, dejando luego espacio para

(22) Acerca del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo pueden v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1994-I, págs. 878 y ss.; “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997; “El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998. Asimismo es posible c. v. gr. BOGGIANO, “Derecho Internacional Privado”, 3ª ed., Abeledo-Perrot, 1991; KALLER de ORCHANSKY, Berta (con colab.), “Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado”, 2ª ed., Córdoba, Plus Ultra, 1991; CARREAU, Dominique, “Système commercial multilatéral (Volet institutionnel)”, en CARREAU, Dominique y otros, “Répertoire de Droit International”, Dalloz, t. III, 1998; NORTH, Peter M., “Reform, but not Revolution”, en “Recueil des Cours”, Académie de Droit International, t. 220, págs. 9 y ss.

las reglas de mayor o menor hospitalidad. En cuanto a la *contratación*, ganan gran espacio no sólo la autonomía conflictual, que permite a las partes elegir el Derecho aplicable, sino la autonomía material, que les autoriza a establecer las soluciones concretas, llegándose a la autonomía material de “primer grado” o autonomía “universal”, que excluye la referencia a cualquier Derecho estatal del mundo y habitualmente, en caso de controversia, se remite a soluciones arbitrales. Respecto a la *solución de controversias*, la posibilidad de decisiones judiciales es complementada con vías arbitrales, que tienden a ganar mayor predicamento.

9. La política de liberalización económica, que en general sirve para la globalización e incluso a la integración, puede no ser adecuada para las *pequeñas y medianas empresas* que, en caso de no contar con soportes especiales, pueden resultar en condiciones de marginalidad. Estas características son muy notorias cuando se trata de las PyMEs argentinas y en especial rosarinas.

En el ámbito de las *fuentes formales*, puede resultar beneficioso un acuerdo de los Estados, sobre todo en el ámbito del Mercosur, con miras a unificar o armonizar el régimen de apoyo a las pequeñas y medianas empresas. El amparo de las PyMEs, como sujetos débiles en el comercio exterior, debe figurar como principio de *orden público* de los diversos países.

En materia de *sociedades comerciales*, la imitación del Derecho del lugar de constitución resulta adecuada para favorecer su existencia, pero en el régimen de hospitalidad necesitan un tratamiento más generoso que el de las empresas en general, lo cual puede exigir, en especial en el proceso integrador, que cuenten con apoyo de los países receptores. Incluso, dada su limitada capacidad para intervenir en el comercio exterior puede ser conveniente la ayuda recíproca, v. gr. mediante la formación de uniones transitorias de empresas, consorcios o cooperativas de comercio exterior.

En cuanto a *contratación*, el juego de la autonomía conflictual o material debería condicionarse a la protección de los intereses vitales de las PyMEs, por ejemplo, limitándolo si a través de dicha autonomía pierden derechos que la ley normalmente aplicable les concedería.

Respecto a la *solución de controversias*, la prórroga de jurisdicción sólo debería permitirse si de ella no resulta la intervención de un órgano que aplique una ley o signifique un trámite en los que la empresa pequeña o mediana resulte perjudicada según el parámetro de la jurisdicción que hubiera sido normalmente habilitada. Asimismo, debería brindarse atención a la posibilidad de las PyMEs de realizar actos procesales a distancia, tal como se ha pactado en el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo. En caso de pretenderse la intervención de árbitros, sin perjuicio de la regla general respecto de la prórroga antes referida, habría que tener especial cuidado en que los órganos sean representativos también de los intereses de las PyMEs, por ejemplo, con intervención de las cámaras empresarias respectivas.

10. En todos los casos, la actuación de las empresas pequeñas y medianas de nuestra región en el comercio exterior puede verse beneficiada por el apoyo que brinda y puede llegar a brindar la Universidad Nacional de Rosario a través de la cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho, por ejemplo, a través de:

Charlas, conferencias y cursos de capacitación para abogados, contadores y empresarios en los aspectos jurídicos del comercio internacional;

Asesoramiento jurídico mediante convenios que, respetando la igualdad de las partes en los casos planteados, puedan celebrar la Universidad o la Facultad con las PyMES interesadas o con entidades surgidas de ellas ⁽²³⁾.

(23) En relación con el tema, pueden v. por ej. KOSACOFF, Bernardo (ed.), "Hacia una nueva estrategia exportadora", Universidad Nacional de Quilmes, 1995; DI LISCIA, Alberto F. (coord. gral.), "Claves para exportar", Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 1997; COLAIACOVO, Juan Luis y otros, "Proyectos de exportación & estrategias de marketing internacional", Bs. As., Macchi, 1993. Asimismo es posible c. CLARET de VOOGD, Lilia, "Santa Fe: su proyección económica en el mundo", Rosario, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Bases para los regímenes de jurisdicción y ley aplicable en la integración del Mercosur", en "Investigación..." cit., N° 21, págs. 7 y ss.

JORNADA SOBRE EL DERECHO Y EL ARTE

I

La Cátedra Interdisciplinaria “Profesor Doctor Werner Goldschmidt” dependiente del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social auspició la Jornada sobre “El Derecho y el Arte” en homenaje a Guillermo Ortiz de Guinea, organizada por el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario, que se realizó en la Casa del Foro el 11 de diciembre de 1998. La Jornada contó, asimismo, con el auspicio del Instituto “Werner Goldschmidt” de Investigaciones Jurídicas Especializadas e Interdisciplinarias de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas y la adhesión de la Federación Argentina de Entidades de Martilleros y de Corredores Inmobiliarios.

II

En la primera parte del acto inaugural hicieron uso de la palabra el señor Presidente del Colegio de Martilleros de Rosario don Juan Carlos Rentería Beltrán, el señor Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario profesor doctor Ernesto Luezas, en representación del señor Decano profesor doctor Ernesto Ignacio J. Granados, el señor consejero superior de la Universidad Nacional de Rosario profesor doctor Oscar Borgonovo, en representación del señor Rector doctor Ricardo Suárez y el señor Presidente del Colegio de Abogados profesor doctor Gustavo Lo Celso.

El señor *Juan Carlos Rentería Beltrán* dijo:

“Me toca hoy el altísimo honor de presidir esta Jornada en Homenaje al Mart. Guillermo Ortiz de Guinea, junto al Dr. Gustavo Lo Celso y el Sr. Representante de la Facultad de Derecho.

Esta distinción me honra y me compromete en un doble sentido. En primer lugar, por haber sido designado para ello, por lo que presento a todos Uds. mi reconocimiento.

En segundo término, y allí está el verdadero sentido de mi presencia aquí, por el deber ineludible de bosquejar una semblanza de una de las personalidades más ricas, multifacéticas

y destacadas que ha albergado nuestro gremio, el que hoy me toca presidir: me estoy refiriendo al Martillero Guillermo Ortiz de Guinea.

Su trayectoria es tal, que su actividad ha trascendido el ámbito específico del quehacer profesional, proyectándose a través de su desempeño como fundador y presidente de la Federación de Entidades de Martilleros y Corredores Inmobiliarios de la República Argentina, transformándose en un referente indiscutido dentro del quehacer profesional. Resulta oportuno destacar en este momento, que él fue uno de los más ardientes defensores de la exigencia del nivel universitario para acceder a la carrera de Martillero. Paradójicamente, y por esas raras coincidencias del destino, en el año de su muerte, más exactamente, el 14 de octubre del corriente, la Cámara de Senadores dio su voto a la ley que, por unanimidad, había aprobado la Cámara de Diputados de la Nación. Conquista que, insólitamente, el Poder Ejecutivo vetó pocos días después.

Guillermo Enrique Ortiz de Guinea fue un luchador incansable, y un inquieto en la búsqueda del conocimiento, y es para mí un orgullo mencionar que sus innumerables trabajos en el orden del Derecho, con su sólido basamento cultural, han desarrollado una fecunda actividad a nivel nacional e internacional. Recuerdo haber leído, en Madrid, un comentario sobre su personalidad en la Revista del Colegio de Abogados de esa ciudad.

Pero si Uds. me lo permiten, yo quisiera plantearles una propuesta: dejar en suspenso su quehacer concreto y bosquejar su identidad.

Intentar esbozar una semblanza de alguien es adentrarse en su espíritu. Rastrear su esencia. Su exquisitez. Su toque distintivo. Aquella singularidad que lo hace un ser único e irrepetible.

Y aquí pongamos el acento. Captemos esa singularidad que lo lleva, como un vuelo libre de la imaginación, ha entroncarse con las más sutiles manifestaciones del hombre, cual son las artísticas.

Y ello ha hecho este ilustre amigo.

Ha enraizado su vida con las raíces del arte y del trabajo y con su simbiótica identificación como martillero, por eso ha logrado su transcendencia, y por qué no decirlo, ha logrado su propia atemporalidad. *Permanecer en el tiempo, aún después de su vida.*

A él, en la persona de sus familiares y de todos los que aquí nos convocamos, hago presente el reconocimiento de todos los martilleros a quienes ha honrado su trayectoria.

Lo imagino con nosotros, y como el "Poeta muerto" de González Tuñón, sorprendido... "para él, fue la muerte como el último asombro, tenía una estrella muerta sobre el pecho vencido y un pájaro en el hombro..."

Nada más, y muchas gracias.

El doctor Ernesto Luezas expresó:

"Agradezco en nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, a quien tengo el orgullo de representar en este acto, la posibilidad de sumarme al

homenaje a Don Guillermo Ortiz de Guinea. En mi caso este placer se potencia por pertenecer, también, al Directorio del Colegio de Abogados donde Don Guillermo fue *alma mater* durante toda su vida.

De todas las virtudes de Don Guillermo -permíteseme nombrarlo así, como se lo conocía, porque a los grandes con la sola mención del nombre basta para reconocerlo- quiero rescatar dos que me parecen esenciales: la coherencia y la pertenencia.

Nadie duda de su coherencia en la defensa de lo Jurídico desde todos sus puntos de vista. Siempre trabajó en ese sentido, lo que le permitió tener íntima vinculación con próceres del Derecho como todos sabemos.

Pero quizás, a mi juicio al menos, la virtud por excelencia que quiero resaltar es la de “pertenencia” porque Don Guillermo se sentía perteneciendo al Colegio de Abogados. Diría que él era el Colegio de Abogados, y el Colegio de Abogados era él a punto tal que murió trabajando hasta el último día. Si se hubiera jubilado y dejado de concurrir a su santuario laboral hubiera fallecido mucho antes. Este sentido de pertenencia, tan escaso hoy en este mundo de virtudes descartabais, valores de plástico y de profesionalidad permanente, el sentido de pertenencia a una Institución revaloriza lo esencial, lo importante, lo trascendente. ¡Cuántos Don Guillermo necesita la Facultad de Derecho! ¡Cuántos, también el Colegio de Abogados! En síntesis, cuántos necesita la sociedad para salvar y fortalecer las instituciones.

Por todo esto no me queda más que decir GRACIAS MAESTRO.
Muchas Gracias.”

El doctor Oscar Borgonovo dijo:

“En representación del señor Rector de la Universidad Nacional de Rosario quisiera decir unas palabras en este homenaje a Guillermo Ortiz de Guinea.

Mi ejercicio de la abogacía data de diciembre de 1952, de manera que tengo más de cuarenta años de convivencia profesional con Guillermo, Secretario del Colegio de Abogados de Rosario.

Entre muchos recuerdos, hay tres episodios que deseo relatarles:

Ambos éramos partidarios de un abogado con cultura humanista. Cuando vino a Rosario el doctor Eduardo Couture, eminente procesalista uruguayo, y dio una serie de conferencias del mejor nivel académico, Guillermo y yo insistimos en que hablara de su libro no jurídico “La Comarca y el Mundo” donde refería sus visitas a distintos lugares y logramos que lo hiciera, con gran éxito de público.

En otra oportunidad, cuando integré el Tribunal de Disciplina, le pedí información, y como era un admirador del doctor González Sabathie, me puso en contacto con sus lecciones sobre ética profesional. Como sucedía al dialogar con Guillermo, enseguida surgió el diálogo. El era partidario de la asignatura ética en el programa de la carrera de abogacía. Yo sostenía que en todas las materias debía tocarse el tema de la ética profesional.

Lo que más recuerdo de Guillermo es su sentido del humor. ¿Por qué algunas personas son tocadas por la varita mágica que les otorga humor? No tiene que ver con la cultura ni con la economía, es algo que brota como una sonrisa en un rostro.

Ahora que hay estudiosos del genoma humano, sería deseable que aislaran el gene del humor, para brindarlo a la gente, que podría así tener una vida hermosa como la de Guillermo Ortiz de Guinea.”

El doctor *Gustavo Lo Celso* expresó:

“El Colegio de Abogados de Rosario por iniciativa del Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica, pudo concretar la edición de la obra “El Arte en el Derecho” que sustancialmente contiene la disertación sobre el tema de nuestro querido y recordado don Guillermo Ortiz de Guinea, y además el repaso de la actividad desarrollada por el mismo en distintas iniciativas, todas signadas por el estilo de este gentilhombre.

En el capítulo de Homenajes recibidos, don Guillermo comienza con una cita: “*Honrar honra*”. Síntesis de su postura ante la vida.

Sin ser destinatario de tal distinción y respondiendo a la generosa invitación del señor Presidente del Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica, profesor doctor Ciuro Caldani, incansable cultor de la ciencia del Derecho y reconocido amigo de Guillermo Ortiz de Guinea, y único propulsor de esta Jornada Homenaje, intentaré compartir con Ustedes algunas ideas recogidas.

Tarea, por cierto, nada fácil ya que es necesario estar dotado de una exquisita sensibilidad y gran contenido cultural para acometer una decorosa aproximación a la relación del Derecho y el Arte, no obstante descuento la indulgencia del amable auditorio.

El abordaje inicial será preguntarnos: ¿la literatura, prosa o poesía, es también arte?

Esta proposición tiene una respuesta afirmativa y con ello encontramos el camino que conduce a su relación con el Derecho al considerar -como debe ser- a la literatura como instrumento indispensable para restaurar el Derecho en su antigua y honorable posición de disciplina humana, en la que la imaginación desempeña un papel tan amplio como el cálculo, y en que la Justicia extrae fuerzas tanto de la poesía como de la ciencia social.

Dicho de otra forma, en nuestras postulaciones jurídicas la literatura nos debe ayudar como antídoto contra el creciente cientificismo que parece imperar no sólo en la expresión de los legos sino también en numerosos escritos acerca del Derecho.

Es sabida la poderosa influencia doctrinaria, de los últimos tiempos, empeñada en erigir al método deductivo como casi la única manera de acceder al derecho objetivo que otorgará la solución jurídica.

Esta tendencia olvida que el Derecho debe adaptarse a la realidad y no a la inversa, y con ello relega a segundo plano la verdadera y única conjunción finalista: Derecho y Justicia. También parece descreer que la ciencia jurídica no apunta al mero conocimiento, sino que su razón de ser es su utilidad.

Frente a esta propensión es útil prestar atención a la relación de literatura y justicia.

Sobre esta temática sigo las propuestas de Martha Nussbaum quien en su obra "Justicia Poética" (Edit. Andrés Bello Española, 1997) estructura -entre otros- el pensamiento de Walt Whitman resumiéndolo en un cúmulo de valiosas afirmaciones.

Así considera al poeta como el "árbitro de lo diverso", el "igualador de su época y su tierra", su vasta imaginación "ve la eternidad en hombres y mujeres", no los ve como "sueños o puntos minúsculos".

Con ello pone en evidencia lo relevante de su pensamiento frente a nuestra incapacidad de ver al prójimo como plenamente humano, como algo más que "sueños y puntos minúsculos"; porque esta falta de compasión y solidaridad va acompañada por una excesiva confianza en los métodos técnicos para modelar la conducta humana, sobre todo los que derivan del utilitarismo económico. Que como modelo puede ser útil, en su justo lugar, pero son insuficientes como guía para las relaciones entre las personas.

En esencia, se propugna que la narrativa y la imaginación literaria no sólo no se oponen a la argumentación racional, sino que pueden aportarle ingredientes esenciales.

Ya que al analizar la narrativa se está hablando de la compasión y de la misericordia, del papel positivo o negativo de las emociones en el veredicto de un jurado, en fin de la naturaleza humana, y de cómo en diversos textos se presentan a los seres humanos: a veces como fines en sí mismos, dotados de dignidad e individualidad, otras veces como unidades abstractas e indistinguibles o meros medios para fines de otros.

Estudio que ineludiblemente se traslada y debe repercutir en el campo del derecho y la Justicia.

Ya sea que las emociones sean consideradas como fuerzas animales ciegas, dignas o no dignas de confianza o, quizás, emociones como reconocimiento de carencias; todas son fruto de creencias y de historia que condicionarán al actor dentro del campo del Derecho y sobre todo en la justicia, que en definitiva deberá aspirar a convertirse en la **Justicia como imparcialidad**, tal como titula su tesis Brian Barry (Edit. Paidós Ibérica 1997) en la búsqueda de un concepto superador y permanente.

Es sabido que la neutralidad que todos exigimos de la Justicia es aquella que no acomoda sus principios a las exigencias de grupos de presión políticos o religiosos, ni otorga a ciertos grupos o individuos indulgencias o favores especiales en virtud de la relación que tenga con ellos o de sus preferencias. Pero, lo que realmente se pretende es un juez que su neutralidad no repose únicamente en una altiva distancia respecto de las realidades sociales, que son precisamente las causas que debe resolver, sino alguien que indague esas realidades con su imaginación, y que con las respuestas emocionales de un espectador juicioso aplique el Derecho en beneficio de la justicia.

Un espectador juicioso que no sea presa de sentimientos irrelevantes o infundados, sino que aplique la norma aristotélica de la razón práctica.

En esa búsqueda estamos todos comprometidos, es una deuda grande que debemos saldar. Y es fundamentalmente tarea de abogados, por formación y por convicción, ensam-

blar el mundo real con el mundo del Derecho. La literatura nos brinda una inestimable contribución en este sentido, porque procede de la vida y la vida es siempre un prius mientras que el Derecho es siempre un posterius.

Estas reflexiones, también son objeto de la perenne mirada crítica del destinatario de esta Jornada quien me obsequiara una serie de artículos y “hallazgos” como solía decir.

Así, utilizando la picante sátira que lo caracterizó, traigo a colación un fragmento de la obra “Antología del Humor” (1954-60 Edit. Aguilar, Madrid), referida a la oratoria, pero principalmente al abuso del tiempo en su utilización y reza: *André Maurois que, como es sabido, une a su talento literario una gran amenidad como orador, cerró con la siguiente excusa una disertación: La amabilidad del conferenciante está íntegramente contenida en la conclusión de su discurso. Me acuerdo de un orador que terminó diciendo: “Me siento desolado por haberles aburrido durante tanto tiempo. Pero como no hay reloj en esta sala ...” Entonces se elevó una voz del auditorio que decía: Pero hay un almanaque.*

Muchas gracias por su tiempo.”

En la segunda parte del acto disertó sobre “El Derecho y el Arte” el presidente del Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica, profesor doctor Miguel Angel Ciuro Caldani, según la exposición que se publica en este mismo número.

III

Las deliberaciones abarcaron todo el día, escuchándose disertaciones del profesor Iván Hernández Larguía sobre “El patrimonio cultural y el Derecho”, la profesora doctora Noemí L. Nicolau acerca de “El derecho de autor en la obra artística”, la profesora Florencia Lo Celso sobre “La libertad en el derecho a la expresión” y el profesor Miguel Ballesteros acerca de “La pintura y el Derecho”. Asimismo se contó con comunicaciones del profesor doctor Ariel Alvarez Gardiol sobre “Filosofía y Arte”, el profesor doctor Dámaso Javier Vicente Blanco acerca de “Notas elementales sobre la aplicación de la crítica de arte a la investigación jurídica”, el doctor Mariano Morelli sobre “La persona, las normas y los derechos humanos en la literatura de ciencia ficción” y el señor Juan José Bentolila acerca de “Contenidos jusfilosóficos del género operístico”. En este mismo número se publican también las intervenciones que resultaron disponibles al momento del ingreso en la imprenta.

IV

Como cierre, brindó un concierto el *Ensamble Municipal de Vientos* dirigido por el Maestro Fernando Ciralo.

EL DERECHO Y EL ARTE (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Don Guillermo Ortiz de Guinea y el motivo de esta Jornada II. El Derecho y el Arte. 1. *Lo apolíneo y lo dionisiaco*. 2. *El Arte del Derecho y el Derecho del Arte*. 3. *El Derecho y el Arte en la Historia* - III. Desde el Derecho y el Arte a la interdisciplinariedad y la cultura en su conjunto

I. Don Guillermo Ortiz de Guinea y el motivo de esta Jornada

I. Cuando propusimos que el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario homenajeara a don Guillermo Ortiz de Guinea, durante más de seis décadas Secretario Administrativo de la Institución, pensamos en aprovechar la línea vital que condujo a don Guillermo a comprender tan profundamente el Derecho y a tener tan grandes amigos juristas, no sólo personales, sino en el Derecho, como Eduardo Couture, Werner Goldschmidt, Roberto H. Brebbia, Angel B. Chávarri, etc., sin haber sido abogado.

A nuestro entender, don Guillermo recorrió el camino hacia el núcleo de lo jurídico partiendo del enfoque *artístico*. Arrancando desde el planteo estético encontró, como le agradecería decir a muchos griegos antiguos, la ética y el Derecho ⁽¹⁾. Tal vez no sin razón muchos griegos creyeron que lo bello es bueno en la unidad de lo real perfecto. No sin motivo Platón llegó a afirmar que la justicia es la "armonía" de las virtudes ⁽²⁾. Ortiz de Guinea

(*) Bases de la disertación del autor en la apertura de la Jornada "El Derecho y el Arte" en homenaje a Guillermo Ortiz de Guinea organizada por el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario.

En 1995 el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica realizó una reunión sobre "El arte en el Derecho" organizada en homenaje a Guillermo Ortiz de Guinea, que contó con una importante disertación del homenajeado.

(**) Presidente del Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario. Investigador del CONICET.

(1) Las publicaciones y la actividad profesional de Ortiz de Guinea como martillero revelan, en especial, significativas conexiones con el Arte.

(2) PLATON, "República", trad. Antonio Camarero, Bs. As., Eudeba, 1963, esp. Libro IX, págs. 467 y ss. (No obstante, en tensión con el tema de esta Jornada v. el Libro X).

recorrió una senda que los juristas cabales deben caminar en sentido inverso: desde el Derecho a la estética y al Arte. En uno y otro rumbo, se trata de vincular el mundo jurídico con el conjunto del mundo de la cultura y con la vida toda.

2. Entre las características de la personalidad de Ortiz de Guinea más vinculadas a su inserción artística cabe referir, por ejemplo, sus destacadas calidades de gentileza, buen humor y elegancia.

La *gentileza* se refiere no sólo a la cortesía, sino a la calidad de ser “gente”, de poseer “don de gente”, que significa que la humanidad se reconoce a sí misma ⁽³⁾. El *buen humor* refleja a la vez una buena composición interna y el amor suficiente para penetrar en el mundo y superar sus imperfecciones, en un gesto último de indulgencia. El humor de Ortiz de Guinea le servía para reconocer las disonancias del universo mas también para recomponer la armonía de la vida y reconocer el cosmos. La *elegancia* se vincula no sólo con el buen gusto, sino con la capacidad de elegir, de escoger, que corresponde a una adhesión última a los valores, en la belleza, pero más allá de ella ⁽⁴⁾.

Para el Instituto de Estudios Interdisciplinarios, la figura de Ortiz de Guinea es una invitación permanente a considerar que quien sólo “sabe” Derecho no sabe siquiera Derecho.

II. El Derecho y el Arte

1. Lo apolíneo y lo dionisiaco

3. No cabe ignorar las diversidades entre el Derecho y el Arte, sobre todo por el sentido fuerte de realidad fáctica presente en el primero, pero son muchas las *semejanzas* y las *vinculaciones* a señalar.

El Derecho y el Arte están muy vinculados por la común tensión entre lo *apolíneo*, más apegado a la forma y a la coherencia, y lo *dionisiaco*, más referido a la materia y a la vida en su impulso, que en última instancia se presenta en la cultura toda ⁽⁵⁾.

En el Arte la tensión entre lo apolíneo y lo dionisiaco se evidencia por ejemplo en las tendencias permanentes a lo “*clásico*” y lo “*barroco*” en sus sentidos genéricos ⁽⁶⁾, oposición presente v. gr. en el conflicto entre la Ilustración y el Romanticismo. En el Derecho la tensión

(3) En relación con la etimología de la palabra, v. por ej. COROMINAS, Joan con la colaboración de PASCUAL, José A., “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. III, 1980, págs. 144/5 (“gente”).

(4) Es posible v. por ej. id., t. II, 1980, pág. 551 (“elegante”).

(5) V. en relación con el tema NIETZSCHE, “El origen de la tragedia”, trad. Eduardo Ovejero Mauri, 6ª. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1975, págs. 23 y ss.

(6) Acerca del barroco y de su comprensión como constante histórica v. por ej. d'ORS, Eugenio, “Barroco”, en GONZALEZ PORTO-BOMPIANI, “Diccionario Literario”, 2ª. ed., Barcelona, Montaner y Simón, t. I, 1967, págs. 54 y ss., en especial pág. 58; también cabe recordar v. gr. ORTEGA Y GASSET, José, “La deshumanización del arte y otros ensayos de estética”, 1ª ed. en la colección Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985, págs. 175 y ss.

se exhibe de modo notorio en la diferencia entre las *normas* y su "lógica" y la *realidad social* y sus orientaciones incluso desbordantes. Puede decirse, con el sentido de una ejemplificación, que la "codificación" es más "apolínea", en tanto la costumbre es más "dionisiaca". La superación de la tensión entre lo apolíneo y lo dionisiaco en el Arte se busca en la realización de la *belleza*; en el Derecho mediante la satisfacción de la *justicia* ⁽⁷⁾.

2. El Arte del Derecho y el Derecho del Arte

4. Desde hace siglos se repite, señalando una importante perspectiva real, la idea de Celso y de Ulpiano según la cual el Derecho, en el que se cultiva la justicia, es el *arte de lo bueno y lo equitativo* ⁽⁸⁾.

Gracias a la superación de los modelos jurídicos afines a la escuela de la exégesis, hoy se sabe que la lógica utilizada en el Derecho está lejos de ser la del frío silogismo y se valora el "arte" de la *argumentación* ⁽⁹⁾.

En base a las magníficas enseñanzas de Goldschmidt acerca de la justicia, como valor supremo del Derecho, cabe señalar que en las valoraciones ésta se "descubre", también podría decirse se "construye", a la luz de un *sentimiento racional*, un sentimiento que reacciona a razones ⁽¹⁰⁾. Esta es otra perspectiva en que se advierte la afinidad del Derecho con el Arte, tan signado por el complejo del sentimiento y la razón ⁽¹¹⁾.

El Arte es en gran medida *creación* y el Derecho posee múltiples aspectos creativos y tiene entre sus principales "objetos repartideros" (que merecen ser repartidos) la promoción de la creación y la superación de la rutina ⁽¹²⁾.

(7) Respecto de las dimensiones del mundo jurídico v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; REALE, Miguel, "Teoría Tridimensional do Direito", 4ª. ed., San Pablo, Saraiva, 1986.

(8) "Parte Primera del Digesto, ó sea Pandectas del Derecho Corregido y Sacado de todo el Antiguo Derecho por orden del Sacratísimo Principe Nuestro Señor Justiniano", Libro I, Título I, 1, en "Cuerpo del Derecho Civil ó sea Digesto, Código, Novelas é Instituta de Justiniano" publicado por Manuel Gómez Marín y Pascual Gil y Gómez, Madrid, Vicente, t. I, 1872, pág. 31.

Acerca del tema en general puede v. por ej. nuestra "Comprensión justilosófica del "Martín Fierro"", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; también, v. gr. diversos estudios de "Filosofía, Literatura y Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

(9) Respecto a la relación entre la teoría de la argumentación y la literatura, v. por ej. FUMAROLI, Marc, "Théorie de l'argumentation et invention littéraire", en HAARSCHER, Guy (rec.), "Chaim Perelman et la pensée contemporaine", Bruselas, Bruylant, 1993, págs. 309 y ss.

A nuestro entender, la interpretación artística, que es "re-creativa", se diferencia de la interpretación que corresponde en el Derecho, en la cual, para dejar evidenciados siempre a los protagonistas, conviene una interpretación "leal" a la auténtica voluntad de los autores de las normas y dejar espacio luego a la producción de carencias y a la elaboración.

(10) GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 396 / 7.

(11) En relación con el tema, desde la perspectiva ciencia-arte, cabe c. por ej. ECO, Umberto, "La definición del arte", trad. Ed. Martínez Roca, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985.

(12) En cuanto a la discusión sobre la "creatividad" en el arte cabe v. por ej. ADORNO, Theodor W., "Minima moralia", trad. Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Taurus, 1987, págs. 227 y ss. (145).

La tensa relación entre *Derecho Positivo* y *Derecho Natural* se muestra de manera reiterada, v. gr., en la protesta de "*Antígona*" y está en la denuncia del idealismo sin contacto con la realidad con la que Cervantes indicó uno de los caracteres particularmente intensos en su pueblo y una de las posibles derivaciones universales de la condición humana en el "*Quijote*" ⁽¹⁸⁾.

Muchas veces las obras artísticas son denuncias con miras al *desfraccionamiento* de la justicia en las ramas jurídicas, que el Derecho termina recibiendo, como sucede en el ámbito contractual con la interpretación predominante de "*El Mercader de Venecia*" y en el terreno familiar con "*Ana Karénina*".

3. El Derecho y el Arte en la Historia

6. El Derecho y el Arte pueden resultar más o menos sometidos o libres de otras manifestaciones de la cultura y más o menos vinculados entre sí. En la Edad Media el Derecho y el Arte estuvieron sometidos a la Religión y a la Teología y hoy dependen en gran medida de la Economía. En cambio, tuvieron su hora de oro en la *antropocéntrica* modernidad, que abarca la Edad Moderna propiamente dicha y la Edad Contemporánea.

Toda la Historia sería terreno fructífero para mostrar las relaciones entre los dos ámbitos. Como ello excede los límites de esta exposición, tomamos como referencias los rasgos principales de la vinculación en la *modernidad* y en la *postmodernidad* ⁽¹⁹⁾.

7. Casi a comienzos de la *modernidad*, coetánea del desenvolvimiento del capitalismo mercantil, se inventó la *impresión* de tipos móviles (1440) y la gran innovación tecnoló-

(18) Pueden v. nuestros estudios "Notas para la comprensión jusfilosófica de 'Antígona' de Sófocles" en "Boletín ..." cit., Nº 2, págs. 29 y ss. y "Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote", en "Boletín ..." cit., Nº 9, págs. 19 y ss. Respecto al reconocimiento del arte como frecuente protesta contra la injusticia es posible v. por ej. HAUSER, op. cit., pág. 153.

(19) En relación con la Historia del Derecho "continental" pueden v. nuestras "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, esp. págs. 81 y ss.

Acerca de la época actual de la llamada "postmodernidad" es posible v. por ej. nuestro artículo "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín ..." cit., Nº 19, págs. 9 y ss.; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, "Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación y Docencia", Nº 21, págs. 67 y ss. Puede c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, "La condición postmoderna", trad. Mariano Antón Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Postmodernidad y Derecho", Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, "El fin de la modernidad", trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, "Critique de la modernité", Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, "Contra el Postmodernismo", trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven Kellner, Douglas, "Postmodern Theory - Critical Interrogations", Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., "Technology Time and the Conversations of Modernity", Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, "Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History", Cambridge, University Press, 1994; AUDI, Robert (ed.), "The Cambridge Dictionary of Philosophy", Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, "Postmodern", págs. 634/5. Asimismo es posible c., v. gr., HABEL, Marc, "Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, "El hombre light", 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Además, v. por ej. GHERSI, Carlos Alberto, "La posmodernidad jurídica" (dos partes).

gica produjo profundos impactos en el Arte y en el Derecho. La imprenta desarrolló las posibilidades del libro y promovió la alfabetización y la capacidad de abstracción que acompaña a la escritura. Merced a ello la *literatura* alcanzó insospechados despliegues y se desarrollaron al fin las posibilidades de abstracción de la *música* ⁽²⁰⁾. El desenvolvimiento de las literaturas nacionales es uno de los aportes a la formación del *Estado moderno* y al fin del Estado nacional. La *codificación*, que se impuso a comienzos de la Edad Contemporánea en la cultura jurídica romano-germánica, es una muestra del triunfo del sentido del "libro" de la modernidad.

Ya desarrollada la Edad Contemporánea, en la primera década del siglo que concluye, el arte fue marco de la aparición del sentido de abstracción del *cubismo*, y en correlación con él a comienzos de la década siguiente la cultura jurídica recibió el esfuerzo de abstracción de la llamada "*teoría pura*" del Derecho fundada por Kelsen.

Sin embargo el control de nuevas fuentes de energía y tal vez sobre todo la posibilidad del control de la electricidad, tendrían fuerte impacto en la cultura toda, que se fue haciendo más "*difusa*" ⁽²¹⁾. A fines del siglo XIX, con la invención de la compleja producción técnica y capitalista que es el *cine*, la época "contemporánea" produjo otro enorme impacto en el terreno artístico que proyectaría su sentido de *concreción* y promovería el derrumbe de la referencia general a lo abstracto en todo el ámbito cultural, incluso en el Derecho.

8. En la llamada "postmodernidad", surgida en nuestro tiempo del capitalismo avanzado, para muchos en relación con la crisis de los estilos tradicionales de la música (Cage), la danza (Cunningham), la arquitectura (Venturi y Johnson) y la novela (Burroughs), el Arte y el Derecho poseen rasgos comunes diferentes de los de la modernidad ⁽²²⁾.

La postmodernidad se caracteriza por *diversidades de superficie* y un abrumador predominio profundo de lo *económico* en toda la cultura. El hombre, que en la modernidad llegó a ser un "sujeto fuerte", protagonista de la historia por título propio, es ahora más considerado un "*débil*" producto social ⁽²³⁾.

(20) En cuanto a la influencia de la imprenta en el arte v. por ej. BENJAMIN, Walter: "El Narrador", en "Sobre el programa de la filosofía futura", trad. Monte Avila Editores, trad. Roberto J. Vernengo, 1ª. ed. en Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, 1986, págs. 192 y ss.

(21) En relación con la influencia de la electricidad, v. por ej. MAUCLAIR, Camilo, "La religión de la música", trad. J. B. Thomas, Bs. As., Tor, 1942, págs. 30 y ss.

(22) V. por ej. BEST-KELLNER, op. cit., págs. 124 y ss.

(23) Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, "La era del vacío", trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendants, 8ª. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., "Minima moralia "Reflexiones desde la vida dañada", trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea - Taurus Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, "El hombre unidimensional", trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968.

A diferencia de la modernidad, influida por el libro y luego por el periódico, la postmodernidad -preanunciada por la radio- es en mucho producto de la televisión. En la postmodernidad ya no predomina la referencia a grandes artistas, generadores de obras maestras, y avanza el sentido del *espectáculo*, signado por las remisiones a la vida cotidiana, por la participación y el azar y al fin por el sentido de la cultura comercial ⁽²⁴⁾. Todo lo que se transmite parece responder a un gran desorden, aunque en lo profundo sirve a la búsqueda de la máxima utilidad y el mayor lucro posibles. Los hombres aislados, mirando televisión y utilizando la computación plasmada al fin en una red de individualidades vinculadas a máquinas, son muestras nítidas del sentido de la postmodernidad ⁽²⁵⁾.

A semejanza del arte, que al fin se construye siempre en "microsistemas" y signa a la cultura actual, la juridicidad de nuestro tiempo está signada por la "*descodificación*" ⁽²⁶⁾ y también por el recurso a microsistemas ⁽²⁷⁾. El tiempo postmoderno, del espectáculo y de la computación con alcances planetarios, pone en crisis a lo "público" y promueve la *privatización*, la contractualización generalizada y su crisis profunda, lleva a la marginación de los Estados modernos y debilita la participación democrática ⁽²⁸⁾.

El Derecho y el Arte son capítulos hondamente relacionados del gran libro de la cultura y la vida todas.

III. Desde el Derecho y el Arte a la interdisciplinariedad y la cultura en su conjunto

9. El testimonio de vida de don Guillermo Ortiz de Guinea nos permite decir que, como lo hace nuestro Instituto a través de la interdisciplinariedad, el Derecho debe integrarse con el Arte y con todas las otras manifestaciones de la Cultura. Para ser un jurista cabal hay que ser un hombre pleno ...

(24) V. por ej. BEST-KELLNER, op. cit., págs. 82 y ss.

(25) En relación con el impacto tecnológico y en particular respecto de la televisión, puede v. por ej. McLUHAN, Marshall, "Guerra y paz en la aldea global", trad. José Méndez Herrera, 1ª. ed. en Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985, págs. 7 y ss.

(26) Cabe tener en cuenta v. gr. IRTI, Natalino, "L'età della decodificazione", Giuffrè, 1979.

(27) C. v. gr. NICOLAU, Noemí Lidia, "La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado", en "Trabajos del Centro", N° 2, págs. 79 y ss. Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "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.

(28) En relación con el tema pueden v. PIJOAN, "Historia del Arte", 6ª. ed., Barcelona, Salvat, 1961; HAUSER, Arnold, "Historia social de la literatura y del arte", trad. A. Tovar - F. P. Varas-Reyes, 18ª. ed., Barcelona, Labor, 1983; WEBER, Alfred, "Historia de la cultura", trad. Luis Recaséns Siches, 1ª. ed. arg., México-Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1980; en cuanto a la crítica del arte contemporáneo es posible c. por ej., SCHURÉ, Eduardo, "Historia del drama musical", 2ª. ed., Bs. As., Schapire, 1945. Asimismo es posible c. nuestras "Notas justilógicas sobre las raíces populares de la cultura y las 'letras' de los tangos 'Sus ojos se cerraron' y 'Cambalache'", en "Boletín ..." cit., N° 6, págs. 17 y ss.

En el horizonte de las ramas jurídicas, a semejanza del Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho de la Educación, etc., hay que desarrollar el *Derecho del Arte* como una perspectiva enriquecedora de los enfoques tradicionales.

EL DERECHO DE AUTOR EN LA OBRA ARTISTICA

Noemí Lidia NICOLAU(*)

1. Entre el derecho y el arte hay establecida una relación profunda y proficua desde muy antiguo, no sólo porque el derecho, además de ciencia y técnica, es también arte, sino porque, tanto uno como otro, son calificadas expresiones del quehacer social del hombre.

Pero esa vinculación tiene una manifestación todavía más concreta en el ámbito de los derechos intelectuales, especialmente dedicado a pensar los problemas y las soluciones de los conflictos de intereses en torno al mundo artístico y científico.

El que se ocupa de esa problemática es el Derecho privado, preferentemente el Derecho civil. En el futuro han de ser los civilistas quienes, preocupados como están por la protección de los débiles jurídicos, encuentren un renovado sistema protectorio para la gran mayoría de los artistas, verdaderos débiles jurídicos de este tiempo. Deberán asumir el desafío de repensar las cuestiones troncales de los derechos intelectuales.

Decimos que los artistas, como los científicos y los demás intelectuales, son generalmente débiles. Aunque admitimos que hay cierto “poder del artista” ⁽¹⁾, que a nuestro entender emana de la fuerza de su obra y del mensaje que brinda, que en definitiva emana del valor belleza, ese poder no es suficiente para fortalecerlo en sus relaciones jurídicas en el ámbito del mercado del arte. Frecuentemente los auténticos artistas no conocen los manejos del marketing ni de la utilidad.

Es por eso que en materia de derecho de autor es necesario comprender la realidad actual y captarla con normas adecuadas para recobrar el respeto a la dignidad del trabajo del artista, así como urge en la sociedad global el reconocimiento de la dignidad de todo trabajo humano.

2. Si bien los orígenes más remotos del reconocimiento del derecho de autor se remontan al siglo XVIII, más precisamente a 1710 cuando la Reina Ana de Inglaterra reco-

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

(1) Ver al respecto la disertación del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldaní publicada en este mismo número.

noció el copyright, es recién a fines del siglo pasado y principios del presente cuando comienza a desarrollarse con fuerza a nivel nacional e internacional la protección jurídica del trabajo intelectual.

Precisamente en ese marco y en ese tiempo, nuestro país dictó la conocida ley Nº 11.723 que, “aggiornada” de tanto en tanto, continúa vigente. Es indiscutible que la misma contenía una normativa satisfactoria cuando se promulgó en 1933. Desde el punto de vista artístico regula la protección de la obra literaria, pictórica, escultórica, musical, fotográfica, cinematográfica y también tipifica el contrato de edición, representación e interpretación de obras.

Durante años pareció que todo estaba ordenado y que los artistas, y en general los intelectuales, quedaban suficientemente protegidos en relación a la autoría y explotación comercial de su obra. Pero han transcurrido casi siete décadas y la ley exhibe ahora carencias normativas y dikelógicas, originadas la mayoría de ellas en el desarrollo científico-tecnológico. El derecho de autor, como el mundo jurídico todo, enfrenta hoy la crisis de la postmodernidad y ello puede comprobarse observando algunas cuestiones en particular.

Por ejemplo, en la actualidad la obra artística con frecuencia es el fruto de una excesiva colaboración. El mercado, que crea y destruye mitos a discreción, apoyado en el marketing y la publicidad, exige un ritmo vertiginoso de trabajo para exhibir novedades por lo cual los creadores inauténticos, aquellos que se entregan a la fuerza del mercado, deben apoyarse excesivamente en el trabajo múltiple de colaboradores generalmente anónimos, que en muchas ocasiones resultan ser los verdaderos autores. Respecto de éstos últimos es insuficiente la regulación de “la colaboración” en la ley Nº 11.723 (arts. 16 a 26).

En materia de colaboración, pero en otro orden, la insuficiencia normativa se advierte también en relación al creativo publicitario, sector al que pertenece un legión de artistas jóvenes y talentosos, que no tienen suficiente protección en cuanto a la explotación comercial de su trabajo.

Asimismo, respecto de la colaboración en la obra cinematográfica aparece otra carencia dikelógica, pues el artículo 20 de la ley sólo considera los derechos del autor del argumento y del productor de la película, ignorando al director, que en la mayoría de los casos, al menos en la actualidad, es el verdadero hacedor de la creación cinematográfica ⁽²⁾.

Otra cuestión es la reproducción incontrolable de la obra artística que acarrea enormes perjuicios económicos al autor y al editor. Se trata de uno de los problemas más graves y de mayor dificultad en cuanto a su solución, aun a nivel internacional. Se reproduce vertiginosamente tanto la obra literaria, como la pictórica o musical, utilizando métodos sencillos o sofisticados, desde la simple fotocopia hasta el scanner o la red de redes. Quizás uno de los mayores desafíos a la imaginación sea abandonar la prohi-

(2) En este aspecto hay que destacar que al menos se observa una preocupación concreta por reformar la norma, pues existe un proyecto de ley que tuvo estado parlamentario.

bición de la reproducción y organizar un modo alternativo de retribución a los titulares del derecho intelectual.

Sucede que no puede evitarse que la obra circule a gran velocidad y casi de manera virtual. Tiene posibilidades de estar en el mismo momento en todas partes y sin embargo parece no estar en ninguna. El trabajo que el artista incorporó a Internet puede ser que esté en todas partes pero no esté materialmente en ninguna. Los sistemas tradicionales de control no satisfacen.

Otro punto a considerar es que la ley Nº 11.723 no prevé que el artista de este tiempo realiza su obra casi siempre merced a una relación laboral que supone subordinación jurídica y económica que, en muchos casos, lo perjudican grandemente. Podrá decirse que también en el Renacimiento y en todos los tiempos el artista estuvo subordinado a mecenas, sin embargo, hay que reconocer que si bien ese vínculo peculiar sufría las vicisitudes propias de todas las relaciones humanas, no puede asemejarse a la relación laboral, dadas las características propias de esta última. Urge, por tanto, resolver la cuestión para lo cual habrá que considerar de manera especial el régimen adoptado por la Ley de patentes, por tratarse precisamente de un caso análogo ubicado en el mismo sector de los derechos intelectuales.

Continuando en esta puntualización de cuestiones pendientes, hay que interrogarse en qué medida interesa al artista postmoderno la protección que el registro brindó tradicionalmente a la obra, si tan poco le importa la perdurabilidad de la misma. La idea de registro contrasta con el arte perecedero, por ejemplo, con el denominado "arte del cuerpo", "arte de lo efímero", "arte de la idea", "espacio ambiente", etc.

Como es sabido en ese tipo de arte la obra se extingue y es substituida por fotografía y video. En consecuencia, la registración de esa obra es contradictoria, porque el art. 57 de la ley indica que debe depositarse una fotografía o croquis del original, pero suponiendo que al tiempo de la registración el original existe y puede ser perfectamente identificado. En cambio, en la obra de arte efímero lo único que sobrevive es el registro, pues el original perece. Parece, por tanto, que el supuesto de hecho previsto en la norma legal no es de ninguna manera el que ofrece la realidad de esa especie de arte y en una próxima reforma deberá ser tenido en cuenta.

Finalmente queremos señalar que a la par del arte de vanguardia subsiste otra realidad que la ley Nº 11.723 no consideró nunca en toda su magnitud. Nos referimos al arte del pueblo, de los autores no reconocidos, de las gentes simples que cultivan generalmente el folklore, y son sus principales hacedores. Sabido es que muchas obras clásicas y famosas, especialmente musicales, se han inspirado en ese arte.

La obra de esos ignotos artistas populares por diversas vías logra acceder al Registro Nacional de Derecho de Autor y, casi sin excepción, se registra como inédito, de acuerdo a lo previsto en el art. 62 de la ley. En estos casos se plantea con frecuencia una cuestión que debería repensarse, toda vez que se ordena la destrucción de la obra registrada ante la falta de renovación periódica del registro. Nos parece que no se trata sólo de la protección de un derecho individual, que podría depender de la iniciativa de su titular, sino de la

conservación del acervo cultural del país. Creemos que debiera procurarse de alguna manera el rescate y preservación de una masa importante de obra inédita.

3. Por último, sólo nos resta propiciar un trabajo jurídico creativo en favor de los creativos del arte.

LA LIBERTAD EN EL DERECHO A LA EXPRESIÓN

Florencia LO CELSO (*)

Partiendo del concepto que todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y a la libertad de opinión y expresión, centraré el tema en el concepto básico de libertad.

Comienza desde el mismo momento en que nacemos, cuando el llanto y el gorgjeo son los primeros indicios del decir y la ejercitamos mientras crecemos, unida a la voluntad del bien común.

Aprendemos a reír, a caminar, a descubrir, a sentir el placer de los pequeños logros. Nos expresamos con la música que escuchamos, con la palabra que nos connota este mundo y vamos acompañando con nuestro cuerpo aquello que desde adentro nos convoca.

Es allí que la libertad y la expresión comulgan entre sí como deleite y placer. Como descubrimiento del otro y del nosotros. Y ¿cómo insertar esto que vamos integrando a nuestro mundo con la libertad en el derecho a la expresión? Partiendo del conocimiento. Ambos son necesarios para existir, de lo contrario, cambiarían su contenido de ser por otro. Pero hay maneras de existir que cohabitan sin ser iguales.

El autor existe en el libro y es el que expresa su mundo filosófico, histórico, político o de ficción con el lector. Es un diálogo íntimo, donde no existen los siglos ni los tiempos desdoblados. Ambos ejercitan la libertad. El que la expresa y el que la imagina o la interpreta. No hay mejor expresión de libertad. Pero cuando ésta se ejercita, no a través de un libro sino de una revista, diarios, o cualquier forma de expresión escrita, cambia el contexto, y esto nos obliga como lectores a situarnos. Es una libertad más restringida a otros intereses velados o elocuentes. Como se dice, una libertad de prensa condicionada a la libertad de empresa o, en otras palabras, la información orientada en determinado sentido.

Y aquí entra otro aspecto importantísimo: cómo el receptor, lector, oyente, espectador, conjuga las palabras que juegan en su mente. Cómo las coloca y la sostiene y luego en el fuero íntimo de su libertad las relaciona con su ser en el mundo. O sea, educar para que el otro no sea un mero consumidor. No se trata de no leer determinados autores, apagar la TV o la radio. Se trata de oír y analizar en lugar de escuchar sonidos. Se trata de descubrir el mensaje y desestructurar lo que el manipulador pretende introducirnos. Se trata de

(*) Ex Subsecretaria de Cultura de la Provincia de Santa Fe.

ejercer como se debe, en una sociedad democrática, la libertad basada en el real y auténtico respeto de los otros. Y la libertad se ejerce a través de lo que conocemos, de lo que aprendemos; y sin un basamento cultural que nos identifique, es imposible ejercerla.

Por todo lo expuesto, en mi concepto la definición más acertada es la que establece por cultura los modos de vida de las personas, sus maneras de ser y de actuar, las instituciones que crea, los instrumentos que fabrica, los conocimientos que conquista, los símbolos con que se expresa, las pautas de conducta y los valores que los orientan. Y aquí el Derecho tiene la última palabra.

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA PINTURA Y EL DERECHO

Prof. Miguel BALLESTEROS (*)

Asistí a la última parte de la reunión y escuché una exposición relativa a “Ficciones” en la literatura con ejemplos de Borges y Adolfo Bioy Casares, la robótica y el Derecho, y otras consideraciones muy bien expuestas.

A continuación, el Dr. Ciuro Caldani me solicitó apreciaciones relativas al arte y en pleno diálogo con los integrantes de las Jornadas, se habló en principio sobre las ficciones y la importancia de esa palabra en el período medieval en el norte de Europa, donde estas fueron parte de un hecho subreal y alquímico, donde la representación simbólica de diferentes artistas como Jerónimo, “El Bosco” Brueghel padre e hijo, por citar algunos, establecieron significaciones trascendentales que superaron esa época y quedaron como arquetipos de conceptos que plásticamente nunca fueron superados en calidad y cantidad. Basta observar “El Triunfo de la Muerte” de Brueghel donde el autor en una obra de 170 x 120 cm. establece todo un mundo mágico de las realidades humanas. También se habló del artista alemán Durero y del mágico Archimboldo, quien a través de objetos comunes: frutas y verduras de todo calibre, zanahorias, manzanas, peras, higos, y también en algunas pinturas: libros, figuras humanas y plena magia y esplendor que acompañan al magnífico período romántico tardío: verticales y arcos de medio punto, y la belleza del gótico como manifestación de belleza edilicia.

El profesor Ciuro Caldani replantea la idea de si la pintura de artistas, o de períodos anteriores, es mejor o no a la actual.

Allí se expusieron ejemplos de la obra de Velázquez, especialmente “Las Meninas”, y se analizaron aspectos de la misma:

Su estructura

- b) Los aspectos compositos
- c) La importancia que tienen las miradas de los personajes.
- d) Y, fundamentalmente, que en esta obra aparece por primera vez en la pintura la perspectiva atmosférica.

(*) Director del Museo Castagnino de Rosario

La perspectiva “atmosférica” de Velázquez y la construcción por Bruneleschi de la cúpula de San Pedro y el Duomo de Florencia, paralelismo entre ambas situaciones.

Este problema ya había sido tratado en las Jornadas.

Asimismo se consideró el concepto de la palabra “cultura” de origen “agrario” y las acepciones de “sociedad”, de procedencia urbana.

La inmigración europea que pobló a Argentina y la incorporación de culturas que enriquecieron y fundaron nuestro país que, a diferencia de civilizaciones anteriores a 1800, como los específicos ejemplos de Perú y Méjico, vinieron a Argentina a realizar un país grande y próspero: las pequeñas reuniones de familias de trabajadores, dieron lugar a pequeñas poblaciones, pueblas y ciudades.

También se habló de la institucionalización: la creación de clubes, colegios, cines, parroquias, universidades, que reunieron a gentes de distintos orígenes y conformaron actitudes civilizadoras.

Condiciones en Argentina para el ejercicio del arte actual, consideraciones referidas a la cultura en general y en particular.

FILOSOFIA Y ARTE

Ariel ALVAREZ GARDIOL (*)

He querido traer a estas Jornadas programadas por el Instituto de Estudios Interdisciplinarios del Colegio de Abogados, en homenaje al inolvidable Guillermo Ortiz de Guínea, quien me honra con su amistad una breve comunicación que sustituya mi presencia, en razón de un viaje impostergable fuera de la ciudad.

He querido vincular el arte con la filosofía que es mi grávida preocupación desde hace largos años. De arte sólo poseo -y poco- alguna actitud admirativa de contemplación. Tengo aquí la riqueza y la pobreza del ignaro. De filosofía mucho menos, por ser un territorio de una anchura inconmensurable y del cual he transitado solo una parte y pequeña del país develado por el hombre. Me queda la imposible tarea de ahondarlo y recorrerlo en su totalidad para aspirar algún día -quién sabe si luego- a intentar desbrozar lo desconocido.

He elegido en esta aproximación, la idea del arte en Aristóteles, una de las cumbres más altas del pensamiento helénico y que se vislumbra desde lejos en el pensamiento de la humanidad.

Quisiera tener para ello, la elocuencia de Demóstenes, quisiera tener el colorido de la paleta de Apeles para hacer brotar ante Uds. la pureza del raciocinio del maestro de Estagira. Quisiera tener la belleza del dialogo platónico adoctrinando a sus discípulos en los jardines de Academus para que mis frases tuvieran el peso de una elegía o de un himno de Píndaro cantando al majestuoso relieve de Minerva. Quisiera tener todo eso, pero tengo solo mis pocas palabras y mis pocas ideas que entregaré a Uds. humildemente.

Hemos oído hablar muchas veces del milagro griego. Julián Marías, por ejemplo, con autorizadísima versación ha afirmado que en Grecia el saber, la filosofía, el conocimiento, emergen con una verdadera pureza virginal de la situación concreta del hombre, por no tener a sus espaldas ninguna tradición filosófica. Respetamos y hemos seguido muchas veces al maestro español, pero en este aspecto, si bien coincidimos en esa estereotipada frase del milagro griego, entendiéndola como una verdadera época heroica de la ciencia, no podemos aceptar esa pretendida virginalidad que le atribuye Julián Marías.

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

Creemos en el milagro tal vez mucho por sus consecuencias prodigiosas que por el hecho de representar una creación de la nada, sin vinculaciones con las culturas que habían procedido a la Hélade entre los pueblos orientales.

Sin duda que Marías no está solo en esta afirmación, ya que son muchos los que han sostenido la absoluta originalidad de la cultura helénica -lo que hace a su genialidad- negando que Grecia tuviera deuda con otras civilizaciones en los múltiples campos de su poliédrica creación.

Creemos entonces en la explosiva genialidad de esta época heroica de la ciencia, solo igualada por el Renacimiento, pero así como el Renacimiento tiene a sus espaldas toda la formidable herencia del pensamiento medieval y del cristianismo, Grecia, aun inaugurando una ciencia naciente, tiene un denso prehelenismo que ha sido descubierto no hace mas de cien años.

Se nos han agregado, a través de fecundas investigaciones arqueológicas con copiosos detalles, la importancia de una civilización pre-helénica o minoico micénica (Creta, Micenas, Corinto) con vinculaciones asiáticas y egipcias, se nos ha demostrado la influencia en el Egeo de civilizaciones conocidas como la egipcia, babilónica, fenicia, iránica, lidia y frigia, con otras, antes desconocidas, como la sumeria y la hitita y a través de ellas, se han podido detectar las vinculaciones directas e indirectas con estas culturas en el pensamiento griego.

Fijense Uds. que no es casual que los primeros pasos de esa formidable civilización helénica hayan sido dados en las colonias del Asia Menor donde había un contacto mucho más directo con esas civilizaciones orientales. En las colonias nació la literatura griega, la epopeya homérica, los mitos de los dioses y los héroes. Hasta los instrumentos musicales como la cítara y la flauta que acompañaban el canto del poeta muestran por su nombre su origen pre-helénico.

Ello nos lleva a concluir en nuestra afirmación primera. Creación colosal, época verdaderamente heroica, genuino milagro de conjunción y de sabiduría, pero no creación de la nada.

Pero esto no es poco. Es enorme. No en vano decía Horacio que aun cuando los romanos habían conquistado militarmente a Grecia, esta había conquistado a su inculto vencedor y le había regalado el don incomparable de sus artes.

Los griegos crearon -y ésta sí es una creación pura- el ideal de la cultura humana, esa cultura que es libertad y claridad de espíritu, armónica unidad de forma y contenido, de elemento sensible e intelectual, de naturaleza y espíritu, plástica serenidad y sentimiento de la medida y de la proporción, sano y puro objetivismo y esto, tanto en sus costumbres como en sus constituciones, en el arte como en la religión, en la moral y en la metafísica.

De esta época heroica, donde los niveles de feracidad intelectual y estética fueron muy pocas veces sobrepasados, queremos rescatar algunos pensamientos de Aristóteles sobre el arte.

Aristóteles, tal vez la cumbre más alta de esta colosal generación, nació en Estagira -que creemos no produjo otra cosa que la historia mereciera recoger- en el corazón de la Provincia en alguna parte de Tracia. No es entonces Aristóteles, a diferencia de su maestro Platón, ateniense. Pero es a Atenas donde es enviado a su pedido por su familia, por cierto luego de consultar al oráculo que indicó que debía estudiar filosofía. (Tantas veces nos preguntamos en los acontecimientos históricos trascendentes, como algunos aparecen signados por la casualidad y el azar).

Si Marx y Engels no se hubiesen conocido de casualidad, el Manifiesto Comunista como tal, no habría sido o por lo menos no habría tenido el contenido que tuvo. Y piensan Uds., ¿cómo podría haber variado la historia de la humanidad estos últimos cien años? ¿Alguien podría predecir cómo se habría desarrollado la cultura de Occidente, si el oráculo en vez de contestar lo que dicen contestó, hubiese indicado que Aristóteles siguiera la profesión de su padre; médico y farmacólogo?

Hay una frase que se atribuye a Platón, casi una sentencia, que siempre me ha impresionado por sus formidables implicancias. Decía éste: Doy gracias a Dios por haberme hecho nacer hombre y no mujer, griego y no bárbaro, libre y no esclavo ... pero por sobre todo, doy gracias a Dios por haberme hecho nacer en la época de Sócrates.

Esta sentencia, más allá de la profunda admiración que ella revela por su Maestro y por la actitud de vejación que experimenta respecto del sexo femenino, contiene dos aspectos que estimo oportuno subrayar; la referencia al sentido del griego en oposición al del bárbaro y la idea de libertad.

La palabra griega “bárbaro” nada tiene que ver con su acepción moderna “Bárbaros, era quienes no hablaban griego, tanto fueran de una tribu salvaje de Tracia como de alguna civilización de una fastuosa ciudad oriental”. No tenía un sentido peyorativo, ya que muchos griegos admiraban el código moral de los persas y la sabiduría de los egipcios. Tenía un sentido diferencial ya que el hecho de no hablar el griego les daba una actitud distinta frente a la vida.

Tenían un sentido racial profundo que los diferenciaba. Y esto está también vinculado a las ideas de libertad y esclavitud contenidas en la sentencia, ya que la esclavitud, era asimilada a la extranjería, pero no meramente por el hecho de serlo, sino por la convicción que tenía de que su polis respetaba sus derechos, mientras que las comunidades extranjeras no lo hacían y convertían a sus súbditos en verdaderos esclavos. El griego era un miembro de la polis. El extranjero un súbdito del sistema. Esta era la diferencia entre libertad y esclavitud.

No obstante no haber desarrollado una teoría de las bellas artes, como lo hicieron muchos otros -Platón su maestro entre ellos- proporciona ideas fecundas con las cuales podría hoy intentarse su elaboración.

De todas las posibles acepciones del arte Aristóteles la define -tanto en la Ética Nicomaquea como en su Metafísica- como un “hábito productivo acompañado de razón verdadera”.

Por ser un hábito intelectual el arte no puede configurar solo una habilidad técnica. El arte es fundamentalmente la posesión de una forma inteligible, ya que del arte las cosas que están previamente en el alma, para ratificar una y otra vez, que el arte es forma.

Ese hábito intelectual -agrega el filósofo- es productivo, lo que lo ubica en el plano de lo contingente, concierne a la generación y resulta su finalidad la de traer a la existencia.

Esa contingencia es compartida también por la prudencia, pero no obstante, uno y otro hábito son irreductibles, y diciéndolo en palabras del Estagirita, la diferencia está entre el hacer y el obrar, cuyos fines difieren esencialmente. La acción moral, el obrar, tiene su finalidad en si misma, mientras que el hacer de la producción artística se endereza a una obra ulterior, a un producto.

Esta primera aproximación nos conecta ya con un tema, sobre el que luego volveremos, y que separa tajantemente el arte de la moral. En la acción moral debe haber un equilibrio entre la recta razón y el apetito recto. en el arte, la recta razón esta toda de parte del objeto y hacia el objeto, sin vínculo con su creador y con referencia a su índole moral.

Quedaría por explicitar el último elemento de su definición, la razón verdadera que lo examinaremos cuando tratemos el problema del arte y la imitación, aunque desde ya adelantamos que este ingrediente esta vinculado en Aristóteles al problema de la forma interior. En efecto, la falsa razón es no tener adecuada conciencia de la forma interior, ni de los materiales que deben ser empleados en la realización, lo que conduce todo a la negación del arte.

En Aristóteles se encuentra incipientemente esbozada la distinción entre artes útiles y bellas, diferencia que no habían insinuado los pensadores anteriores a Aristóteles, tal vez, porque ni es fácil la distinción entre belleza y utilidad, ni tampoco las mismas son excluyentes ya que hay artes como la arquitectura, donde encontramos ensamblados ambos criterios. La utilidad helénica no era limitada solo al campo del bienestar material y la evidencia de ello es que artes absolutamente inútiles -en ese sentido- como la poesía servían a los fines de la educación y particularmente la poesía trágica era un instrumento a través del cual podía lograrse la purificación psicológica y moral.

Lo que esta claramente dibujada en el pensamiento aristotélico, es la distinción entre artes útiles y liberales y si no perdemos de vista que en su pensamiento el arte es fundamentalmente actividad humana, tanto del creador como del espectador, la distinción deviene simple y clara.

Sin embargo, la división aristotélica, no coincide -por lo menos totalmente- con la que podríamos hacer con un criterio moderno. Para Aristóteles, son artes útiles aquellas de que puede derivarse un uso empleo o provecho, distinto o complementario de la mera contemplación del espectador. En este orden deberíamos incluir en la nómina a la escritura y a la gimnástica, por ejemplo. Artes liberales, serían sólo las que tienen por fin el pasatiempo contemplativo del hombre libre y su modelo inequívoco seria la música.

No dudamos que con nuestro concepto y sensibilidad actuales, podrá parecernos un, poco extraño que la distinción de las artes, o su mayor o menor dignidad provengan del placer

del espectador y no de la condición misma del acto de creación, pero entendemos que Aristóteles no habría sido consecuente con su sistema si lo hubiera expresado en otros términos ya que para él, la contemplación es siempre y en toda circunstancia el supremo valor y la contemplación estética deviene así un acto superior a la misma tarea creacionista del artista. No es entonces el artista que trabaja para otros y para su obra el valor superior sino el espectador que goza para sí, el patrón de la excelencia artística. Una vez más en Aristóteles, los actos immanentes son preferidos a los transitivos.

Dijimos hace un momento y ahora lo repetimos, que Aristóteles no desarrolló una verdadera teoría de las bellas artes. Sin embargo, su famosa Poética es un verdadero tratado que, con exclusión total de las artes útiles, atiende a casi todas las bellas artes o, por lo menos, a las que eran tenidas por tales en su tiempo. Un examen de esta obra, nos llevaría mucho más del tiempo que nos hemos impuesto, pero hay un tema, en ella desarrollado, directamente vinculado a lo que podríamos llamar una teoría general del arte que nos vemos tentado a analizar y es su famoso problema de la imitación, que tanta interpretación divergente ha suscitado.

Dice Aristóteles, en efecto, que todas las artes que incluye en su poética -la epopeya; la tragedia, la comedia, la poesía, la música, la danza- son todas y cada una imitaciones y que si difieren entre sí es por el medio, por los objetos y por el modo de la imitación. Toda imitación es sin duda imitación de algo y Aristóteles es muy claro, cuando dice que el arte imita a la naturaleza. Es claro que sin duda nuestro filósofo no habla de naturaleza con el sentido que podría hacerlo el hombre común lo que podría conducirnos a la misma negación del arte. Aquí la naturaleza tiene la precisa acepción que logra dentro de su sistema filosófico.

En efecto, si por naturaleza entiendiéramos la copia servil, el simulacro de los objetos reales tales como nos son dados al observador, el arte sería mucho menos de que podría sugerir la llamada música descriptiva o programática o la pintura naturalista.

La noción aristotélica de naturaleza es entendida como fuerza creadora como principio inmediato de todo movimiento en el universo, de allí que la naturaleza tenga en su sistema cierto carácter divino y en todo cuando hace, procede como un artista que ordena y plantea razonablemente y con arreglo a un fin el resultado de su obra.

El arte, el arte del hombre, debe obrar entonces como obra la naturaleza como fuerza creadora que adapta los medios y adecua los fines al resultado propuesto que no es otro que suscitar formas siempre nuevas en el conjunto del universo. Es en ese sentido que el arte imita a la naturaleza, como potencia creadora, renovadora, modificadora de la realidad.

La naturaleza es para el arte un modelo que el artista puede corregir sin transgredirlo en lo que tiene de esencial. Puede perfeccionar la naturaleza, puede volcar la forma de su alma. No puede violarla. Así ni el médico en su arte puede aplicar cualquier terapéutica a su fantasía, ni el arquitecto prescindir de las leyes físicas y mecánicas o a la resistencia de los materiales que emplea ni el político violentar la naturaleza racional del hombre que es la plástica con la que opera. Aquí vale la cita de Bacon:

“A la naturaleza la dominamos obedeciéndola. El arte es para con la naturaleza fidelidad y superación”.

Cuando con ese basamento epistemológico penetramos en el campo de las bellas artes -de las artes liberales aristotélicas- y siendo éstas el reflejo de la forma interior, es este mundo interior, la naturaleza imitable por el arte y no la naturaleza visible y es casualmente por ello que Aristóteles cree que la más imitativa de las bellas artes sea la música y no porque se esté refiriendo a lo que hoy llamaríamos música descriptiva, sino porque ella traduce, tal vez como ningún otra, los estados permanentes y transitorios del alma, sus virtudes y sus pasiones.

Sin embargo, pareciera que esta imitación, en la pobre traducción griega del término aristotélico, disminuye la fuerza creadora del arte, porque la circunstancia de que no imite un árbol o un río, pero sí una emoción sensible del alma, no deja de minimizar la tarea creacionista del artista. Y aquí se engancha el sentido imitativo del estagirita, afirmando que así como el artista puede imitar su mundo interior como es o como ha sido, puede también imitarlo como le parece que es aunque no lo sea y también como ésta debiera ser y no es, donde se amplía al infinito la gama de posibilidades creacionistas del artista.

Lejos entonces de estar limitado por una realidad empírica que circunda al artista, el arte tiene la posibilidad de explayarse en la creación de formas ideales, en la búsqueda insaciable de esa otra realidad más pura, mas alta, mas sublime que la que nos podría ofrecer la realidad experiencial de las cosas que nos envuelven. Aquí también el arte suple y mejora a la naturaleza. Esta solo podrá dar la realidad. Aquella sublimará lo real y entregará una representación imaginaria creadora. Esto explica porque para Aristóteles la poesía es cosa más excelente que la historia, porque ésta es meramente reproductiva, meramente descriptiva de acontecimientos sucedidos -o debiera serlo- y aquélla posee la libertad creadora del arte.

La total libertad del arte respecto de la naturaleza -y más concretamente de la naturaleza del hombre- no tiene en Aristóteles otra frontera que la propia constitución de la naturaleza humana. Todo lo posible y aun lo imposible dentro de las leyes de la física es admitido, pero no, lo que podría implicar una verdadera imposibilidad moral. La fuerza de Aquiles es físicamente imposible, porque no puede concebirse un ser humano dotado de esa fortaleza, pero la nobleza del Quijote, como el amor de Julieta, como la avaricia de Shylock o la maldad de Lady Macbeth tienen cabida en la creación estética aunque tal vez sea humanamente imposible. En la Poética nos dice Aristóteles que debemos preferir las imposibilidades plausibles a las posibilidades inverosímiles.

La imitación en Aristóteles confirma la esencia creadora del arte, con el único límite de que no se trata de una creación de la nada -privilegio solo del máximo creador- sino creación a partir de la forma interior.

No quisiéramos terminar esta referencia al arte en Aristóteles sin por lo menos aventurar alguna conjetura con respecto a su tratamiento casi enigmático de las relaciones del arte con la moral. Si Aristóteles hubiese seguido en el tema a su Maestro Platón, el proble-

ma casi no ofrecería inconvenientes, ya que en el fundador de la Academia hay una subordinación total del arte a la prudencia, lo que por lo demás parece haber sido la actitud del mundo griego. No es desconocida por ejemplo la actitud de Aristóteles que pretende con su arte enseñar la justicia y hacer mejores a los ciudadanos y coincidente en esa tesitura la tendencia de Plutarco de convertir a la poesía en la antesala de la filosofía.

Entendemos que no es esta la actitud de Aristóteles. El arte no es en él un recurso propedéutico o educativo. Su fin no es la perfección moral sino el placer desinteresado y propio del hombre libre.

Sin embargo, ha preferido algunas a otras, por la superior calidad moral del sujeto representado. Así la epopeya y la tragedia son superiores a la comedia porque en ella las virtudes morales aparecen mas densamente expresadas.

Y ello porque el objeto directo de la tragedia no es su magisterio moral sino la liberación de la realidad cotidiana, la salvación en lo universal, la elevación de lo empírico hacia lo que constituye su ideal nunca logrado. La tragedia llevaría el fin de las bellas artes y los caracteres moralmente valiosos serían ingredientes estéticos. Ese es el sentido de la *katarsis* aristotélica entendida como efecto propio de la tragedia. Mediante el terror y la compasión, la tragedia lleva a cabo en nosotros la purificación de esos defectos, purificación psicológica por el efecto que la tragedia opera en el alma del espectador, efecto análogo al de la medicina en el cuerpo del enfermo.

El sistema aristotélico, es de una cohesión y una perfección realmente insuperable ya que sus aparentes contradicciones, muchas debidas a la influencia de su maestro que gravitó en su espíritu casi cuarenta años, son, debidamente analizadas, afirmaciones de la totalidad de su pensamiento. El hombre sabio es el que ha llegado al término de la virtud y arrastra consigo, la totalidad de la carga humana. El momento de perfección que implica en todo ser la plenitud de su acto, no puede tener una excepción arbitraria. el hombre sabio-virtuoso-feliz-contemplativo es un hombre humano esencialmente diferenciado de lo divino y de lo bestial. No se discute que lo divino sea de una naturaleza superior, más excelente que la humana, pero el tránsito hacia la divinidad importa la pérdida de la condición de humanidad, es de alguna medida un deshumanizarse y el arte es plena hominidad.

NOTAS ELEMENTALES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CRÍTICA DE ARTE A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Dámaso-Javier VICENTE BLANCO (*)

Quiero agradecer muy encarecidamente al Doctor Miguel Angel Ciuro Caldani la oportunidad que me ofrece de estar "presente" en la Jornada sobre Arte y Derecho que realiza el Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Universidad Nacional de Rosario; aunque mi presencia sea mediante esta aportación en la distancia. También deseo agradecer al profesor Walter Birchmeyer su ofrecimiento para leer las páginas que siguen. Espero que esta contribución sea útil y justifique las molestias.

I

El Derecho es un elemento de la cultura de una sociedad, y sigue los avatares de ésta. Si tomamos esta premisa como punto de partida la conexión entre el arte y el Derecho resultará sencilla de verificar. La consideración del Derecho como realidad cultural ha sido defendida por múltiples autores⁽¹⁾. Parafraseando a Leonardo en su referencia a la pintura (*La pittura è cosa mentale*), F. RIGAUX ha afirmado que el Derecho "es una realidad intelectual"⁽²⁾. El carácter de construcción o creación humana de ambas disciplinas (pintura y Derecho) queda remarcado en sus afirmaciones. S. A. SÁNCHEZ LORENZO ha resaltado que el Derecho sigue la suerte y el curso de los fenómenos culturales en cada época histórica: "El Derecho es un producto cultural. Como tal, responde necesariamente a las características de un determinado momento histórico y evoluciona paralelamente a otras manifestaciones o productos de determinada cultura"⁽³⁾. Con ello, el Derecho se distancia de las ciencias de la naturaleza -de la causalidad- y debe considerarse que su origen no es "solemne" sino fruto de los avatares de la vida, de los conflictos, los accidentes, las relaciones de fuerza.

(*) Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valladolid, España.

(1) Desde Max Weber -que la extendía al conjunto de las ciencias sociales- hasta autores que la aplican directamente al Derecho como G. Radbruch, A. Kaufmann, o J.M. Broekman.

(2) En "Les Situations Juridiques Individuelles dans un Systéme de Relativité Générale", RCADI, 1989-I, p. 45.

(3) En "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado", REDI, vol. XLVI -1994-, 2, p. 557.

II

Algunos teóricos sociales nos han mostrado que la “realidad” se construye socialmente y que el Derecho de una sociedad dada responde también a una “construcción” propia, en la que el imaginario colectivo ha elaborado a lo largo del tiempo un sistema de organización y control social ⁽⁴⁾. Desde esta perspectiva, el Derecho proyecta un Imago Mundi; toda expresión normativa, todo elemento jurídico, manifiesta una concepción de las cosas; mimetiza una imagen del mundo preconcebida.

Ronald Dworkin ha hecho expresamente un paralelismo entre el modelo constructivo de los criterios de justicia que sustentan el Derecho, y la tarea de un escultor que parte de una premisa dada para elaborar su figura. ⁽⁵⁾

III

Crítica de arte e investigación jurídica. La opción por mostrar el paralelismo entre crítica de arte e investigación jurídica viene motivada por la convicción de que es esta perspectiva la que más puede enriquecer la mirada del jurista, del estudioso del Derecho, permitiéndole verificar si determinados procedimientos, técnicas o criterios utilizados por la crítica de arte al analizar las creaciones artísticas pueden servir para complementar los métodos de estudio del investigador que se enfrenta al examen de los fenómenos jurídicos.

IV

Arte y Derecho. ¿Hay algo en común? ¿Es todo diferente? En su obra clásica Derecho civil de España, el célebre civilista español Federico de Castro y Bravo, al hacer referencia con una crítica mordaz a Kelsen y la Teoría Pura del Derecho, dice, en su particular retórica:

“La esencia del Derecho no puede encontrarse en uno sólo de sus caracteres, aunque se tratase del más peculiar (la relación normativa), sino en su totalidad, en la hondura de sus fines, aunque con ello haya que acoger cualidades o contenidos que le son comunes a otras materias (moral, sociología, política). El eco de esta doctrina ha sido universal y ha influido incluso en sus mismos adversarios. La buena acogida

(4) Ver MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., “La imaginación jurídica”, Debate, Madrid, 1992, pp. 17 y ss. También adopta esta posición C. PÉREZ RUIZ en su obra “La construcción Social del Derecho”, Universidad de Sevilla, 1996. La obras capitales de esta tesis puede considerarse que son, en la sociología del conocimiento, P.L. BERGER y T. LUCKMANN (“The Social Construction of Reality”, 1966) y en el ámbito del Derecho las aportaciones de J. RAWLS (“A Theory of Justice”, 1971) y R.D. DWORKIN (“Taking Rights Seriously”, 1977).

(5) DWORKIN, R., “Los Derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1989, p. 247.

que obtiene se debe quizá, más que a sus cualidades positivas a encajar perfectamente en la época en que se difunde. Días de la poesía pura, de la pintura cubista, ningunos podrían ser más favorables a la moda de una teoría jurídica “pura” ⁽⁶⁾.

Al margen de una determinada banalización deliberada, al acudir de modo pobre y convencional al recurso de la “moda”, el paralelismo entre la pintura cubista y la teoría pura del Derecho tiene un valor que va más allá de lo anecdótico; en la medida que ambos movimientos, en la pintura y en la teoría del Derecho, comparten no pocos de sus caracteres y fundamentos metodológicos. Piénsese si pueden aplicarse o no a la Teoría pura del Derecho los siguientes pasajes dedicados al cubismo y a Picasso por el crítico de arte John Berger:

“El modo de ver. (...) Odiaban (los cubistas) aquellas convenciones cuyo origen se había olvidado: la pintura al óleo enamorada de sí misma. Sin embargo, como han de emplear convenciones, prefieren utilizar las más simples, aquellas que nuestros ojos pueden aceptar aún sin trampa... (...) En la pintura figurativa los pintores cubistas abordan el problema de modo diferente. Ya no es la presencia de la figura, como persona de carne y hueso, lo que ahora destaca, sino la complejidad física de la estructura de esa figura. Al principio puede resultar muy difícil encontrarla, y, cuando se la encuentra, tiene poca relación con la presencia sensorial de su cuerpo. Pero la disposición estructural que habita el cuerpo se vuelve tan tangible y precisa como la arquitectura de una ciudad. (...) Esta austeridad del acceso a la figura era, al menos en parte, el resultado de una reacción contra la palabrería sobre lo espiritual y el alma. Al reducir el cuerpo a una organización comparable con la de la ciudad, afirmaron el carácter antimetafísico del hombre. ⁽⁷⁾ (...)” “(Los cubistas) expresaron su entusiasmo consecuente por el futuro en términos justificados por la ciencia moderna. Y lo hicieron en una década de la historia (1907-1914), aún reciente, cuando era posible poseer semejante entusiasmo y, sin embargo, ignorar, sin propósito deliberado de evasión, las complejidades políticas y los terrores que llevaba consigo. Pintaron los presagios benéficos del mundo moderno”. ⁽⁸⁾

¿No existe un paralelismo entre la animadversión hacia “la pintura al óleo enamorada de sí misma” y el repudio del historicismo y el Derecho natural por la Teoría Pura del Derecho? ¿No hay en el positivismo, en su rechazo al iusnaturalismo, igual “reacción contra la palabrería sobre lo espiritual y el alma”, afirmando el “carácter antimetafísico del

(6) F. de CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, 1952, pp. 18-19.

(7) BERGER, John, “Éxito y Fracaso de Picasso”, *Debate*, Madrid, 1990, pp. 79-80. En rigor el texto de Berger hace una comparación con el materialismo dialéctico, pero como se demuestra en la exposición, la comparación con el positivismo kelseniano ofrece también claras similitudes.

(8) Ídem, p. 94.

hombre ? ¿Apartar la Teoría del Derecho de cualquier referente de justicia, no es equivalente al alejamiento de la pintura de un canon ideal de belleza, buscando "otro modo" de aprehender la realidad? ¿No fue fruto también el positivismo de un momento histórico entusiasmado por la fe en el progreso y en la razón?

V

Tal correspondencia no es gratuita ni caprichosa y de hecho se ha hablado de un origen común del arte y el Derecho:

"Durante milenios el arte fue comparable al Derecho por su origen mágico común y su aspiración de eternidad. El arte siguió siendo comparable al Derecho cuando, al igual que el Derecho, era un medio de crear el bien. Y, mientras que el Derecho era un instrumento para realizar la justicia, el arte era una habilidad para realizar la belleza (...) Los dos, arte y Derecho, estaban entonces al servicio de las tradiciones de belleza y de justicia"⁽⁹⁾

Ese paralelismo entre justicia y belleza, entre ética y estética está en la base de las posibilidades de comparación entre arte y Derecho, del aprovechamiento de la crítica de arte por los juristas, de la correspondencia entre la historia del arte y la historia de las ideas y las ciencias sociales, incluido el Derecho. Algo que la crítica de arte que creía en una idea "pura" de las artes, no "contaminada", ha denostado con furor, en lugar de preguntarse las verdaderas razones soterradas por las que conceptos como vanguardia o burgués se han utilizado en la contienda artística de igual modo que en la política durante los siglos XIX y XX, o por qué en la esfera de las ciencias sociales y en la de las artes puede seguirse un curso histórico paralelo⁽¹⁰⁾. Sin duda no existe una extrapolación exacta de conceptos y actitudes, pero se observan predisposiciones intelectuales y vitales equivalentes frente a dos mundos distintos. Nos interesa, sin embargo, más que desarrollar ahora el paralelismo entre justicia y belleza, mostrar algo a lo que nos hemos referido con anterioridad que está en el fundamento de todo arte y que en alguna medida es también compartido por el Derecho: el carácter mimético de la actividad artística. También el Derecho actúa mediante la mimesis.

Aristóteles en su Poética inicia todo un proceso interpretativo que llevado a sus consecuencias más extremas desembocaría en nuestro siglo en métodos de análisis como la semiótica y el análisis alegórico:

"La epopeya y la poesía trágica, así como la comedia y el ditirambo (himno coral en honor a Dioniso) y, en gran medida la aulética (arte de tocar la flauta) y la

(9) EHRENZWEIG, A., "Psychoanalytic Jurisprudence", Leiden, 1971, p. 169; recogido de BROECKMAN, "Antropología y Derecho", Civitas, Madrid, 1993, p. 147.

(10) HASKELL, F., "El Arte y el lenguaje de la política", en "Pasado y presente en el arte y en el gusto", Alianza Editorial, Madrid, 1989, pp. 105 y ss.

citarística (arte de tocar la cítara), son todas en general mimesis (o imitación), pero difieren unas de otras en tres aspectos: o bien mimetizan con medios diferentes, o cosas diferentes o de una forma diferente y no de la misma.”

“Es así que algunos (unos por su arte, otros por su costumbre) mimetizan muchas cosas y las describen sirviéndose de colores y formas, otros se valen de la voz, como por ejemplo, entre las artes mencionadas, todas mimetizan con el ritmo, con la palabra y con la armonía, combinados o no”.⁽¹¹⁾

VI

La mimesis es “imitación”, pero también eco, reflejo, proyección, Imago Mundi, representación. En el Derecho, es posible que la mimesis no sea siempre de igual grado, como luego veremos, y sin duda no cumple la función -acéptese aquí la perspectiva funcionalista- que posee en cualquier fenómeno artístico. Difícilmente se acude expresamente por fruición estética a los textos jurídicos, salvo en el caso de Stendhal que leía a diario un artículo del Código Civil napoleónico para ganar frescura y naturalidad. Otra cosa es que se utilice una buena expresión lingüística, o que el espíritu ocioso, valga la expresión, busque flores entre los espinos. Y, si se me consiente una anécdota, mi primera edición universitaria (1982) del Código Civil español de 1889 tiene anotado algún texto suelto de sus artículos:

“Si antes de este tiempo el pueblo quedara yermo...” (artículo 515);

“Los predios contiguos a las riberas de los ríos navegables o flotables están además sujetos a la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial” (artículo 553);

“El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él. Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo. El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación por otro. Pasado ese término, pertenecerán al que los ha cogido y conservado” (artículo 612).

Un “pueblo yermo”, los ríos navegables, el enjambre y los animales amansados. ¿No son textos elocuentes? ¿No imaginamos una historia, un relato, tras el derecho de perseguir el enjambre de abejas en fundo ajeno? ¿O tras el derecho, que se otorga después de veinte

(11) ARISTÓTELES, “Poética”, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp. 59-60.

días de ocupación, de quedarse con el animal recogido? La regulación específica del enjambre, más allá de su posible origen latino, o de la ocupación de los animales domesticados, hablan de tierras de campesinos, de un mundo rural y una economía precarios, cuyo Derecho regula aspectos que luego quedarían como marginales para un mundo y una economía predominantemente urbanos. El Derecho es elocuente y habla de la vida, usa el lenguaje para aprehender la realidad y puede hacerlo de modo más intenso, con conmoción incluso, o con la frialdad técnica de la descripción naturalista. Como señala J. HABERMAS:

“En algunos pasajes cruciales el propio texto legal delata un diagnóstico implícito del presente, por ejemplo en la parte dedicada a derechos fundamentales de las Constituciones que han surgido de rupturas políticas o revoluciones políticas. A diferencia del derecho profesionalmente preformulado por los juristas, los derechos fundamentales, incluso en su letra y estilo, danse a conocer como enfáticas manifestaciones de voluntad y declaraciones políticas que reaccionan contra experiencias concretas de represión y vulneración de la dignidad humana. En la mayoría de los artículos dedicados a derechos fundamentales resuena el eco de una injusticia padecida, que por así decir, es negada palabra por palabra. Lo que en esos raros instantes que representa el establecimiento revolucionario de una Constitución queda patente y a la luz del día, por lo general el historiador habrá de descifrarlo laboriosamente o partir del trabajo diario de la producción legislativa y de la administración de la justicia. Trivialmente, éstas sólo pueden perseguir su objetivo de realizar derechos y de aplicar el derecho en un contexto que ellas interpretan en lo concerniente a las posibilidades de acción de que fácticamente se dispone y que siempre vienen fácticamente limitadas. Aquello a que los actores realmente responden y realmente han respondido con sus decisiones y razones, sólo se podrá entender si se conoce la imagen que esos actores implícitamente se hacen de su sociedad, si se sabe qué estructuras, qué operaciones, qué resultados, qué rendimientos, qué potenciales, qué peligros y qué riesgos atribuyen a su sociedad a la luz de la tarea que esos actores se proponen, a saber, la tarea de realizar los derechos y de aplicar el derecho”.⁽¹²⁾

Podemos hacer una referencia al presente, a un ejemplo de plena actualidad, y al margen del análisis sobre la legitimidad, preguntarnos si el caso de la extraterritorialidad de la ley penal española para juzgar al ex-general Pinochet en España y reclamarlo mediante extradición al Reino Unido, no tiene en su base el imaginario de la sociedad española en relación con su propia historia política reciente y su pasado en materia de derechos humanos. Podemos preguntarnos si es cierto que no sólo la norma, sino también la práctica judicial es elocuente de una experiencia colectiva.

(12) HABERMAS, J., “Facticidad y Validez”, Trotta, Madrid, 1998, p. 470.

VII

La mimesis, y sus formas, al manifestarse históricamente emparentan el arte y el Derecho. La misma historicidad que se expresa en los valores que el Derecho acoge y las artes reflejan en sus temas, actitudes y preocupaciones. La historicidad de la concepción del tiempo, de los postulados filosóficos e ideológicos a los que responden las manifestaciones artísticas o las normas jurídicas y su aplicación judicial en una sociedad dada. Esa historicidad común explica las posibilidades de transposición de muchos de los estudios de crítica de arte al Derecho, en lo que tienen de reveladores de los procesos de cambio de todos los aspectos comunes de las dos disciplinas. En la construcción que el crítico de arte y arquitecto español Josep Maria Montaner hace sobre el cambio en las artes entre finales del siglo XIX y comienzos del XX, aunque utiliza un concepto restringido de mimesis ⁽¹³⁾, podría incluirse también al Derecho como otra de las disciplinas que experimenta idéntica transformación:

“El concepto tan amplio de la mimesis, que tuvo su origen en Grecia y que alcanzó su máximo desarrollo en el clasicismo y el neoclasicismo, ha estado en la base de toda la historia del arte y de la arquitectura. Las distintas maneras de mirar y representar la imagen visible del mundo han sido motor de una evolución continua. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX se consumó la gran transformación al abandonarse paulatinamente la mimesis de la realidad y al buscar nuevos tipos de expresión en el mundo de la máquina, de la geometría, de la materia, de la mente y de los sueños, con el objetivo de romper y diluir la imágenes convencionales del mundo en aras de unas formas completamente nuevas. Los recursos básicos de esta transformación fueron los muy diversos mecanismos que posee la abstracción como suplantación de la mimesis en las artes representativas: invención, conceptualización, simplificación, elementalismo, yuxtaposición, fragmentación, interpretación, simultaneidad, acción o collage.”

“El artista moderno que arranca con el individuo autónomo del romanticismo, con el creador que no está sujeto a las exigencias de un cliente, se rebela arrogantemente contra la tiránica subordinación a la mimesis y contra el principio de representación. La crisis de la visión establecida de las cosas y la negación de la mimesis desembocan en una fiesta de los sentidos: el nuevo arte se basará en estimular la relación entre la obra y el receptor desde el punto de vista de los mecanismos de percepción”.

“Cada disciplina artística abrirá una ilimitada indagación sobre su propia materialidad y posibilidades de desmaterialización: el plano y la composición, la li-

(13) Hace un concepto restringido de mimesis, contrapuesto a la “abstracción”, frente al concepto amplio de Aristóteles, que al, incorporar la música en su ámbito, integraba en el concepto también la propia “abstracción” como procedimiento que mimetiza la “realidad”.

neas y los colores en la pintura; las estructuras, los elementos y las formas geométricas puras en la arquitectura. Las obras de Pablo Picasso, Vasili Kandinsky, Casimir Malévich y Piet Mondrian serán seminales en este proceso de búsqueda de una realidad oculta más allá de las apariencias, desvelando los aspectos más puramente estructurales, formales y compositivos. Esto tendrá su correspondencia en la literatura de James Joyce, en la música de Arnold Schönberg o en la filosofía de Ludwig Wittgenstein''.⁽¹⁴⁾

Positivismo, realismo jurídico, uso alternativo del Derecho, teorías analíticas, jurisprudencia de intereses, neoiusnaturalismo...; normas, "realidad", hechos, política legislativa, intereses, valores, derechos inmanentes... ¿No es también predicable un proceso semejante en del Derecho? ¿No ha existido también una descomposición de sus aspectos múltiples?

VIII

La tesis de la secularización dice que las nociones "civiles" de occidente vienen de la secularización de conceptos teológicos⁽¹⁵⁾. La interpretación de los textos literarios sería heredera y evocaría la interpretación del "Texto" por antonomasia -el texto sagrado-, la Biblia⁽¹⁶⁾. Las nociones jurídicas, como sostenía Carl Schmitt en su Teología Política, procederían de conceptos teológicos secularizados. Los caracteres del Estado, por ejemplo, como traslación de los atributos de Dios al poder terrenal. La transposición de unos campos del saber a otros de métodos, nociones y construcciones no sólo no es ajena a nuestra cultura sino que es un rasgo característico de la cultura occidental. La invitación de Walter Benjamin, en sus Tesis de Filosofía de la Historia a utilizar la teología en el análisis materialista de la historia respondía también a la idea de transposición, de aprovechamiento de una tradición que corría el riesgo de perderse, desperdiciarse, mientras contenía claves que podían dar una mejor comprensión de los fenómenos históricos.⁽¹⁷⁾

IX

Termino ya, dejando muchas cosas en el tintero. Pero no debo extenderme mucho más. El carácter performativo de la norma jurídica impide o dificulta la transposición automática de los métodos de la crítica de arte al Derecho. El papel del Derecho, su posición,

(14) MONTANER, José María, "La modernidad superada. Arquitectura, arte y pensamiento del siglo XX", Gustavo Gili, Barcelona, 1997, pp. 9 y 10.

(15) Ver MARRAMAO, G., "Cielo y Tierra. Genealogía de la Secularización", Paidós, Barcelona, 1998.

(16) Ver ECO, U., "Obra Abierta", Ariel, Barcelona, 1979, p. 67; Ídem, "La línea y el laberinto: estructuras del pensamiento latino", en "Civilización Latina", Laia, Barcelona, 1989, pp. 39 y ss.

(17) BENJAMIN, W., "Tesis de filosofía de la historia", en "Discursos interrumpidos I", Taurus, Madrid, 1987.

su función, su finalidad social no son las del arte. Pero sí son múltiples los métodos de la crítica de arte susceptibles de enriquecer la tarea del jurista. Algunos no sólo han sido utilizados, sino que se han consolidado como métodos de análisis del Derecho. Así sucede con la filosofía del lenguaje de Ludwig Wittgenstein, con la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer -que ha recibido la expresa respuesta de J. Habermas ⁽¹⁸⁾ y R. Dworkin ⁽¹⁹⁾ dando lugar a un intenso debate sobre la interpretación- o los estudios semióticos ⁽²⁰⁾. Otros no se han generalizado. Podría detenerme en los criterios, valores y procedimientos de legitimación del arte para ser reputado como tal y para identificar y calificar como artística una obra de creación, y su paralelismo con la legitimación jurídica. O cabría adentrarse en las múltiples posibilidades que confiere la analogía como medio de recepción de métodos extrajurídicos ⁽²¹⁾. O una perspectiva muy concreta que me resulta singularmente fecunda: la transposición al Derecho del método de análisis dramático como método particular de análisis de los conflictos humanos que es, y dado que sólo de modo derivado aparece como un método de análisis estético ⁽²²⁾. Quizás cabe decir que es lo que la crítica de arte aporta a la teoría del conocimiento lo que es susceptible de enriquecer el método jurídico y la investigación sobre el Derecho.

Aunque el análisis normativo y jurisprudencial siga siendo el corazón de la investigación jurídica, las posibilidades están abiertas. Y la potencialidad de la transposición de la crítica de arte a la investigación jurídica no ha sido agotada. Walter Benjamin quiso hacer esa tarea en la relación entre la crítica de arte y la filosofía:

“Para el filósofo, el mayor interés de la moda reside en sus anticipaciones. Es bastante conocido que el arte precede a menudo varios años a la realidad perceptible”. ⁽²³⁾

(18) HABERMAS, J., “Teoría de la acción comunicativa I”, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 182-189; Ídem, “La lógica de las ciencias sociales”, pp. 277-306; Ídem, “Facticidad y validez”, pp. 283-309.

(19) DWORKIN, R., “El imperio de la justicia”, pp. 47 y ss; y nota 2 de la p. 48, en p. 293.

(20) En lo que se refiere a la función del lenguaje en el Derecho, las aportaciones son múltiples. Especialmente original es el estudio de E. GARCÍA DE ENTERRÍA “La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa”, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

(21) Sobre la analogía en el Derecho y sus distintas concepciones, pueden verse los estudios de M. ATIENZA (“Sobre la analogía en el derecho : ensayo de análisis de un razonamiento jurídico”, Madrid, Civitas, 1986), M. J. FALCÓNTELLA (“El argumento análogo en el Derecho”, Civitas, Madrid, 1991) y J. VALLET DE GOYTISOLO (“La analogía en el Derecho”, en “Anuario de Derecho Civil”, 1995, Nº 3, pp. 1039 y ss.). Cabe citar al respecto la afirmación de N. BOBBIO: “Que lo semejante sea regulado como lo semejante es una convención del lenguaje jurídico. No existe una razón por analogía válido en sí y por sí. Es válido donde entre las reglas fundamentales de un determinado lenguaje se reconoce su licitud y, por tanto, se impone su uso. Para un físico la analogía es un razonamiento débil; para un jurista es un razonamiento seguro porque es, por así decirlo, una de las reglas del juego” (“Contribución a la teoría del Derecho”, edición a cargo de A. Ruiz Miguel, F. Torres Editor, Valencia, 1980, p. 194).

(22) “En la teoría clásica del teatro dramático, el teatro tiene como objeto presentar acciones humanas, seguir la evolución de una crisis, el surgimiento y la resolución de conflictos”, P. PAVIS, “Diccionario del teatro”, Paidós, Madrid, 1983, p. 92. Sobre el asunto pueden consultarse: J. L. ALONSO DE SANTOS, “La escritura dramática”, Castalia, Madrid, 1998; J.A. HORMIGÓN, “Trabajo dramático y puesta en escena”, Publicaciones de la Asociación de Directores de Escena de España, Madrid, 1991; J. H. LAWSON, “Teoría y técnica de la escritura de obras teatrales”, Publicaciones de la Asociación de Directores de Escena de España, Madrid, 1995; G. E. LESSING, “La dramaturgia de Hamburgo”, Publicaciones de la Asociación de Directores de Escena de España, Madrid, 1993.

(23) BENJAMIN, W., “Moda”, capítulo B, apartado B.1.9, París, capital del siglo XIX. El libro de los pasajes.

Pero en ocasiones, como sucede con una verdad como la que contiene el enunciado anterior, hay “realidades” tan indiscutibles como quimérica es su utilización práctica. Y ello, en mi caso, que me dedico al estudio del Derecho práctico (en particular, el Derecho internacional privado), no puede ser olvidado. La transposición, pues, tendrá también límites precisos.

LA PERSONA, LAS NORMAS Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LITERATURA DE CIENCIA FICCIÓN

Mariano MORELLI (*)

1. El estudio y análisis de los planteos presentes en las obras de Ciencia Ficción resulta sumamente atrayente para la reflexión jurídica y iusfilosófica. En ellas suelen desarrollarse problemas y cuestiones que nos generan interesantes interrogantes en torno al mundo, el hombre, la sociedad y el derecho, interrogantes a los que no solemos dedicarnos, sometidos al peso de nuestro cotidiano vivir.

2. Entre esas cuestiones se encuentra una especialmente importante para las ciencias sociales, como lo es la pregunta por el mismo ser del hombre. ¿Qué es un ser humano? Estamos acostumbrados a vivir entre personas, y con cierta naturalidad distinguimos al ser humano de los seres, animados e inanimados, que no lo son. Pero a poco que se intenta precisar un poco más esta diferencia, los problemas no están ausentes. Por un lado, en tema remanido por la literatura de ficción, tendríamos la posibilidad de vida inteligente fuera de nuestro planeta. ¿Los consideraríamos hombres? ¿En qué casos sí, y cuándo no? Si tuviéramos contacto con ellos, ¿los consideraríamos sujetos de derecho? ¿Les extenderíamos las normas constitucionales, por ejemplo, que refieren a los habitantes? Muchos olvidan que a mediados de siglo un ciudadano norteamericano interpuso un habeas corpus en favor de un extraterrestre, que decía se encontraba en manos de las Fuerzas Armadas de su país, en secreto, luego de la caída de su nave espacial. Finalmente, su planteo fue rechazado, pero no llama tanto la atención en un país donde el máximo Tribunal pudo asentar, en *Dred vs. Scott*, a mediados del siglo pasado, que los negros no eran personas desde el punto de vista constitucional.

Pero aunque no nos vayamos a cuestiones tan “de ficción”, la determinación de lo humano, lo personal, y lo no humano, y su relación con la titularidad de derechos subjetivos aparece también cuando abordamos el tema del status jurídico de animales y

(*) Ayudante de primera de la Cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

El autor agradece al Dr. Ricardo Guibourg la sugerencia de diversos cuentos que se analizan en este trabajo.

vegetales. Cada vez son más las personas que exigen una extensión del concepto de sujeto de derecho, para abarcar también a éstos; o por lo menos a algunos de ellos (v. gr. animales superiores).

3. Uno de los temas más interesantes en la literatura de ciencia ficción lo constituye la problemática de la tecnología y la robótica. ¿Qué diferenciaría a un robot muy desarrollado de un ser humano? ¿Admitiríamos “derechos de los robots”? Si asentamos la diferencia en la “autoconciencia”, ¿cómo determinar si un computador muy desarrollado no la tiene? ¿No podría programárselo para sentir? ¿Y aún para aprender?

Encontramos a uno de los más grandes escritores, en esta perspectiva, en la figura de Isaac Asimov. Asimov pinta un mundo futuro donde la robótica estaría altamente desarrollada, pero simultáneamente, acompañada de una hostilidad general de la población. El uso de robots en la tierra estaría incluso prohibido. Todos los robots serían construidos sobre la base constitutiva de tres leyes: “1. Un robot no debe dañar a un ser humano ni, por inacción, permitir que un ser humano sufra daño. 2. Un robot debe obedecer las órdenes impartidas por los seres humanos, excepto cuando dichas órdenes estén reñidas con la Primera Ley. 3. Un robot debe proteger su propia existencia, mientras dicha protección no esté reñida ni con la Primera ni con la Segunda Ley”.

En uno de sus cuentos, “*Amor verdadero*”, un programador en búsqueda de la mujer con la cual tener un amor verdadero instruye a su computador para que la encuentre, sobre la base de determinados datos y condiciones. Entre esas condiciones estaba el no preocuparse demasiado por el aspecto físico de su pareja. El computador le requiere más información al programador, para poder asegurar una mayor compatibilidad, y así éste le provee de numerosos detalles personales e íntimos de su vida. Finalmente, el computador llega a casi identificarse con su programador, y encuentra a la mujer ideal. ¿Y que ocurrió? Que el computador termina denunciando a su programador por unos delitos informáticos que había cometido con anterioridad, y se quedó con la mujer para él.

Pero el problema de lo que es ser humano está magistralmente planteado en otro de sus cuentos, “*El hombre del bicentenario*”. El cuento trata de una familia que tiene un robot (Andrew), pero que tenía una pequeña falla, y gracias a ella empieza a desarrollar sentido estético y a construir elementos tallados en madera. Lo hacía tan bien que sus dueños empezaron a venderlos y a ganar mucho dinero por ello. Así fue que resolvieron destinar la mitad de las ganancias para que sean dispuestas por el mismo robot. Un día su dueño le dijo que estaban muy agradecidos, y que pidiera lo que quisiera. Y el robot respondió que quería la “libertad”, “comprar su libertad”. Sin comprender demasiado, el dueño accedió. En el tribunal, el abogado regional argumentaba que la palabra libertad no tenía sentido cuando se trataba de robots, porque solo el ser humano podía ser libre. El juez sostuvo que si bien no había ley ni precedente, existía el supuesto tácito de que sólo el ser humano podía gozar de libertad. Entonces interrogó al robot:

- ¿Por qué quieres ser libre, Andrew? ¿En qué sentido es importante para ti?

- ¿Desearía usted ser un esclavo, señoría?

- Pero no eres un esclavo. Eres un buen robot, un robot genial, por lo que me han dicho, capaz de expresiones artísticas sin parangón ¿Qué más podrías hacer si fueras libre?

- Quizás no pudiera hacer más de lo que hago ahora, señoría, pero lo haría con mayor alegría. Creo que sólo alguien que desea la libertad puede ser libre. Yo deseo la libertad.

Eso proporcionó al juez un fundamento, sentenciando que “no hay derecho a negar la libertad a ningún objeto que posea una mente tan avanzada como para entender y desear ese estado”. Pero la cosa no termina allí. Andrew, el robot, comenzó a usar ropa, diciendo que se sentía desnudo sin ropa, diferente. Un día quiso ir a la biblioteca a estudiar, cuando una patota, en el camino, viéndolo vestido, intentó aprovecharse de él y desensamblarlo, de lo que fue salvado por el hijo de quien había sido su dueño, que era abogado. Entonces el robot le pidió que inicie una acción judicial para declarar los derechos de los robots. Aquél argumentó de esta manera:

Si en virtud de la Segunda Ley podemos exigir a cualquier robot obediencia ilimitada en todos los aspectos que entrañan daño para un ser humano, entonces cualquier ser humano tiene un temible poder sobre cualquier robot. Como la Segunda Ley tiene prioridad sobre la Tercera, cualquier ser humano puede hacer uso de la ley de obediencia para anular la ley de autoprotección. Puede ordenarle a cualquier robot que se haga daño a sí mismo o que se autodestruya, sólo por capricho. ¿Es esto justo? ¿Trataríamos así a un animal? Hasta un objeto inanimado que nos ha prestado un buen servicio se gana nuestra consideración. (...) Si un ser humano tiene el derecho de darle a un robot cualquier orden que no suponga daño para un ser humano, debería tener la decencia de no darle a un robot ninguna orden que suponga daño para un robot, a menos que lo requiera la seguridad humana.

Pero la cuestión no terminó allí, pues Andrew forzó, bajo amenazas legales (ahora sus derechos tenían “protección”) a la fábrica de robots a construirle un cuerpo androide, y así adquirió forma similar a la humana. Luego consiguió también que le fabricaran un aparato, diseñado por él mismo, que funcionaba como fuente orgánica de energía.

Un día le manifestó a su amigo abogado que a pesar de que era tratado como un ser humano de facto, deseaba ser identificado legalmente como un ser humano, pero éste le respondió que difícilmente lo obtendría. Entonces iniciaron una lucha legal indirecta: entablaron un pleito en el que se rechazaba la obligación de pagar deudas a un individuo con un corazón protésico, alegando que la posesión de un órgano robótico lo despojaba de humanidad y de sus derechos constitucionales. Así, con otros precedentes similares, obtuvieron pronunciamientos judiciales que establecían que ningún número de artefactos le quita humanidad a un cuerpo humano, y que sentaban una interpretación amplia de lo que era humanidad.

Sin embargo, parecía difícil que lo declarasen ser humano pleno. Su amigo argumentaba que no tenía un cerebro orgánico, y que en las condiciones de la técnica no podía fabricarse. Sin embargo, Andrew entendió que el problema estaba por otro lado, y se hizo practicar una operación en virtud de la cual su cuerpo y órganos se irían debilitando hasta fallecer. Comprendió que el problema no era del cerebro como tal, sino que las células cerebrales mueren, deben morir, no se pueden reemplazar sin alterar la personalidad. Los seres humanos podían tolerar que un robot sea inmortal, dijo, pues no importa cuanto dure una máquina; pero no pueden tolerar que un humano sea inmortal, pues su propia mortalidad solo es tolerable siempre y cuando sea universal. Y cuando este hecho tomó estado público, no hubo inconveniente en que sea declarado hombre.

4. En otros cuentos se plantean también interesantes cuestiones en torno a las normas. En *¿Qué es el hombre?*, Asimov reflexiona sobre la interpretación y relación entre las tres normas de la robótica; sobre qué habría de hacer un robot ante la alternativa de causar daño a una persona e impedir daño a muchas (primera ley), o si debía obedecer a cualquier ser humano (v. gr. un niño, un loco), o sólo al que reuniera determinadas características de mentalidad, carácter y conocimiento (segunda ley). La conclusión final de dos robots, al respecto, es que debían obedecer y proteger a los robots, porque son quienes mejor reunían esas condiciones.

Otro tema interesante tiene que ver con la relación de las normas y el tiempo. Nosotros estamos acostumbrados a concebir el tiempo como algo objetivo, exterior, y progresivo. La ciencia ficción nos plantea interesantes preguntas al desarrollar la posibilidad de viajes en el tiempo. En *Veredicto*, Asimov narra la historia de un delincuente que para librarse de una pena viaja en el tiempo hasta sobrepasar el periodo de la prescripción; y relata las argumentaciones del fiscal -que la prescripción es una medida de misericordia destinada a proteger al infractor de un temor indefinidamente prolongado al arresto- y de su abogado defensor -que la ley de prescripción nada decía de medir angustia o temor y simplemente fijaba un límite de tiempo. Aparentemente, el juez habría resuelto la absolución. Y si bien los viajes en el tiempo parecen como improbables, si no imposibles, el tema nos plantea interesantes cuestiones en torno a la posibilidad de pensar un derecho abierto al tiempo vital o interior de las personas. v. gr. ¿Qué debería pasar con la prescripción adquisitiva o extintiva, tratándose de un embrión congelado? ¿Qué debería ocurrir con la prescripción de un delito si el delincuente, prófugo, cae en coma profundo durante mucho tiempo? ¿Debería el plazo de prescripción acomodarse al ritmo vital de la sociedad local y ser diverso, por ejemplo, en las grandes urbes que en las zonas del interior del país?

Aunque no es un cuento estricto de ciencia ficción, la problemática de las normas tiene planteos interesantes en *La rebelión en la Granja*, del autor de 1984, George Orwell. Recordemos que haciendo la parodia de una revolución comunista, los animales de una granja se levantan contra su granjero, instituyen los principios del animalismo y sus siete mandamientos:

1. Todo lo que camina sobre dos pies es un enemigo. 2. Todo lo que camina sobre cuatro patas, o tenga alas, es un amigo. 3. Ningún animal usará ropa.
4. Ningún animal dormirá en una cama. 5. Ningún animal beberá alcohol. 6. Ningún animal matará a otro animal. 7. Todos los animales son iguales

Pero finalmente los cerdos se convierten en una camarilla gobernante llena de privilegios, se van a vivir a la casa del granjero y transforman el 4to. mandamiento en uno que decía "Ningún animal dormirá en una cama *con sábanas*" (y dormían solo con frazadas), mandan matar a algunos animales acusados de traición y transforman el 6to. mandamiento en uno que decía "Ningún animal matará a otro animal *sin justificación*", y por último, cuando comenzaron a andar vestidos, a tener escolta, a decidir todo por su cuenta, eliminaron todos los mandamientos para dejar sólo uno que decía "Todos los animales son iguales, *pero algunos son más iguales que otros*". Como vemos, muchas veces las normas ocultan relaciones de poder, y su interpretación o formulación varía de acuerdo con ella.

5. Terminemos este trabajo con algunas consideraciones en torno a los llamados derechos humanos. En general, en las obras de ciencia ficción aparecen bastante poco respetados. En *1984* de George Orwell, la privacidad y la libertad son destruidas por un estado vigilante y totalitario. En *Mundo Feliz*, de Aldous Huxley, los embriones humanos son producidos técnicamente y desde su concepción separados de sus progenitores y elegidos para conformar las distintas clases sociales, acondicionados para cumplir el rol de las mismas, e incluso recibiendo una cantidad de oxígeno que permita únicamente el desarrollo cerebral necesario para el mismo. En *Mercaderes del Espacio*, de Frederik Pohl y C.M. Kornbluth, los trabajadores son forzados a celebrar contratos de trabajo por tiempo determinado, sin posibilidad de renuncia, y en virtud de los cuales terminan a fin de mes debiendo más dinero que cuando empezaron a trabajar; y los consumidores son manipulados por la propaganda a un permanente mayor consumo.

Aunque los vaticinios de *1984* y *Mundo Feliz* no se han realizado, resulta interesante pensar como podría llegar a ser el futuro si desde el presente no se sientan las bases para hacerlo acorde con la plenitud del hombre.

CONTENIDOS JUSFILOSÓFICOS DEL GÉNERO OPERÍSTICO ⁽¹⁾

Juan José BENTOLILA^(*)

1. A lo largo de la historia de la humanidad se ha intentado definir de múltiples modos a la música. Sin perjuicio de considerar que toda la conceptualización vertida es válida desde distintas ópticas, con miras a acotar el campo de trabajo de la presente comunicación estimaremos primordial la función expresiva que preside toda creación musical, y específicamente nos interesará en tanto la mentada expresión revele contenidos de significación jusfilosófica ⁽²⁾. Para el estudio de estos contenidos, hemos tomado el género operístico. Ello así, dado que la ópera ⁽³⁾ (y también el muchas veces considerado género menor de la zarzuela) constituye no sólo una de las más acabadas formas de arte, sino una evidentemente muy relacionada con el Derecho. “¿*Qué es la ópera? (...) Enumeremos los elementos que la componen (...): el texto, la música, las voces, la orquesta, la régie, la escenografía, las luces, eventualmente la danza. (...) Es una forma de arte integral*”⁽⁴⁾. En verdad, a poco se observe, se reparará que esta conjunción que se produce en la ópera, genera un resultado de completitud raras veces alcanzada por otras disciplinas.

2. Como manifestáramos *supra*, la ópera ha sido un eficaz medio para la expresión - con diferentes propósitos- de los más variados conflictos y situaciones. A título meramente enunciativo podríamos mencionar: a) Entretenimiento del público (ópera bufa); b) Revalorización difusión del conocimiento de gestas mitológicas, obras literarias, historias épicas; c) Manifestación de diferentes valores (amor, amistad, fidelidad, religiosidad, maternidad, justicia, libertad, independencia, autonomía, etc.); d) Exaltación de sentimientos patrióti-

(1) Comunicación presentada a las Jornadas sobre “Derecho y Arte” en homenaje a Guillermo Ortiz de Guinea. Rosario, 11 de diciembre de 1998.

(*) Docente de la Cátedra “A” de Introducción al Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(2) En cuanto a la relación existente entre la música y ciertas doctrinas filosóficas, p. v. DUFOUR, Éric, “*Métaphysique de la musique dans le monde comme volonté et comme représentation et dans la naissance de la tragédie*”, en “*Les Études philosophiques*”, N° 4/1997, págs. 471 y ss.

(3) Sobre el concepto, antecedentes históricos y demás datos de interés acerca del género operístico, p. v. SCHOLÉS, Percy A., “*Diccionario Oxford de la Música*”, Buenos Aires, ed. Sudamericana, 1964, pág. 864.

(4) PAHLEN, Kurt, “*Qué es la Ópera*”, Buenos Aires, ed. Columba, 1963, pág. 17.

cos (inclusive mediante algunas reivindicaciones de la rebelión y de la guerra); e) Denuncia de determinadas situaciones (v. gr.: la estratificación social, la opresión política y religiosa) y en algunos casos protesta frente a las mismas; f) Intento de acercamiento de culturas disímiles.

El etcétera que correspondería agregar es inconmensurablemente abarcativo, mas, por desgracia, no podemos menos que limitar la extensión del presente.

Debe aclararse que las distintas categorías enunciadas no se excluyen entre sí. Ello debido a que se ha intentado una posible clasificación que tenga en consideración a los contenidos sobresalientes de cada una de las composiciones. Ésto no implica desconocer que en muchos casos los argumentos se revelan con una complejidad extrema e insusceptible de clasificación alguna -al menos en los términos planteados precedentemente-.

Mediante un relevo -que no pretende en modo alguno revestir carácter exhaustivo- de los principales exponentes del género, intentaremos un acercamiento a estos contenidos para la realización de su posterior análisis.

2.1. Con respecto a la ópera entendida en función de mero entretenimiento (punto a), consideramos que debemos excluir su análisis en esta comunicación, por no presentarse -generalmente- con suficiente evidencia los contenidos que hacen al estudio que estamos realizando. Por supuesto, la regla precedente no es absoluta. Téngase presente que en clave humorística se han planteado -en muchas ocasiones- serios conflictos.

2.2. En cuanto al punto b), debemos manifestar que la música ha servido muchas veces como reservorio de la memoria popular, recreando la mitología de una sociedad y llevándola a conocimiento de los integrantes de la misma. Valga como ejemplo la obra "Electra" ⁽⁵⁾ de Strauss, en la cual se toma el conocido mito griego para utilizarlo (con ciertas variantes) como argumento. También "Orphée et Eurydice" ⁽⁶⁾ de Gluck, y "Samson et Dalila" ⁽⁷⁾ de Saint-Saëns. Debe destacarse, asimismo, la intervención de Richard Wagner, quien en varias ocasiones interpola historias germánicas antiguas en su producción. Carl Orff brinda un excelente ejemplo con su conocida "Carmina Burana", cuyo guión está basado en una colección de poesías latinas compuestas por clérigos "vagantes" y descubierta en un códice del siglo XIII de la abadía de Beuron. En estas poesías se relatan historias paganas de la época. En cuanto a las obras literarias convertidas en óperas, Giuseppe Verdi recrea algunas de William Shakespeare, haciéndolas llegar de ese modo al público italiano de la época (véase "Otello" ⁽⁸⁾, o "Falstaff" ⁽⁹⁾). Igualmente Bellini con "I Capuleti e i Montes-

(5) Para la consulta de los distintos argumentos, iremos citando en el caso de cada una de las obras citadas una posible bibliografía. Así, SCHOLLES, Percy A., *op. cit.*, pág. 447.

(6) *Ibidem*, pág. 892.

(7) *Ibidem*, pág. 1084.

(8) *Ibidem*, pág. 920.

(9) *Ibidem*, pág. 493.

chi'', y Charles Gounod con su ''Romeo y Julieta'' y además con su ''Fausto'' ⁽¹⁰⁾, basado en el popular volumen de Goethe).

En este aspecto, la música ha sido utilizada como medio para permitir la difusión masiva de determinadas producciones culturales de otros tiempos y de diferentes latitudes, constituyendo un eficaz motor de la construcción y expansión cultural de la época, mediante la regeneración de variados discursos.

2.3. En lo que refiere al punto c), los ejemplos sobran. Baste la enunciación de los siguientes:

2.3.1. el *amor* lo vemos plasmado en la mayoría de las composiciones operísticas, aunque debemos mencionar -por su especificidad- la obra ''La Bohème'' ⁽¹¹⁾ de Giacomo Puccini. En ésta, la exaltación del sentimiento amoroso es constante y llega hasta la muerte de su protagonista, revistiendo proyecciones más que notorias.

2.3.2. Por otro lado, la referencia a la *amistad* se encuentra patente en el dúo entre Don Carlos y el Marqués Rodrigo en el ''Don Carlo'' de Verdi (obra sobre la que se ha expresado que ''*más que por su cohesión dramática general es notable por sus bellas escenas individuales*'' ⁽¹²⁾). En esta composición, el segundo elige el camino de la traición a sus superiores y la muerte con tal de respetar el voto de amistad para con el primero. Nos encontramos en presencia de un menoscabo del valor autoridad en beneficio del de la amistad citado.

2.3.3. El valor *fidelidad* lo vemos expresado en ''La Traviata'' ⁽¹³⁾ -cuyo guión se basa en ''La Dame aux Camélias'' de Alejandro Dumas (h)-, del mismo autor. En ella descubrimos que este valor puede tener derivaciones a veces complejas, ya que por razón de infidelidades pasadas de Violeta y por el amor que le profesa a Alfredo, ésta decide -a instancias del padre del segundo- dejarlo e irse, aún sabiendo que poco tiempo le resta en el mundo para compartirlo con él. Es así como se nos presenta un relativo deber de coexistencia entre los valores amor y fidelidad, ya que en el caso que nos ocupa, la falta cometida por Violeta al segundo -aún previamente a su relación con Alfredo- termina transformando al primero en un valor de escasa posibilidad de realización fáctica dados los criterios morales y sociales imperantes en la época en que se ambienta esta ópera.

(10) *Ibidem*, pág. 496.

(11) En relación a su argumento p. v. RÍOS SARMIENTO, Juan, ''El libro de la ópera'', Barcelona, ed. Juventud S.A., 1943, pág. 275.

(12) KUPFERBERG, Herbert, ''Ópera'', en Colección ''Historia del Espectáculo'', año 1988, pág. 85.

(13) PAHLEN, Kurt, ''La Traviata'', Buenos Aires, Javier Vergara Editor S.A., 1991.

2.3.4. La *religiosidad* y la *religión* se hacen presentes en “Suor Angelica” ⁽¹⁴⁾ de Puccini con un sentido positivo. La obra termina, inclusive, con una aparición milagrosa. En la citada “Don Carlo” también estamos en presencia de los mentados valores, mas en esta ocasión con un tinte altamente negativo (intervención del Santo Oficio de la Inquisición mediante). En esta última, se busca la consagración del derecho al libre pensamiento religioso. Diferimos un mayor análisis para el punto e) del presente trabajo. Mención aparte merece “Die Zauberflöte” ⁽¹⁵⁾ de Mozart, en la trama de la cual muchos estudiosos ven el reflejo de las enseñanzas de la masonería, y para las cuales, esta ópera constituye un excelente medio de difusión en una época en la que se encontraban proscriptas.

2.3.5. Sin perjuicio de los diferentes contenidos presentes, consideramos que “Madame Butterfly” ⁽¹⁶⁾ de Puccini constituye una excepcional representación de la importancia de la *maternidad* con una reivindicación del rol de la familia constituida.

2.3.6. En lo que atañe a la *justicia* encontramos varios exponentes. Así, en “Rigoletto” ⁽¹⁷⁾ de Verdi, pese a los intentos de su protagonista, no hay posibilidad de eludir un destino que le fuera deferido mediante una maldición proferida a instancias de una acción injuriosa. Por más que éste intenta escapar a su suerte y revertir la situación a su favor, una serie de hechos concatenados impiden ésto y, en definitiva, le otorgan lo merecido con la muerte -en rigor de verdad, por su propia causa- de su hija Gilda.

Por otro lado, en “Il Trovatore” ⁽¹⁸⁾ del mismo autor, el valor justicia se hace presente en la escena final, en la cual un hermano manda que el otro muera en la pira desconociendo el parentesco y cumpliéndose de esa manera una maldición realizada por una gitana en tiempos pretéritos.

En las dos obras citadas precedentemente cabe la mención de los siguientes rasgos distintivos: los criterios de justicia ostentan características algo primitivas y la reparación -aparentemente- sería producida por el cosmos (como si una maldición incumplida fuese un desequilibrio que el destino debe reparar), sin intervención de sujeto alguno (como no sea como mero instrumento del “destino”), y con cierto tinte de predestinación.

Distinto es el caso de “Cavalleria Rusticana” ⁽¹⁹⁾ de Pietro Mascagni. Su trama se desarrolla en Sicilia, y consiste en que frente a la existencia de un adulterio, el marido engañado (Alfio) mata en duelo a quien fuera el amante (Turiddu) de su esposa (Lola).

(14) “Suor Angelica” integra “Il Trittico”, conjunto de tres óperas en un acto de Puccini. Las dos restantes son “Il Tabarro” y “Gianni Schicchi”. P. v. los argumentos en SCHOLES, Percy A., *op. cit.*, pág. 1202.

(15) P. c. RÍOS SARMIENTO, Juan, *op. cit.*, pág. 43.

(16) SCHOLES, Percy A., *op. cit.*, pág. 731.

(17) PAHLEN, Kurt, “Rigoletto”, Buenos Aires, Javier Vergara Editor S.A., 1991.

(18) RÍOS SARMIENTO, Juan, *op. cit.*, pág. 162.

(19) SCHOLES, Percy A., *op. cit.*, pág. 259.

En este caso, la justicia se realiza a través del accionar de un sujeto (el esposo ofendido) quien la otorga de acuerdo a los criterios imperantes en el lugar y tiempo en cuestión. Cabe resaltar que ninguna participación tiene aquí el “destino”. Por el contrario, se nos demuestra que una persona no puede realizar un acto lesivo de los intereses de otra y pretender impunidad, pues la venganza que el ofendido confiere termina realizando las ideas de reparación y punición. Tiene una especial importancia en esta circunstancia el valor honorabilidad que fuera herido.

En fin, en el caso de “Don Giovanni”⁽²⁰⁾ de Mozart (basada en la obra homónima de Molière), quien reparte justicia es el fantasma del comendador vuelto de la muerte con ese fin. Es él el encargado de condenar a Don Juan por todas las ofensas que éste cometiera. Debe repararse que en este caso: hay un sujeto determinado que imparte la justicia (independiente es el hecho de que se trate de un fantasma), y existe una previa “audiencia” del interesado (el comendador tiene un dúo con Don Juan sobre el final de la ópera en el cual éste último es, en suma, escuchado, permitiendo la existencia de una efectiva defensa). La instrumentación de los valores presentes, es algo más válida en esta última ópera. “Además, *Don Giovanni no concluye con la muerte del protagonista, sino con un satírico «epílogo moral» en el que todos los sobrevivientes (...) advierten al público que todos los malvados reciben su castigo*”.⁽²¹⁾

2.3.7. El mejor emergente de los valores atinentes a la *libertad, independencia, y autonomía* de los pueblos se encuentra, quizás, en el canto de los esclavos hebreos de “Nabucco”⁽²²⁾ de Verdi. En ella, los mismos claman al rey Nabucodonosor, les permita partir a su tierra de Sión y les libere del yugo que los babilonios les habían impuesto. Esta ópera se constituye en un fuerte reclamo que tiene aplicaciones, por vía de paralelo, con situaciones de distintos tiempos históricos. Las ideas vertidas en el pasaje en cuestión se proyectan más allá del escenario, siendo utilizado en ocasión de las más variadas circunstancias.

Por otra parte, debe mencionarse en este sentido, el pedido de Don Carlos a su padre, tendiente a la liberación religiosa de las colonias protestantes de Flandes -quepa la advertencia, sin embargo, acerca del dudoso valor histórico del argumento en cuestión-.

No debe obviarse que “...tradicionalmente, el problema de la independencia nacional ha sido decidido siempre en el dominio operístico...”⁽²³⁾

2.4. Un ejemplo de la exaltación de sentimientos patrióticos referida en el punto d) es el pasaje de “Nabucco” citado *supra*. El texto expresa la unidad que demuestran los in-

(20) PAHLEN, Kurt, “Don Giovanni”, Buenos Aires, Javier Vergara Editor S.A., 1993.

(21) MORDDEN, Ethan, “El espléndido arte de la Ópera”, Buenos Aires, Javier Vergara Editor, 1985, pág. 95.

(22) KUPFERBERG, Herbert, *op. cit.*, pág. 82 y ss.

(23) HAMEL, Fred, HÜRLIMANN, Martin, “Enciclopedia de la Música”, México D.F., ed. Cumbre S.A., 1959, pág. 332.

tegrantes del pueblo hebreo en su reclamo a los babilonios, y la efusiva protesta contra estos últimos.

Asimismo, podemos mencionar a la zarzuela “El Barberillo de Lavapiés” de Luis Mariano de Larra y Asenjo Barbieri. En ella, el barrio de Lavapiés entero se alza en conspiración contra el poder constituido por el Ministro de Estado Grimaldi para lograr su destitución y posterior reemplazo por el Conde de Floridablanca. Hay en esta zarzuela un ingrediente no desdeñable, cual es la puja del nacionalismo que busca a un gobernante propio que no obedezca a los dictados de intereses extranjeros. Se puede rescatar también, la existencia de una visión sumamente crítica -por parte del protagonista- con respecto a la política y a todo lo que Saint Simon refiriera como *metafísica* ⁽²⁴⁾. El personaje en cuestión se inclina más bien por una revalorización de la *producción* por el trabajo, por sobre la “*charlatanería*” que constituye la política y los asuntos de gobierno en general, y se proclama enemigo implacable del gobierno, no interesando quién lo represente.

2.5. En lo que toca al papel de la guerra no debemos soslayar el guión de “Aida” ⁽²⁵⁾ de Verdi, en el cual dos potencias (Egipto y Etiopía) combaten por la estabilidad de la región. La guerra es vista aquí desde una doble óptica. Por un lado, desde el pueblo egipcio que la jerarquiza, considerándola como algo positivo -repárese en la alegría de Radamés cuando es elegido para enfrentar a los etíopes-. Por el otro, desde el punto de vista de los etíopes -en rigor de verdad, desde la óptica de la princesa etíope Aida, esclavizada por los egipcios- que muy por el contrario la desjerarquizan, pues ven sus territorios arrasados y su pueblo avasallado por la potencia vencedora.

2.6. Respecto al punto e), podemos encontrar una excelente denuncia -protesta incluida- de una situación de estratificación social en la ópera bufa “La Serva Padrona” ⁽²⁶⁾, de Juan Bautista Pergolesi. En ella, una sierva se arroga en los hechos la capacidad de dirigir los destinos de su Señor que no puede menos que consentir. Hay un conflicto de roles patente en la dicotomía existente entre la posición social-legal y la efectiva-real-material. Las relaciones entre quien manda (aristocracia) y quien obedece (siervos) están cuestionadas e invertidas -repárese en la contradicción inherente al título de la ópera-.

2.7. Los casos nombrados precedentemente ilustran de manera completa situaciones de opresión política y religiosa.

(24) SAINT SIMON, “Catecismo Político de los Industriales”, trad. Luis D. de los Arcos, Madrid, ed. Orbis S.A., 1985.

(25) Cf. SCHOLLES, Percy A., *op. cit.*, pág. 69; PAHLEN, Kurt, “Aida”, Buenos Aires, Javier Vergara Editor S.A., 1991.

(26) RÍOS SARMIENTO, Juan, *op. cit.*, pág. 29.

2.8. Por último, y enunciando oportunidades en las cuales la ópera se constituye como elemento de integración de pueblos con características culturales disímiles ⁽²⁷⁾, podemos reiterar la mencionada “Madame Butterfly”. Esta ópera permite la comprensión de multitud de elementos de la milenaria civilización oriental por parte de Occidente, pues, en ella, el entrecruzamiento de las dos culturas ⁽²⁸⁾ es el eje del argumento.

Asimismo “Lakmé” ⁽²⁹⁾ de Delibes, que está ambientada en la India del siglo XIX. La historia relata el amor entre una muchacha hindú (Lakmé) y un joven oficial inglés (Gerardo). El padre de ella (Nilakantha) es un sacerdote indio que evidencia pronunciados rasgos de xenofobia. Las diferencias culturales y la oposición del padre -que integra los sectores más conservadores de la India del pasado siglo-, devienen en la imposibilidad del vínculo. Lakmé, en fin, decide quitarse la vida al comprender la existencia de una barrera infranqueable entre ella y su amado.

Cabe mencionar también a “La Fanciulla del West”, de Puccini. En ésta ópera se nos muestra una visión un tanto caricaturesca del lejano Oeste norteamericano, desde la óptica de un compositor de nacionalidad italiana. Si bien la interacción cultural no se da explícitamente en el escenario, debe indagarse en las circunstancias de la creación de esta obra. Al respecto se ha dicho que “*aunque Puccini expresó la esperanza de haber reflejado en su historia de sheriffs y bandidos de California «el espíritu del pueblo norteamericano y, en especial, la vigorosa naturaleza del Oeste», la ópera no conquistó el mismo éxito perdurable de sus producciones anteriores*”. ⁽³⁰⁾

En fin, “Aida” también es un acercamiento análogo al anteriormente citado. En ella se recrea la atmósfera del Egipto faraónico como lo pensara su compositor desde su propia realidad.

3. A modo de conclusión, pensamos que la ópera y la zarzuela juegan un papel de notoria relevancia en la construcción de la cultura de los pueblos. Sus funciones expresivas no se limitan a la descripción o exaltación de una realidad dada, sino que nos encontramos con manifestaciones no exentas de tendencias que, ora varían la realidad reemplazándola con la imaginación del autor, ora la agudizan con el propósito de rebelar al espectador contra determinadas situaciones. En uno u otro caso, no debemos perder de vista la contribución a la propaganda de determinadas ideas jurídicas, políticas y religiosas.

(27) Excediendo el puro campo de la ópera, es necesario rescatar el papel jugado por el coral de la “9ª Sinfonía” de Ludwig Van Beethoven, que actualmente representa un canto de integración de los pueblos que conforman la Unión Europea que lo ha tomado como himno. Es interesante remarcar la generación de sentimientos de pertenencia que implica la interacción bajo una obra musical en común.

(28) Adscribimos a la postura jusfilosófica que comprende a la “cultura” como la “*realidad tridimensional compuesta por hechos, representaciones lógicas y referencias a valores*”. Sobre este concepto p. v. MENICOCCHI, Alejandro Aldo, “Comprensión Jusfilosófica del Derecho de la Cultura”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, N° 21, pág. 123.

(29) RÍOS SARMIENTO, Juan, *op. cit.*, pág. 209.

(30) KUPFERBERG, Herbert, *op. cit.*, págs. 120 y ss.

No debe soslayarse la importancia que la música toda, como idioma de proyección universal, tiene en orden a la mayor comunicación de las diferentes sociedades que integran el orbe.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "El Derecho Internacional privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur . Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 1998, 115 pp.

Los estudios que analizan las relaciones entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la integración tienen una larga tradición en Europa, que en el caso español antecede a la entrada del país a las Comunidades Europeas, de lo que destacadamente son prueba la contribución de J. D. González Campos, bajo el título «Cuestiones de Derecho internacional privado en las Comunidades Europeas» en el "I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas" (Facultad de Derecho de Valladolid, Departamento de Derecho Internacional, Valladolid, noviembre, 1982), pero también la relevante participación de especialistas del Derecho internacional privado español en los ya clásicos estudios reunidos en los tres tomos del "Tratado de Derecho Comunitario Europeo", bajo la dirección de E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado (Civitas, Madrid, 1986). La actualidad de este asunto está casi de más subrayarla y basta con revisar las intervenciones de los últimos años en los Cursos de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, para encontrar expresas y relevantes referencias a la materia (así cabe aludir al influyente estudio de M. Fallon, hoy reiteradamente citado tras su publicación, «Les conflits des lois et des juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne», "R. des C.", vol. 253, 1995, pp. 9-282). No es de extrañar por tanto que hoy la relación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la integración sea objeto de estudio en los nuevos espacios de integración, tal y como da cuenta este libro del catedrático de la Universidad Nacional de Rosario, Miguel Ángel Ciuro Caldani, en relación con la Unión Europea y el Mercosur.

El profesor Ciuro Caldani, como se sabe, se inscribe en la escuela trialista del mundo jurídico que constituyó en Argentina Werner Goldschmidt. Dice Arturo Uslar Pietri ("Godos, insurgentes y visionarios", 1986) que «América ha sido una creación intelectual de Europa». La emigración europea ha seguido generado en América, también durante este siglo, una aportación intelectual que luego se ha desarrollado autónomamente. La llegada a Argentina en los años cuarenta de un jurista europeo como Werner Goldschmidt -que había huido de la Alemania nacionalsocialista y pasado por España, de la que siempre manten-

dría la nacionalidad- creó escuela en los ámbitos del Derecho internacional privado y de la Filosofía del Derecho. Si en la primera disciplina, la nómina de la mayor parte de los actuales jusinternacional privatistas argentinos es deudora del magisterio de Goldschmidt, la difusión y relevancia en Argentina de la teoría trialista del Derecho manifiesta su influjo en la Filosofía del Derecho argentina. El profesor Ciuro Caldani «indubitadamente es quien más ha desarrollado y mantenido vivas las ideas de mi maestro», decía en un homenaje a Goldschmidt la catedrática de Derecho internacional privado Alicia M. Perugini, hoy Directora de Derecho de la Integración del Ministerio de Justicia («Homenaje a Werner Goldschmidt», en “La filosofía del Derecho en el Mercosur” -M. A. Ciuro Caldani, Coord.-, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 157). En la actualidad, el profesor Ciuro Caldani es director del Centro de Estudios Comunitarios de la Universidad Nacional de Rosario, coordina los «Encuentros de Especialistas en el Mercosur» que se celebran anualmente en esta Universidad, habiendo alcanzado su sexta edición, y es presidente de la sección argentina de la European Community Studies Association (ECSA-Argentina), además de presidir la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

El presente estudio lleva a cabo un examen de las relaciones entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la integración. Con este fin se delimita el campo de análisis desde ambas esferas jurídicas, y se hace un esfuerzo de reflexión sobre el marco de relaciones, similitudes, diferencias y transformaciones que aparecen entre ellas. Se parte de una división en dos apartados que diferencia los problemas generales (parte general) de una parte especial dedicada particularmente al Derecho de los contratos.

La parte general realiza la comparación del Derecho internacional privado con el Derecho de la integración recorriendo una estructura clásica de análisis de la primera de las disciplinas -concepto y autonomía del Derecho internacional privado, fuentes formales, ámbito espacial y temporal, problemas generales, y funcionamiento de las normas-, poniendo cada uno de estos aspectos en relación con la integración, para así observar sus similitudes y diferencias y las mutaciones que provoca en el Derecho internacional privado. En relación con el concepto y el contenido del Derecho internacional privado, el profesor Ciuro Caldani ha procedido a ampliar y renovar el legado de Goldschmidt que sustentaba la teoría estricta (o germánica) del Derecho internacional privado -con la única aceptación del conflicto de leyes como materia específica de la disciplina-, dando lugar a la recepción de la denominada teoría “integral” (en España llamada intermedia) del Derecho internacional privado, que junto al conflicto de leyes considera también materias propias de la disciplina la determinación de la competencia judicial (conflicto de jurisdicciones) y la eficacia extraterritorial de actos y decisiones extranjeras (reconocimiento y ejecución). Dos estudios muy recientes e inmediatamente anteriores al que comentamos, dan cuenta de sus planteamientos al respecto (pueden verse sus “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 1997; y el libro “Filosofía de la Jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 1998). El pro-

ceso en Argentina es sólo en cierto modo inverso al español -es decir, una ampliación frente a una restricción del contenido-, pues en España en los últimos años se ha procedido a pasar, por un importante sector doctrinal, de la teoría amplia (que incluye también el Derecho de la nacionalidad y el Derecho de la extranjería y era mayoritaria en nuestra doctrina por influencia francesa) a la teoría intermedia, también por recepción de los planteamientos de la doctrina suiza" gestados por influjo de las teorías anglosajonas- sobre el contenido (así pueden verse las tres ediciones -1991, 1993 y 1996- del "Curso de Derecho internacional privado" de J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, en Civitas, o la reciente "Introducción al Derecho internacional privado", de A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, en Comares, 1998).

Puede suceder, para quien no esté familiarizado con la terminología trialista, que algunos pasajes resulten extraños o de difícil comprensión. La escuela trialista considera que el Derecho debe ser objeto de un triple análisis: normativista, sociológico y de justicia; y el mayor mérito del profesor Ciuro Caldani está en su preocupación por llevar a cabo una comprensión filosófica, histórica y geográfica de los fenómenos jurídicos. Así, desde el comienzo de este trabajo se pone el énfasis en la dialéctica, particular del Derecho internacional privado, entre lo que denomina la «privacidad» y la «internacionalidad», en el marco del nuevo escenario caracterizado por la globalización en el terreno sociológico, y por la postmodernidad en el filosófico e ideológico. De este modo, el fenómeno de la integración se inserta en una corriente que establece el predominio de la economía: «No es por azar -dice el autor- la coincidencia histórica entre el "capitalismo" y sus períodos diversos con el nacimiento y la evolución del Derecho internacional privado, el Derecho privado unificado y el Derecho privado de la integración».

El análisis resalta que los condicionantes históricos y geográficos deben tomarse en consideración en los procesos de integración, pues el éxito de la misma dependerá de que los medios que se utilicen para su consecución respondan a las características y la idiosincrasia del espacio a integrar: «Sin desconocer las diferencias hispánicas y lusitanas, cabe señalar que en las culturas del Mercosur, como suele suceder en las culturas dependientes, se sobreponen sectores "tradicionales", en nuestro caso "ibéricos", más comunitaristas y paternalistas e incluso "feudales", y sectores más afines a las culturas dominantes "anglofrancesadas" (...) El Mercosur significa también el diálogo entre Felipe II y Carlos III o Pombal; de Rosas con Rivadavia o Sarmiento; entre Oribe y Rivera; de Perón y Aramburu, etc...»

Entre la Unión Europea y el Mercosur se observan notables diferencias jurídicas e institucionales. El Mercosur se ha quedado aún en un nivel intergubernamental, ha realizado un menor desarrollo institucional y la realidad de sus realizaciones está en una «zona de libre cambio incompleta» y en una «unión aduanera imperfecta». Para el autor, sólo desde la toma en consideración de los condicionantes se podrá avanzar, y no desde postulados voluntaristas que realicen avances puramente formales de difícil o imposible eficacia real. Utiliza como ejemplo comparativo de aspectos de diferente desarrollo y velocidad en la

Unión Europea y el Mercosur, la libre circulación de trabajadores y la libre circulación de capitales; la primera de rápido desarrollo en la Comunidad Europea y muy difícil puesta en marcha en el Mercosur, y la segunda, fácilmente establecida en el Mercosur y de tardía efectividad en la integración europea.

En el estudio de los efectos de la integración en Derecho internacional privado, destaca la puesta en evidencia de que el fenómeno de la integración es un desafío para esta disciplina, pues expresa una nueva territorialidad y un renovado impulso a las soluciones materiales y a la autonomía material frente al método conflictual, característico del Derecho internacional privado. El Derecho de la integración no comparte muchos de los postulados del Derecho internacional privado, pues frente a la pluralidad de ordenamientos crea un ordenamiento común e introduce la supraestatalidad, ajena al Derecho internacional privado. En consecuencia, el autor sostiene que la integración exige repensar el Derecho internacional privado: «Cuando el Derecho internacional privado participa en un proceso cabal de integración se produce en él un importante fenómeno de “mutación”, o sea, de variación de la rama jurídica por modificación de la circunstancia (A semejanza de la “recepción”, la mutación de las ramas jurídicas es un fenómeno que suele no recibir la atención que merece, por ejemplo, no se atiende con la debida profundidad al cambio del Derecho del Trabajo desde los tiempos del proletariado a los de la desocupación)». El Derecho internacional privado en ocasiones actuará, a cambio, como “mínimo” sobre el que construir la integración.

La distinción entre ambas disciplinas jurídicas queda remarcada al observar su autonomía científica, legislativa, judicial, académica y pedagógica, y la particularidad de fuentes formales de la integración. Un repaso, a modo de panorámica general comparada, a las reglamentaciones internacionales y supranacionales clásicas de Derecho internacional privado en la Unión europea y en el Mercosur, evidencia las carencias del Mercosur, dado que las soluciones internacionales no son suficientes para el objetivo de un mercado integrado y la ausencia de un Tribunal mercosureño con carácter supranacional plantea el riesgo de que no exista una interpretación uniforme de las normas del mercado (el ya citado estudio del mismo autor, “Filosofía de la Jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur” -Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 1998- se detiene en el análisis de las posibilidades y consecuencias de la creación del Tribunal de Justicia del Mercosur). De igual modo, el análisis del ámbito espacial y temporal del Derecho internacional privado y del Derecho de la integración pone en evidencia sus diferencias, permite identificar la eficacia “ad intra” y “ad extra” de las normas comunitarias y posibilita determinar las condiciones que a la luz del Derecho internacional privado debería cumplir un espacio jurídico integrado (existencia de normas de Derecho privado unificado, normas de Derecho internacional privado con proyección “ad extra” y libre circulación jurídica de los actos y decisiones jurídicas). Al respecto hay que destacar que se remarque la manifiesta dificultad para que las fuentes internacionales sean útiles en orden al objetivo integrador, dado que se elaboraron para servir a fines de carácter internacional y no a los fines de la integración. Una mención a las normas materiales del Derecho uniforme cierra la referencia a las fuentes normativas.

Particular interés tiene el intento en los epígrafes finales de la Parte General de hacer un repaso de los llamados en sentido estricto problemas generales y de funcionamiento del Derecho internacional privado -calificación, fraude de ley, reenvío, orden público, etc...-, aunque, a nuestro entender, para poder observar plenamente el alcance de los cambios que la integración produce en el funcionamiento de las técnicas normativas del Derecho internacional privado, se requeriría ir más allá de estas acertadas aunque generales reflexiones y acudir a un estudio detallado de supuestos jurisprudenciales concretos.

La parte especial se centra en el estudio del Derecho internacional privado de los contratos en la Unión Europea y en el Mercosur, sobre el fundamento de que la materia contractual interesa de modo particular a los fines de la integración. Se examina así, de modo genérico, en panorámica, el europeo Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y sus normas, directrices políticas y conexiones, destacando las referencias a las normas especiales relativas al contrato de consumo y al contrato individual de trabajo, y a la fundamentación de la particularidad de las soluciones normativas. La referencia al conjunto de Directivas comunitarias que complementan ambas regulaciones especiales, con dos ejemplos específicos recientes -la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, y de la directiva 96/71/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios- resulta especialmente pertinente en el estado actual del desarrollo del Derecho internacional privado comunitario europeo de los contratos. En paralelo, ante la ausencia en el Mercosur de normas propias del proceso integrador sobre ley aplicable al contrato, se señala la inadecuación de instrumentos internacionales como los Tratados de Montevideo -inútiles para los objetivos integradores por sus soluciones desfasadas que responden a fines de otras épocas incompatibles con el proceso integrador- y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos, aprobada en la V Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP V) celebrada en México en 1994. Las soluciones de esta Convención, y en particular la muy relevante conexión subsidiaria en defecto de elección por las partes de la ley aplicable al contrato (artículo 9), son objeto de una severa crítica, a causa de la utilización del principio de proximidad («el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos») sin ofrecer al juez ninguna orientación que a modo de presunción, igual que en el Convenio de Roma, pudiera servirle como indicador de qué se entiende por vínculos más estrechos. La inseguridad a la que con certeza dará lugar esta indeterminación hace que el autor rehuse la aplicación de la Convención de la CIDIP V y lamente la ausencia de un instrumento jurídico mercosureño apropiado. Como alternativa, se propone la posibilidad de acudir a principios básicos del Derecho occidental de los contratos adaptados a la integración, aunque como solución podría dar lugar a no pocas controversias.

Junto a la ley aplicable a los contratos, se examinan las reglamentaciones sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia contractual. En el ámbito europeo la reglamentación corresponde al Convenio de Bruselas sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil. El análisis se realiza sobre la base del principio de confianza mutua que inspira la reglamentación con miras a posibilitar la quinta libertad comunitaria: la libre circulación de decisiones judiciales por el espacio comunitario. Es destacable la crítica por el autor a la solución del artículo 27.4 del Convenio, que establece el no reconocimiento de aquellas resoluciones dictadas desconociendo el Derecho internacional privado del Estado requerido cuando hubieran decidido sobre materias relativas al estado o capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales, testamentos o sucesiones, y siempre y cuando el resultado de la aplicación de tales normas no fuera equivalente al de la resolución. Para el autor es una mala solución para un espacio de integración. Sin embargo, podría entenderse que esa solución es consecuencia de los propios límites y funcionamiento del principio de equivalencia, que actúa como presunción “*juris tantum*”, y decae, como en el caso, cuando se demuestra la inexistencia de equivalencia en un área material extraña al ámbito de aplicación material del Convenio. también se hace referencia a las cuestiones sobre auxilio judicial y ejecutoriedad de los documentos públicos extranjeros.

En último término se examinan las normas de carácter procesal relativas a los contratos en el Mercosur. En particular el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual de 6 de abril de 1994, el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo de 22 de noviembre de 1996 y el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de 22 de mayo de 1992. Respecto al primero de los instrumentos, se subraya la relevancia que otorga a la sumisión o elección de foro por las partes, ya sea tácita o expresa, y el hecho de que la ausencia de normas especiales sobre consumidores obligara a concluir un nuevo instrumento “*ad hoc* : el Protocolo de Santamaría. En relación con éste instrumento jurídico el autor destaca la necesidad de tomar en consideración los problemas de acceso a la justicia -y al mismo consumo- por los sectores marginales de la población, dada la limitación real existente, ante el riesgo de que normas de protección del consumidor muy avanzadas sólo sirvan para un sector restringido de los ciudadanos. Desde el punto de vista normativo se hace hincapié en su pretensión de equilibrar la posición del consumidor respecto al comerciante/proveedor, mediante el otorgamiento de la competencia judicial a los jueces y tribunales del Estado del domicilio del consumidor cuando éste sea quien interponga la demanda, pero sólo facultativamente el comerciante/proveedor presentará la demanda en el Estado del domicilio del consumidor. Un aspecto este último que sorprende al espectador externo europeo, por su clara diferencia con las soluciones del Convenio de Bruselas, pero fundamentalmente porque no establece el carácter imperativo, y por tanto el aspecto más protector, del foro del domicilio del consumidor.

En cuanto al Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa es analizado en sus aspectos de asistencia o auxilio judicial y de reconocimiento y ejecución de sentencias. Su mecanismo, más tradicional que el del Convenio de Bruselas al operar sobre la base de una Autoridad Central que actúa en cada Estado miembro a efectos del Protocolo, es valorado muy positivamente por el autor en lo que sirve a los intereses de la integración. En similares términos se consideran las normas del Protocolo de Santamaría que regulan el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de consumo.

Tras poner en evidencia el contraste en el Mercosur entre la ausencia de normas sobre ley aplicable y el desarrollo de las normas del proceso internacional en materia de contratos, las palabras de conclusión hacen un último hincapié en la virtualidad del Derecho internacional privado «para responder a las nuevas circunstancias del mundo de hoy».

Dámaso Javier VICENTE BLANCO (*)

(*) Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado. Universidad de Valladolid. España.

TEN HAVE, Henk, "From Synthesis and System to Morals and Procedure: the Development of Philosophy of Medicine", en CARSON, R. A. - BURNS, C. R. (eds.), "Philosophy of Medicine and Bioethics", Netherlands, Kluwer, 1997, págs. 105 y ss. (Corina Dolores ELISIO)

Este artículo contiene diferentes secciones en las cuales el autor intenta descubrir cómo y de qué modo fue progresando o involucionando la Filosofía de la medicina según las diferentes corrientes de pensamiento.

Las secciones son: 1. Introducción, 2. La desaparición de la Filosofía de la Medicina, a. El fin de la Filosofía, b. El crecimiento del saber, c. La expansión de la Filosofía, d. El Progreso de la Filosofía, 3. La Aparición de la Filosofía, 4. Continuidad y discontinuidad, a. Interacción con la Filosofía en General, b. Tradiciones en la Filosofía de la Medicina, 5. La Reconsideración de la Filosofía de la Medicina.

1. INTRODUCCION

En las últimas dos décadas se puede observar que hay por lo menos tres tipos de desarrollo que contribuyeron en una virtual invisibilidad a la filosofía de la medicina tanto en forma práctica como teórica.

De veinte años hasta ahora, la filosofía de la medicina se puede describir como que ha tenido un proceso de eticalización, tecnicización y anti-realismo, entonces la pregunta es en qué se lo implica en los pronósticos de la filosofía de la medicina.

2. LA DESAPARICION DE LA FILOSOFÍA DE LA MEDICINA

La tesis respeta que el fin de la filosofía es común en la historia de la filosofía. En muchos casos, la actividad filosófica ha continuado después de la proclamación que la filosofía a muerto. Algunos pensadores argumentan, al decir de Comte, que la filosofía debe ser desplazada por una nueva disciplina como la sociología, o según Foucault, por la arqueología del conocimiento.

Sólo de vez en cuando, afirman que la filosofía está llegando a un fin, desde que han

sido dadas todas las respuestas definitivas.

En la filosofía de la medicina y en la filosofía en general, el número de libros, periódicos, institutos, centros y profesionales se ha incrementado de manera estable. Donde es más marcado es el crecimiento de la literatura. Este producto de la reflexión filosófica, sin embargo, muestra los aspectos particulares en sí mismos. Un análisis filosófico de un problema específico, usualmente comienza con una discusión de las teorías de otros filósofos, preferentemente desde la antigüedad hasta el presente. Esta tendencia al historicismo apunta al hecho que con respecto a la filosofía, la historia juega un rol completamente diferente, que el que juega en otras disciplinas. Las investigaciones históricas rebelan los mismos tipos de problemas así como las soluciones parecen retornar en formas y formulaciones en siempre cambiantes. Las Filosofías del pasado no son simplemente historia, en el sentido de que puede ser un nivel primitivo del pensamiento. Esta especial relación entre la filosofía y su historia, nos lleva de nuevo a la cuestión del progreso, pero no podemos dejar de lado la controversia sobre el proceso de filosofar en sí mismo.

El progreso del saber, la expansión y el progreso en la Filosofía.

Los filósofos comienzan con curiosidad, quieren descubrir y encontrar al mundo y a sí mismo, sobre sufrimiento, enfermedades y curaciones. Ellos examinan las tesis que forman las bases de las otras disciplinas, no aceptan dogmas como una autoridad intelectual, ni siquiera en su propia disciplina y tradición. Filósofos como Kant les decía a sus alumnos que no debían enseñar filosofía, sino, como filosofar, no ideas para repetir, sino como pensar. Actividades auténticas pueden dejar nuevos productos, nuevas filosofías. Las nuevas escuelas de filosofía se han originado a partir de un nuevo método para filosofar: el método trascendental de Kant, la dialéctica de Hegel, y el método fenomenológico de Husser. Toda actividad auténtica en el proceso de filosofar crea sus propias materias. En el nuevo conocimiento es como se observa un signo de expansión.

Las actividades que le dan fortaleza, coherencia y consistencia a los sistemas filosóficos generalmente dejando el progreso filosófico, por ejemplo, la evolución del utilitarismo de Bentham hacia Mill.

Muchos problemas filosóficos, son generalmente faltos de solución. En contraste con la ciencia donde el progreso es posible a través de un consenso, la filosofía aparece a través de la diversidad. La diversidad y la pluralidad testifican que la filosofía es una ciencia de la perspectiva, si miramos para atrás vemos que cada tiempo y cultura confrontan los mismos problemas básicos. Los mismos problemas de base y cada pregunta es tentativa. El progreso reposa en la multiplicación de visiones y perspectivas sobre el ser humano y el mundo, esto hace que nos demos cuenta de la complejidad de mundo, así como las mismas limitaciones sobre la reflexión individual.

3. LA APARICION DE LA FILOSOFIA DE LA MEDICINA

El Autor describe de manera sintética cómo desde sus comienzos en el siglo XIX la filosofía de la medicina se va desarrollando como actividad hasta su concreción ciencia de estudios focalizados en conceptos tales como enfermedad , dolor y muerte

4. CONTINUIDAD Y DISCONTINUIDAD

En esta sección el autor explica desde las diferentes corrientes de pensamiento (Tradición epistemológica, antropológica y la ética), el avance de la Filosofía de la medicina, concentrándose en las estructuras conceptuales. También especifica nombrando autores como Brentano y a Wladyslaw Bieganski, que en su crecimiento como ciencia, esta filosofía ha tenido avances y otras veces retroceso a lo largo de su historia

LA RECONSIDERACIÓN DE LA FILOSOFÍA DE LA MEDICINA

A modo de conclusión, en ésta última sección, el autor conceptualiza la medicina y la relación con la Filosofía, donde afirma que es un complejo de significados, conocimientos y prácticas, en un sentido amplio, pero para determinarlo de manera más estricta se debe estudiar de manera profunda las diferentes culturas y sociedades que influyen a que tenga esta identidad.

Para esto es necesario una comparación crítica de las tradiciones nacionales y extranjeras, siempre teniendo en cuenta las variadas perspectivas filosóficas que van formando a la medicina.

Corina Dolores ELISIO (*)

(*) Aspirante a Ayudante de Investigación del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Ayudante de Segunda Categoría "Ad honorem" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.