

# APORTES PARA EL DESENVOLVIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL DERECHO PRIVADO DESDE LA COMPRENSIÓN DE LA DECISION Y LA ESTRATEGIA (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

## a) El principio de razonabilidad en el Derecho Privado en general

1. Desde hace largo tiempo se viene caracterizando al hombre como un «*animal racional*»<sup>1</sup> y esa posición tuvo uno de sus momentos culminantes en la Edad Moderna, que suele ser llamada la «Edad de la Razón». Existe también, sin embargo, una prolongada tradición que señala la «*irracionalidad*» del ser humano, corriente que encuentra uno de sus puntos culminantes en el pensamiento de Nietzsche, uno de los autores que más han influido en la formación de la actual «postmodernidad»<sup>2</sup>.

(\*). Notas para la exposición del autor en el Seminario sobre «El principio de razonabilidad en el Derecho Privado» organizado por la Escuela de Graduados y el Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(\*\*). Profesor de Filosofía del Derecho Privado y director de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

1. Puede v. por ej. ARISTOTELES, «Del Alma», en «Obras», trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, 413 b y ss., págs. 844 y ss.

2. V. por ej. NIETZSCHE, Federico, «Así hablaba Zaratustra», trad. La Juventud Literaria, Barcelona, por ej. pág. 8. Es posible c. v. gr. FERRATER MORA, José, «Diccionario de Filosofía», 5ª. ed., Bs. As., Sudamericana, t. I, 1965, págs. 994 y ss.

La Metafísica se ha referido a menudo a las «razones seminales», que son los «gérmenes» de las cosas, pero la modernidad se remitió a una razón más «abstracta», más alejada de esas consideraciones profundas, en gran medida por la crisis de la Metafísica tradicional e incluso de la Ontología en la que tanto influyó Kant. La tensión entre *razón e historia* y entre *razón y biografía* encontró uno de sus momentos significativos, por ejemplo, en el siglo XIX y la búsqueda de su superación se expresa, v. gr., en la idea sostenida en nuestro siglo de la «razón vital»<sup>3</sup>.

Creemos que no puede demostrarse que el hombre sea un «animal racional» o «irracional», pero es cierto que a menudo nos referimos a él al menos «construyéndole» una «racionalidad» que consideramos característica. Con miras a resguardar la noción de racionalidad del hombre se denuncia a la «racionalización» que es, por el contrario, una «pseudo-explicación». Al instalarse en un terreno de prescindencia de la Metafísica y de la Ontología, la tradición kantiana se remite a menudo a la *razonabilidad* y así lo hacen desde distintas perspectivas, v. gr., la búsqueda de la razón normológica realizada por Kelsen y la teoría de la justicia de Rawls<sup>4</sup>. Como medio para las valoraciones de justicia Werner Goldschmidt señaló, a su vez, un «*sentimiento racional*», es decir, un sentimiento que responde a razones<sup>5</sup>.

Aunque muchas veces se identifique a lo razonable como justo («Arreglado, justo, conforme a razón»<sup>6</sup>), creemos que la «razonabilidad», como posibilidad de

3. Acerca de las diversas acepciones de la palabra razón, v. por ej. *id.*, t. II, págs. 524 y ss.
4. V. por ej. KELSEN, Hans, «Teoría pura del derecho», trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960; RAWLS, John, «A Theory of Justice», 10ª ed., Cambridge, Massachusetts, Belknap, 1980, por ej. págs. 142 y ss. («The Rationality of Parties»). Respecto de la racionalidad v. por ej. AUDI, Robert (ed.), «The Cambridge Dictionary of Philosophy», 2ª reimp., Cambridge, University Press, págs. 674/5.
5. Por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes», 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 396 y ss.
6. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, «Diccionario de la Lengua Española», 21ª ed., Madrid, t. II, 1992, pág. 1731.

En <http://www.ucm.es/info/eurotheo/05.htm> (Universidad Complutense de Madrid) puede v. la siguiente bibliografía sobre Razón y Racionalidad: ALBERT, H., «Tratado sobre la razón crítica», ed. Sur; BUNGE, Mario, «Intuición y razón», ed. Tecnos; «Racionalidad y realismo», Alianza Ed.; BUSHOFF, Heinrich, «Racionalidad crítica y política. Una introducción a la filosofía de lo político y a la teoría de la politología», ed. Alfa; DEBRAY, Régis, «Crítica de la razón política», ed. Cátedra; ELSTER, Jon, «El cambio tecnológico. Investigaciones sobre la racionalidad y la transformación social», ed. Gedisa; «Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión», ed. Gedisa; «Las uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad», ed. Península; FERRATER MORA, José, «De la materia a la razón», Alianza ed.; GADAMER, Hans-Georg, «La razón en la época de la ciencia», ed. Alfa; «El giro hermenéutico», ed. Cátedra; HÜB-

responder a un *punto de vista* de razón, depende de lo que se tome como tal<sup>7</sup>. Proyectando la comprensión de la teoría trialista del mundo jurídico, puede decirse que existe una razonabilidad *normológica*, otra *axiológica* y otra *sociológica*<sup>8</sup>.

A nuestro parecer, uno de los puntos de vista de razonabilidad menos desarrollados en la comprensión de la razonabilidad jurídica, en gran medida por las limitaciones promovidas por la escuela de la exégesis y el kelsenianismo, es el sociológico, en el cual cabe señalar la diferenciación goldschmidtiana entre «móviles», «razones alegadas» y «razones sociales» y urge tener en cuenta los aportes que pueden brindar los desarrollos teóricos acerca de la toma de *decisiones* y de la *estrategia*. No creemos viable un juicio satisfactorio acerca de la razonabilidad de un acto jurídico si no se tienen en cuenta la toma de decisión y la estrategia en los que se inscribe<sup>9</sup>.

NER, Kurt, «Crítica de la razón científica», ed. Alfa; LAING, R. D. - COOPER, D. G., «Razón y violencia. Una década de pensamiento sartreano», ed. Paidós; LUKACS, George, «El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler», ed. Grijalbo; MARCUSE, Herbert; «Razón y revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social», Alianza Ed.; MARTINEZ, Miguel, «El paradigma emergente. Hacia una nueva teoría de la racionalidad científica», ed. Gedisa; MOSTERIN, Jesús, «Racionalidad y acción humana», Alianza Ed.; MUGUERZA, Javier, «La razón sin esperanza», ed. Taurus; NOZICK, R., «La naturaleza de la racionalidad», ed. Paidós; NUDLER, Oscar (Comp.), «La racionalidad: su poder y sus límites», ed. Paidós; OLIVE, L. (Coord.), «Racionalidad. Ensayo sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología», ed. Siglo XXI; PUTNAM, H., «Razón, verdad, historia», ed. Tecnos; QUINTANILLA, Miguel A., «A favor de la razón», ed. Taurus; RODRIGUEZ IBÁÑEZ, José E., «El sueño de la razón», ed. Taurus; SCHMIDT, Gerhardt, «Razón y experiencia. Estudios sobre la historia y sistema de la filosofía», ed. Alfa; SOTELO, Ignacio, «Sartre y la razón dialéctica», ed. Tecnos; STRASSER, Carlos, «La razón científica en política y sociología», ed. Amorrortu; TIerno GALVAN, Enrique, «El miedo a la razón», ed. Tecnos; VILLACANAS BERLANGA, J. L., «Racionalidad crítica. Introducción a la filosofía de Kant», ed. Tecnos; WHITEHEAD, Alfred N., «La función de la razón», ed. Tecnos, ZEMELMANN, Hugo, «Los horizontes de la razón. Uso crítico de la teoría. I., Dialéctica y apropiación. II. Historia y necesidad de utopía», ed. Anthropos.

7. Al debilitarse la creencia en la objetividad de la justicia, la frontera entre lo «razonable» y lo racional se debilita.
8. Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
9. Aunque se está comenzando con la elaboración de «estudios de mercado» respecto de los emprendimientos jurídicos profesionales, creemos que es mucho lo que falta en la preparación de los futuros egresados universitarios en tal sentido (puede v. por ej. [http://db2.intermedia.com.ar/claves/estudios/estudio\\_detalle.html?codigo=10100030320000](http://db2.intermedia.com.ar/claves/estudios/estudio_detalle.html?codigo=10100030320000) ; preferiríamos, sin embargo, hablar de estudios de decisión y estrategia).

2. El desenvolvimiento de *principios* en el Derecho en general y en el Derecho Privado en especial posee alta significación<sup>10</sup>. Sin embargo, estimamos que es importante no desconocer que los «principios» suelen no ser más que consagraciones sintéticas de realidades como, en nuestro caso, es la de la razonabilidad. A nuestro parecer, la referencia a principios suele implicar demasiado riesgo de remisión a nociones metafísicas que nos parecen inabordables<sup>11</sup>. Podría decirse que el «principio» de razonabilidad atraviesa todas las ramas jurídicas, pero creemos mejor afirmar que, con diversos significados, la «razonabilidad» atraviesa todas esas áreas.

3. La caracterización del *Derecho Privado* puede hacerse desde muy diversos enfoques, pero creemos que quizás la referencia más esclarecedora sea la que lo remite a las exigencias de *justicia particular*, diferenciándolo del Derecho Público, más signado por los requerimientos de justicia general (dirigida al bien común). Dentro del Derecho Privado surge así, a su vez, un área más «privatista», de los contratos y el patrimonio en general, y otra de familia, más cercana al Derecho Público.

Entendemos que en el ámbito del Derecho Privado, donde la lucidez en la adopción de decisiones y la construcción de la estrategia suele ser tan significativa, sobre todo en los proyectos económicos y familiares, es donde, por razones de visiones parcializantes, menos se han querido considerar las perspectivas de razonabilidad de decisión y estratégica que señalamos<sup>12</sup>.

## **b) La razonabilidad en la decisión y la estrategia**

### *a') La decisión*

4. Los desarrollos trialistas han incorporado enseñanzas del tridimensionalismo realleano que indican que los «repartos», adjudicaciones de «potencia» e «impotencia» producidas por la conducta de seres humanos determinables, se originan en

10. Puede v. por ej. ESSER, Josef, «Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado», Barcelona, Bosch.

11. Acerca del significado de la palabra «principio» es posible c. v. gr. FERRATER MORA, op. cit., t. II, pág. 489.

12. Otra vía importante (pero de muy riesgosa radicalización) es la comprensión económica del Derecho ( v. por ej. POSNER, Richard A., «The Economics of Justice», 16ª ed., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986).

un proceso que abarca el *reconocimiento* de una realidad fáctica situacional y de un complejo de fines respecto de los cuales son posibles diversas conducciones, entre los cuales se *decide* alguno y luego se lo *efectiviza*. Reconocimiento, decisión y efectivización son las tres grandes tareas que originan los repartos<sup>13</sup>. Esas tareas pueden cumplirse de manera más profunda cuando se emplean al menos las *categorías de análisis* que, para el área del Derecho todo y del Derecho Privado en especial, brinda la *teoría trialista del mundo jurídico*<sup>14</sup>.

5. Ya se ha evidenciado que es difícil llegar a una noción compartida de racionalidad, sobre todo por la relación entre ese concepto y las ideologías. Esto contribuye a que sean diversos los *criterios de decisión* y sea también difícil el desenvolvimiento de la teoría respectiva<sup>15</sup>.

La toma de decisiones es el proceso de escoger una entre varias opciones, elección que se relaciona con alguna racionalidad. La opción se vincula estrechamente con el aprovechamiento de las *oportunidades*, con referencia a la cual cabe desenvolver la perspectiva dinámica del Derecho<sup>16</sup>.

Uno de los requerimientos más comunes que suelen plantearse es la necesidad de reconocer y evaluar en la mayor medida factible el *problema* y su *solución*, *conjeturando* los cursos venideros, con todas las *alternativas* posibles, y procurando obtener con el menor «costo» el mayor «beneficio», pero es claro que estas mismas nociones dependen de posiciones muy vinculadas a preferencias personales que incluso no siempre están claras<sup>17</sup>. Cuando se habla de razonabilidad hay que tener en cuenta el sujeto y el criterio de su referencia. La toma de decisiones requiere, además, *experiencia* y *creatividad*.

13. Es posible v. nuestra obra «La conjetura ...» cit., pág. 60.

14. Vale atender, v. gr., a los posibles repartidores, beneficiarios, objetos, formas, razones, modos constitutivos del orden, límites, etc.; a las normas; a los valores, etc.

15. La toma de decisiones ha motivado la atención de los economistas James Heckman y Daniel McFadden, galardonados con el Premio Nobel de Economía 2000 (puede v. HECKMAN, James - SMITH, Jeffrey, «Evaluating de Welfare State», [http://lily.uchicago.edu/papers/IADB/eval\\_text.pdf](http://lily.uchicago.edu/papers/IADB/eval_text.pdf); McFADDEN, Daniel, «Rationality for Economists», en «Journal for Risk and Uncertainty», Special Issue on Preference Elicitation, <http://elsa.berkeley.edu/eml/nsf97/mcfadden.pdf>); McFADDEN, Daniel - TRAIN, Kenneth, «Mixed MNL Models fon Discrete Response», en «Journal for Applied Econometrics» (<http://elsa.berkeley.edu/wp/mcfadden0500/mcfadden0500.pdf>).

16. Es posible v. nuestro «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976, págs. 12/3.

17. Puede c. nuestro libro «La conjetura ...» cit.

6. Para la decisión vale atender, analítica y sintéticamente, al *escenario*. En ese ámbito han de tomarse en cuenta los *sujetos participantes*. Urge reconocer y construir el propio sujeto y considerar a los otros sujetos con los que pueden tenerse *vinculaciones* de cooperación u oposición. El *pertrechamiento personal*, a través de la obtención de medios de capital y «naturaleza» (disponibilidades materiales e inmateriales que incluyen la estructura normativa, la información, la patente de invención, la marca, etc.), los *medios de comunicación* (en los que cabe tener en cuenta a la propaganda) y *de transporte*, la referencia a la *presencia estatal* (colaboradora o perturbadora) y los *objetivos* (de máxima y de mínima) han de recibir atención.

El debilitamiento de la presencia estatal en nuestros días es un dato que puede ser de significación, sobre todo en cuanto se relaciona con el desempeño de los abogados que, durante tanto tiempo, fueron asociados a ella<sup>18</sup>. En relación con los objetivos se ha de atender, como ya señalamos, a los *móviles*, las *razones a alegar* y la *razonabilidad social* propia y ajena.

7. El reconocimiento de la realidad puede enriquecerse a la luz de la consideración de las *categorías básicas* de la realidad social del Derecho, entre las que se destacan por ejemplo la finalidad objetiva que encontramos en los acontecimientos y la posibilidad, ambas con carácter *pantónomo* (referido a la totalidad de sus proyecciones)<sup>19</sup>. Aunque suele pensarse que la decisión es «racional», no hay que desconocer que a menudo ella se produce por vía intuitiva.

Para el reconocimiento de los motivos de la decisión es muy aleccionador el «método de las variaciones», que consiste en variar mentalmente el caso real mediante modificaciones irreales a fin de averiguar cuáles son las consideraciones importantes<sup>20</sup>.

Al llamado modelo *economicista*, que trata de considerar el problema y las necesidades en plenitud, suele oponérsele -con un sentido quizás más realista- el modelo de la *racionalidad limitada*, según el cual se opta por la primera posibilidad suficientemente satisfactoria, dejando en todo caso la crítica de lo que se obtenga como enseñanza para nuevos casos. Suele hacerse referencia incluso a un *modelo sim* -

18. El abogado de la postmodernidad ha de atender al debilitamiento de la fuerza de la «patente estatal» para su profesión, que quizás abra nuevos cauces de evaluación y control con miras a su fortalecimiento o sustitución; a las transformaciones de la posibilidad de ejecutar los pronunciamientos judiciales por la globalización/marginación; a la creciente posibilidad de ejercer sus actividades por vía electrónica; a la mayor facilidad de información sobre el Derecho extranjero, etc.

19. Puede v. nuestro «Derecho ...» cit. págs. 60 y ss.

20. C. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 396/7.

*plificado* de la realidad, en el que, se hace remisión primaria a las decisiones anteriores que resultaron satisfactorias y al *modelo del favorito implícito*, donde las preferencias dirigen a una decisión que se jerarquiza, excluyendo en principio las otras posibilidades. El tipo de razonabilidad es en cada caso diverso.

8. Como lo ha destacado durante décadas el trialismo, el reparto a decidir puede *desarrollarse* por vías de *acuerdo* y de *controversia* (repartos autónomos o autoritarios) y, dentro de ésta, corresponde un lugar a la senda jurisdiccional judicial, para la que tradicionalmente suele prepararse a los abogados continentales casi con exclusividad. Asimismo hay que atender a las posibilidades de planificación y de desenvolvimiento por ejemplaridad.

### *b') La estrategia*

9. La toma de decisiones se produce en *marcos estratégicos* en los que también cabe avanzar en la apreciación del grado de razonabilidad<sup>21</sup>. En el ámbito privatista, cada decisión patrimonial o familiar es mejor comprendida a la luz de la perspectiva estratégica.

Los recortes problemáticos suelen llevar, en cambio, a la pérdida de la visión de conjunto que significa la estrategia, dentro de la cual cobran sentidos más claros los diversos movimientos *tácticos*. Por ejemplo: ganar un pleito puede significar la ruina de una empresa, porque se rompe una relación vital para su desenvolvimiento.

10. En los enfoques estratégicos suelen diferenciarse los apoyados especialmente en la *excelencia propia* y los que buscan vías de relacionamiento en *cooperación* con los demás o de *oposición*.

Cuando se trata de la *excelencia propia*, los aspectos jurídicos del control de calidad adquieren particular importancia y si se trata del relacionamiento en cooperación la propaganda y la atención de los reclamos pueden ser especialmente relevantes.

La estrategia de *enfrentamiento* da lugar a despliegues *defensivos* y *ofensivos* que, a su vez, pueden ser de ataque *frontal*, de *flanqueo* o de *guerrilla*.

21. Es posible v. nuestros artículos «Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado», en «Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 23, págs. 17 y ss.; «La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas», en «Investigación y Docencia», N° 32, págs. 25/6.

El despliegue *defensivo*, de quien está en el lugar deseado y no busca incrementarlo, ha de considerar cómo bloquear los ataques, la posibilidad del «autoataque» para ocupar el lugar posible del adversario y, de modo especial, el mantenimiento de reservas, que al fin siempre es imprescindible. La ofensiva *frontal*, a practicar por quienes pueden cuestionar integralmente al defensor, puede apoyarse en la táctica de hallar la debilidad en el punto fuerte de ese oponente y siempre ha de buscar un frente estrecho, para evitar que juegue la superioridad posicional del defensor. El *flanqueo*, a desarrollar por quienes no están en condiciones de un ataque frontal pero pueden conservar lo que obtengan, ha de apoyarse, en lo posible, en la sorpresa y ha de tratar de ganar puntos marginales. La *guerrilla*, a desenvolver por quienes en principio no están en condiciones de quedarse siquiera en los lugares que consigan, debe estar dispuesta a atacar, ganar y luego retirarse.

Tanto en la vida contractual y patrimonial, como en la familiar, la estrategia en sus diversas manifestaciones tiene gran importancia. No es posible entender en profundidad la razonabilidad de los actos jusprivatistas sin tener en cuenta estos significados. No todos los contratos de una empresa tienen igual importancia ni ha de ser el mismo el comportamiento que se asuma ante ellos.

El triunfo de la estrategia biográfica respecto de las tácticas estatales suele manifestarse, por ejemplo, en las relaciones laborales en que los trabajadores, necesitados de recursos económicos, admiten condiciones laborales que un pleito podría resolver, pero destruyendo sus posibilidades vitales de conjunto. Si el Estado quiere brindar vías de intervención efectivas, ha de dar a los trabajadores condiciones estratégicas y no sólo tácticas favorables.

### c) Horizonte histórico

11. La comprensión, aunque fuese intuitiva, de los planteos decisionales y estratégicos ha sido uno de los rasgos brillantes que caracterizaron a muchos juristas del pasado. Eso es lo que ocurrió entre nosotros con Juan Bautista Alberdi y Dalma- cio Vélez Sársfield y con el brillante despliegue político-jurídico de Domingo F. Sar- miento. Ellos pensaron, por ejemplo, la Constitución Nacional y el Código Civil, dentro de proyectos estratégicos de país bastante análogos.

Sarmiento defendió el Código Civil, que hizo aprobar a libro cerrado, dentro de la razonabilidad de una estrategia referida a los ideales expresados en «Facundo», que incluía la «modernización» educativa y tecnológica del país y también una po- lítica migratoria, política cuyos resultados en parte diferentes de los buscados, pue-



den haber sido una de las causas principales del limitado éxito del conjunto de país pretendido<sup>22</sup>. Sería deseable que hoy, ante la posibilidad de un nuevo Código Civil, se desarrollara una comprensión decisional y estratégica no sólo de igual sino de superior profundidad<sup>23</sup>.

12. En última instancia, a la luz de la comprensión estratégica puede elaborarse y comprenderse mejor el *proyecto «biográfico»* de cada persona y son más claramente apreciables su grado de *libertad* y el *humanismo* de las soluciones que recibían sus problemas.

Una razonabilidad sin referencias decisionales y estratégicas puede ser una mera racionalización.

22. Puede c. nuestro libro «Filosofía, Literatura y Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 101 y ss. También nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

23. Una comprensión estratégica que parece ser rudimentaria suele llevar a la sujeción a las condiciones financieras globales, sin que al menos se expliciten estudios fundados que muestren por qué no hay más solución que pagarla, como se pretendió en «El Mercader de Venecia», con el corazón de los deudores. Desde nuestro punto de vista ético, los grandes acreedores de esa deuda no son siquiera un judío que no tenía más respaldo que su dinero, sino un complejo financiero que domina al mundo en globalización/marginación.

# EL JUEZ, EL PROCESO Y EL ESTADO EN LA POSTMODERNIDAD (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

## a) El juez

1. Cuando se trata de encontrar el sentido más hondo de la noción de juez que empleamos habitualmente cabe referirla a un *tercero* que «resuelve» un caso<sup>1</sup>. Los casos pueden ser entendidos de maneras muy diversas, pero consideramos que el modo más enriquecedor es apreciarlos como conflictos de intereses, en un sentido más pleno puede decirse conflictos sobre «repartos» de lo que favorece o perjudica a la vida, podría indicarse de «potencia» e «impotencia»<sup>2</sup>. Como suele suponerse que el juez ha de referirse a un Derecho preexistente, «natural» o «positivo», resulta que ejerce «*jurisdicción*», aunque con este término cabe señalar también el «hacer» básicamente el Derecho.

El juez «racionaliza» la solución del caso, vinculándose así su desempeño con la caracterización del hombre como animal «racional». Pese a que la noción de justicia es muy debatible y creemos que sólo podemos sostenerla en base a su «construcción», estimamos que la tarea última del juez es hacer *justicia*.

(\*).Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

1. Es posible v. nuestra «Filosofía de la Jurisdicción»,Rosario,Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

2. V. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Derecho Internacional Privado», 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988, pág. 3; «Introducción filosófica al Derecho», 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

## b) El proceso

2. La expresión «*proceso*», derivada de «ceder», en este caso de dejar que lo existente en el caso dé lugar a otra situación, tiene un sentido de dinámica de avance, que se opone a «retroceso»<sup>3</sup>. Para poder desenvolverse, el proceso necesita que se produzcan «concesiones», entre las que cabe citar la preclusión de sus etapas.

La necesidad de diferenciar el «*fondo*» y el «*proceso*» se ha intensificado a medida que se ha comprendido que el juez, en especial como tercero, no puede ser «omnisciente» y debe esforzarse por conocer el caso. Han contribuido a ello el debilitamiento del «realismo ingenuo» y el despliegue moderno de la *gnoseología* y la exigencia *liberal* de amparar al gobernado contra el gobernante.

Puede decirse que a la «*complejidad impura*» que mezclaba el proceso y el fondo, le sucedió la «*simplicidad pura*» que aisló al proceso del fondo y a ésta ha de seguirle la «*complejidad pura*» que vincula a ambos despliegues de manera integrada. En la larga historia de las relaciones entre el proceso y el fondo, la complejidad impura puede ejemplificarse en el «pre-juicio» con que actuaba el juez de la inquisición.

Cada tipo de proceso es una manera de construir los casos. La teocéntrica medievalidad recurrió a los «juicios de Dios», en tanto que hoy la relativamente antropocéntrica sociedad capitalista deja más que cada parte sea artífice de la construcción según sus propios intereses.

Entre los jueces y el proceso se pueden plantear relaciones diferentes: por ejemplo, es posible concebir al proceso como un *instrumento* de la tarea de los jueces o a éstos como meros *ordenadores* del proceso<sup>4</sup>.

## c) El Estado

3. Aunque desde hace largo tiempo los jueces están vinculados al Estado, la comprensión de la posición actual de la tarea judicial ha de referirla en especial al *Estado moderno-nacional*.

3. Es posible v. por ej. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, «Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico», Madrid, Gredos, t. I II, 1980, págs. 12/3 («ceder»).

4. Acerca de la comprensión filosófica de los principios procesales pueden v. por ej. nuestros «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. III, 1984, págs. 93 y ss-

El Estado moderno nació de una red de causas entre las que ocupa lugar muy destacado la necesidad de la burguesía de asegurarse espacios de desenvolvimiento de los mercados coincidentes con los ámbitos de poder de los reyes<sup>5</sup>. Maquiavelo brindó el nombre «estado» y la perspectiva de radicalización del poder; Hobbes reclamó el monopolio del poder en manos del gobierno y Bodin conceptuó la soberanía. Luego, Locke y Montesquieu exigieron la división del poder, Rousseau reclamó la democracia y, con figuras como Fichte, se constituyó la «nacionalización».

El Estado moderno-nacional reclamó para sí con especial intensidad el monopolio último de la construcción de los casos e intensificó la situación de los jueces como *funcionarios* suyos, con frecuencia relacionados necesariamente con otros «*poderes*» encargados por lo general de la legislación y la ejecución. Inserto en el régimen del Estado con *división de poderes*, el juez se encuentra a nuestro parecer ante la tensión de respetar esa división pero al fin atender a su tarea fundamental de hacer *justicia*.

#### d) Perspectiva especial de la postmodernidad

4. En la actual «*postmodernidad*», caracterizada por una muy tensa vinculación entre *mercado y economía en general, derechos humanos y democracia y república*, el Estado es el ámbito donde estas últimas encuentran especial realización<sup>6</sup>. Aunque

5. Es posible c. v. gr. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
6. Entre la abundante bibliografía acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestros artículos «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.; «La doctrina jurídica en la postmodernidad», en «Jurisprudencia Argentina», 18/VIII/1999 y asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievallidad, 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 Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; VATTIMO, Gianni, «El fin de la modernidad», trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, «Critique de la modernité», Fayard, 1992; HELLER, Agnes - FEHER, Ferenc, «Políticas de la postmodernidad», trad. Monserrat Gurguá, 2ª. ed., Barcelona, Península, 1994; 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; FORNERO, Giovanni, «Postmoderno e Filosofia», en FORNERO, Giovanni y otros, «Storia della Filoso-

las fuerzas y las relaciones de producción imponen un mercado y una economía al fin mundiales, la democracia y la república quedan en gran medida limitadas a los Estados modernos-nacionales. El Estado mundial que parece formarse a través del proceso de globalización/marginación, encabezado por los Estados Unidos de América y en general la Organización del Tratado del Atlántico Norte estaría, en caso de existir, en mero «estadio» «hobbesiano».

Un gran interrogante para los jueces y el proceso en la postmodernidad es la medida en que se ha de conservar la referencia estatal, incluyendo la división de los poderes respectiva. Para orientar la tarea de los jueces en nuestro tiempo, vale reconocer que por el momento la democracia y la república están interrelacionadas con la existencia del Estado moderno-nacional. Aunque la judicialidad y el proceso son realidades que exceden a las circunstancias históricas estatales, estimamos valioso que se vaya «*por el Estado, más allá del Estado*».

5. El juez y el proceso de la postmodernidad se encuentran *limitados* en múltiples aspectos. El mercado y la economía invitan a las partes a asumir la solución de sus conflictos, por ejemplo, a través de los *árbitros*, y promueven los avances de los *medios de comunicación* que a menudo «pre-juzgan» los casos. El mercado, que todo convierte en mercancía, «cosifica» a los casos, elaborándolos para venderlos en mejores condiciones de celeridad y «precio»; los senderos para la venta suelen ser los medios de comunicación de masas.

Por otro lado, los jueces postmodernos están sometidos a *nuevas exigencias*. Dado que resulta muy difícil cambiar el modelo económico capitalista mundializado, los poderes legislativos, órganos estatales tradicionalmente encargados de fijarlos, suelen perder ámbitos de actuación y jerarquía, promoviéndose así avances de los poderes ejecutivos (que con frecuencia son especialmente dóciles a los dirigen-

fia fondata da Nicola Abbagnano", Turín, UTET, vol. IV, 1994, págs. 389 y ss.; AUDI, Robert (ed.), «The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, «Post-modern», 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 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Postmodernidad y Derecho", Bogotá, Temis, 1993; 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 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.

las fuerzas y las relaciones de producción imponen un mercado y una economía al fin mundiales, la democracia y la república quedan en gran medida limitadas a los Estados modernos-nacionales. El Estado mundial que parece formarse a través del proceso de globalización/marginación, encabezado por los Estados Unidos de América y en general la Organización del Tratado del Atlántico Norte estaría, en caso de existir, en mero «estadio» «hobbesiano».

Un gran interrogante para los jueces y el proceso en la postmodernidad es la medida en que se ha de conservar la referencia estatal, incluyendo la división de los poderes respectiva. Para orientar la tarea de los jueces en nuestro tiempo, vale reconocer que por el momento la democracia y la república están interrelacionadas con la existencia del Estado moderno-nacional. Aunque la judicialidad y el proceso son realidades que exceden a las circunstancias históricas estatales, estimamos valioso que se vaya *«por el Estado, más allá del Estado»*.

5. El juez y el proceso de la postmodernidad se encuentran *limitados* en múltiples aspectos. El mercado y la economía invitan a las partes a asumir la solución de sus conflictos, por ejemplo, a través de los *árbitros*, y promueven los avances de los *medios de comunicación* que a menudo «pre-juzgan» los casos. El mercado, que todo convierte en mercancía, «cosifica» a los casos, elaborándolos para venderlos en mejores condiciones de celeridad y «precio»; los senderos para la venta suelen ser los medios de comunicación de masas.

Por otro lado, los jueces postmodernos están sometidos a *nuevas exigencias*. Dado que resulta muy difícil cambiar el modelo económico capitalista mundializado, los poderes legislativos, órganos estatales tradicionalmente encargados de fijarlos, suelen perder ámbitos de actuación y jerarquía, promoviéndose así avances de los poderes ejecutivos (que con frecuencia son especialmente dóciles a los dirigen-

fia fondata da Nicola Abbagnano", Turín, UTET, vol. IV, 1994, págs. 389 y ss.; 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 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Postmodernidad y Derecho", Bogotá, Temis, 1993; 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 Pénandx, 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.

tes del modelo) y requerimientos para que los jueces se internen en los espacios clásicos de la legislación y la ejecución.

Los desafíos de una *nueva era* de la historia, signada por enormes avances tecnológicos, sobre todo en el terreno biotecnológico, provocan exigencias para los jueces que antes resultaban inimaginables<sup>7</sup>.

6. La comprensión del equilibrio entre juez, proceso y Estado que requiere de modo específico la postmodernidad es imprescindible para el mantenimiento de una actividad que tanto se vincula con lo que consideramos *condición humana*.

7. Otra de las perspectivas en las que se exige la adaptación actual de la tarea judicial es la internacional, hoy complejizada por la internacionalidad acentuada, la globalización/marginación y la integración. En ese sentido, ha de replantearse a la jurisdicción internacional como el ejercicio compartido de una función que excede los marcos de los Estados; hay que intensificar la cooperación internacional y se ha de viabilizar el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. También es significativo atender a la necesidad del despliegue de la judicialidad en los procesos de integración, marco en el cual la tarea de los tribunales de las comunidades europeas tiene relieve muy destacado, al punto que puede decirse que mucho han hecho para impulsar a la integración en un cierto sentido de pre-estatalidad.  
Un interrogante de importancia es saber el grado de proyección a la internacionalidad y la integración que han de tener los tribunales estatales, en relación con la internacionalidad y la integración que vayan desplegando los otros poderes del Estado. ¿Debe internacionalizarse o integrarse la labor judicial más allá de lo que se haga con los desempeños ejecutivos y legislativos?

# EL PAPEL DE LOS ESTUDIOS DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES EN LA INTEGRACION DEL MERCOSUR (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

1. En el cambio de *edad de la historia* que Occidente difunde por el mundo es de suma importancia que, con especial intensidad, los despliegues *históricos* se complementen con los *biográficos*. La garantía de integración entre el pasado, el presente y el porvenir queda entonces muy vinculada al protagonismo de cada uno de los seres humanos. Más que nunca, la humanización de la temporalidad depende ahora de la *participación* de cada uno de nosotros.

En nuestros días, nuevos juegos de fuerzas y relaciones de producción, entre los que ocupan lugares destacados el empleo de la energía eléctrica y nuclear y la revolución en el conocimiento, llevan a un enorme cambio tecnológico, en el cual se destacan, por ejemplo, las grandes posibilidades de la informática y la genética. Por primera vez una especie resulta en condiciones de disponer de su propia

(\*). Notas para la exposición del autor en las Segundas Jornadas Nacionales de la Integración (Mercosur-Unión Europea)», a realizarse en Azul los días 27 a 30 de septiembre de 2000.

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

1. Pueden v. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.



evolución. Los avances logrados en estos senderos son en muchos aspectos maravillosamente positivos, al punto que, por ejemplo, es muy posible que las nuestras sean las últimas “generaciones de vida corta”, pero también hay riesgos enormes, como el peligro de que las condiciones de los nuevos seres humanos sean fijadas según las necesidades económicas, empobreciendo la riqueza de perspectivas del fenómeno vital.

A semejanza del papel de la Iglesia Católica en la Edad Media, que por una parte permitió que sobreviviera la herencia antigua permitiendo el “Renacimiento” posterior pero produjo también la Inquisición, la economía de nuestros días efectúa aportes magníficos, mas asimismo tiene perspectivas muy negativas. En el curso del desenvolvimiento del sistema capitalista se incluye todo lo que es útil al régimen, excluyendo aspectos de la vida y personas que resultan “inútiles” al mismo. Se produce, así un gran fenómeno de “*globalización/marginación*”<sup>2</sup>. No creemos que sea viable ni deseable apartarse de la ampliación de las perspectivas a nivel planetario, pero sí creemos que hay que procurar superar la globalización, que elimina las particularidades, por la *universalización* que las supera.

Una de las sendas para alcanzar la universalización es, a nuestro parecer, la *integración*. El fenómeno de integración puede ser entendido con diversos alcances, por ejemplo, referidos exclusivamente a la *apertura comercial*, como lo pretende el Area de Libre Comercio para las Américas, la formación de un *mercado*, como lo procura el Mercosur, o a un proceso que partiendo de comunidades limitadas pase por un mercado y llegue a una unión quizás *pre-confederal*, como la Unión Europea. Estimamos que para la preservación de las diversidades culturales es imprescindible que, sin perjuicio de la posibilidad de comerciar con todos los pueblos según

2. Respecto de la globalización/marginación es posible v. por ej. nuestros estudios «Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración», en «Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 24, págs. 41 y ss.; «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. McLUHAN, Marshall (con la colaboración de Quentin FIORE y Jerome ANGEL), «Guerra y paz en la aldea global», trad. José Méndez Herrera, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; KAUL, Inge - GRUNBERG, Isabelle - STERN, Marc A. (ed.), «Global Public Goods», Nueva York, The United Nations Development Programme, 1999; ORSI, Vittorio, «Las Claves de Davos 97», Bs. As., ABRA, 1997; URRIOLOA, Rafael (coord.), «La globalización de los desajustes», Venezuela, Nueva Sociedad, 1996; TOMLINSON, John, «Globalization and Culture», The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, «La aldea global», Tlalaparta, Tafalla, 1997.

resulte conveniente, se preserve la diversidad cultural de los países de la región a través del *Mercosur*. Podemos comerciar según convenga con todos los pueblos del mundo, pero debemos integrarnos con nuestros vecinos del Cono Sur.

Es verdad que al integrarnos se modificarán los caracteres de lo argentino, brasileño, paraguayo y uruguayo como existen actualmente, pero creemos que esa es la única manera viable para que dichos rasgos continúen existiendo. Es más, estimamos que la actual configuración de Estados de la región tiende a facilitar fenómenos bélicos, con los consiguientes *riesgos militaristas* que, de no ser neutralizados con la integración, pueden requerir un orden impuesto por potencias extrañas o acabar en nuevas guerras. Urge construir la «paz del Cono Sur», en cierto modo, la «*paz sudamericana*».

2. En gran medida se trata de la necesidad de resolver la cuestión tan central en nuestro tiempo de las relaciones entre el *mercado y la economía* y el *Estado*, vía de destacada importancia para el cumplimiento de los *derechos humanos y la democracia*.

Aunque parece hallarse en vía de formación una “pre-estatalidad” mundial en estadio hobbesiano, encabezada por los Estados Unidos de América y la Organización del Tratado del Atlántico Norte, es en los Estados “modernos-nacionales” frecuentemente debilitados por la globalización donde al menos por el momento parecen poder desarrollarse mejor los cauces liberales políticos, democráticos y de pluralidad cultural. Esto instala en la línea problemática de la relación sansimoniana y sobre todo marxista entre la “*infraestructura*” y la “*superestructura*”<sup>3</sup>. Al respecto, es evidente que hay posiciones que tienden a sostener en línea recta la preeminencia de lo económico o de lo estatal y otras que aprecian algún tipo de relación más dialéctica. Desde nuestro punto de vista, la influencia básica de la economía no debe ser desconocida, pero creemos que también es posible influir desde el Estado en la economía, y creemos que es en este sentido que se pueden adoptar grandes decisiones estratégicas. Además de tal aporte temático del sansimonismo y en especial del marxismo, es posible aprovechar la cuestión de la *constitución material*, formada por el juego de los factores de poder, que evidenció el planteo lassalleano<sup>4</sup>.

3. SAINT-SIMON, «Catecismo político de los industriales», trad. Luis David de los Arcos, 2ª. ed., en BIF, Bs. As., 1964; MARX, Carlos - ENGELS, Federico, «Manifiesto del Partido Comunista», en MARX, Karl, «El Manifiesto Comunista y otros ensayos», trad. Ediciones Progreso, Madrid, Sarpe, 1985, por ej. pág. 33.

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

La necesidad de integrar, en *medidas tácticas* a reconocer en cada caso, no debe ocultar, a nuestro parecer, la imprescindible exigencia estratégica universalista de integrar a nuestra región en el Mercado Común del Sur o, si se prefiere, en la Unión del Sur<sup>5</sup>. Estimamos que la formación del Mercosur debe estar fuera de discusión aunque, a semejanza de lo que ocurre en el interior de los Estados, han de aceptarse posiciones económicamente más liberales o socialistas. Más allá de las actitudes de los dirigentes partidarios y de los protagonistas de la vida económica, el desarrollo del Mercosur nos parece tarea de estadistas.

3. Tomada la gran decisión estratégica mercosureña, vale señalar que las posibilidades de desarrollo económico y de intervención estatal en el Mercosur no son hoy del todo satisfactorias.

La limitación de estas posibilidades tiene, por ejemplo, estrecha relación con la división de la cultura regional en dos grandes líneas: una más "*ibérica tradicional*", más paternalista, comunitarista y de inspiración católica medieval, cuyo exponente más paradigmático podría ser ya Felipe II, y otra "*anglofrancesada*", más abstencionista, individualista y de relativa afinidad "calvinista", cuya representación podría asignarse por ejemplo a Carlos III<sup>6</sup>. El sector ibérico tradicional se nutrió en algunas áreas con aportes itálicos meridionales y en otras zonas tiene afinidades indígenas o negras, en tanto que el sector anglofrancesado en sentido amplio incluye la derivación yanqui.

Por esa escisión, la región carece del empuje económico y de la estructura estatal con que suelen contar los países "centrales" y parece forzada a ser hoy "post-moderna" sin haber sido nunca cabalmente moderna.

El reconocimiento de los *factores de poder* que intervienen en la constitución material de la zona lleva a la necesidad de ahondar las investigaciones en cuanto a su identidad y a su posición respecto del proceso integrador.

En general, puede decirse que en cuanto a la voluntad integradora la Argentina ocupa un lugar destacado, aunque no tal vez generalizado y quizás no del todo con-

5. Uno de los enfoques estratégicos de especial importancia en la actual situación del Mercosur es el fortalecimiento de las perspectivas macroeconómicas del proceso (v. por ej. «Temas del Mercosur», N° 5).

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

También existen diferencias entre lo hispánico y lo portugués (es posible v. por ej. nuestro estudio «El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur», en «Derecho de la Integración», N° 4, págs. 113 y ss.).

sistente. Aunque se trata de cuestiones cuya realidad e investigación pueden modificarse y continuarse, estimamos que las grandes dimensiones de Brasil, generadoras de una muy destacada asimetría, tienden a promover la vocación de “autosuficiencia” de una especie de “imperio republicano”<sup>7</sup>. Es difícil -no imposible- que, dadas sus especiales dimensiones, Brasil acepte superar la intergubernamentalidad en aras de la supranacionalidad.

Creemos que las pequeñas dimensiones con que se estabilizó la existencia del Uruguay pueden hacerle poco atractivo, al menos de momento, correr riesgos de relacionarse con países mucho más grandes como Brasil y la Argentina. Si la economía y la estatalidad de los tres países de la región recién mencionados pueden tener rasgos de debilidad que dificulten el proceso integrador, creemos que éstas son mayores en la realidad con tantos rasgos feudales que suele mostrar el Paraguay.

A este panorama no exento de dificultades cabe agregar la relativa “insularidad” con que ha cumplido su desarrollo Chile y las condiciones de limitado desenvolvimiento y de riesgos de narcotráfico que puede presentar Bolivia.

Cuando el Mercosur se organizó contaba con una circunstancia especialmente favorable porque el proceso integrador europeo evidenciaba un gran interés en su formación, pero ahora, la apertura hacia el Este y la atención brindada a los intereses asiáticos debilitan la referencia europea al proceso sudamericano que, a su vez, tiene que resolver una no del todo clara y no equiparable posibilidad de relacionamiento americano evidenciada en la propuesta del Área de Libre Comercio.

4. En este marco de aspiraciones mercosureñas hay que reconocer la importancia histórica y biográfica para cada protagonista de los *estudios de Derecho en la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires*.

Creemos importante que se trate de la instalación en el *centro* de la provincia, a cuya integración puede contribuir, superando las tradicionales referencias porteñas o platenses. La integración de la provincia de Buenos Aires superando esas referencias puede ser importante a su vez para la construcción del federalismo argentino y la superación del centralismo porteño. Si la integración ha de neutralizar las fuerzas centralistas y el eje al menos hasta ahora principal Buenos Aires - San Pablo, es relevante que se produzcan otros ejes como el que, desde el centro de la proyección “Norte-Sur” de nuestro país e incluso desde la interioridad en el eje “Este-Oeste”

7. Es posible v. nuestra «Meditación de la asimetría en los procesos de integración, con especial referencia a la relación del Brasil con los otros países del Mercosur», en, «Derecho de la ...» cit., N° 8, págs. 27 y ss.

propone la ubicación de esos estudios. Es además importante que estos estudios de Derecho nazcan en relación con una Facultad no perteneciente a los polos de referencia porteño o platense, como es la de la Casa de la Universidad Nacional de Rosario con la que se ha celebrado el Convenio de fundación<sup>8</sup>.

Estimamos también significativo que se trate de una *Universidad Nacional*. Entendemos que los despliegues de docencia, investigación, profesión y extensión, que consideramos inherentes a la tarea de la Universidad en nuestro tiempo, son relevantes para la integración de la zona y consideramos que esas tareas tienen particulares relieves y posibilidades de realización por tratarse de una Universidad pública.

La *ciudad de Azul*, sede de los cursos, evidencia posibilidades económicas e institucionales satisfactorias<sup>9</sup>. Se trata de una ciudad con plenas características de tal, en la referencia a la plaza que pone al hombre «frente» al hombre y de espaldas al campo y a sus importantes expresiones urbanas, de la catedral de estilo gótico, el teatro, el palacio municipal, y un hotel de jerarquía; en la ausencia de baldíos, es decir en el contacto del hombre «con» el hombre y en el lujo que frecuentemente presentan las viviendas de hace algunas décadas<sup>10</sup>. Todo esto muestra atendibles posibilidades económicas. A su vez, son importantes las expresiones institucionales de la ciudad de Azul como cabecera de partido, con tribunales provinciales de primera y segunda instancia y un juzgado federal. Es más, ya existe la propia Universidad Nacional, cuyo Rectorado tiene sede en Tandil y con un campus en Azul. Creemos que se cuenta con una actividad económica importante, que puede ser reactivada, y un despliegue institucional estatal también valorable.

Consideramos relevante que el *pensamiento jurídico* se federalice en la Argen-

8. El área de Derecho de la Universidad Nacional del Centro funciona mediante convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y la Asociación de Abogados de Azul, con el financiamiento de la Municipalidad de Azul para la actividad de grado, y con el que provee la matrícula de los alumnos por intermedio de la Asociación Cooperadora para la actividad de posgrado.
9. Es posible v. respecto de Azul por ej. SARRAMONE, Alberto, «Historia del antiguo pago del Azul», Azul, Biblos, 1997.
10. En su estilo gótico, la catedral frente a la Plaza San Martín indica la disponibilidad de medios que -como ocurrió en la Edad Media- se encaminan a la elevación religiosa. El Teatro Español, las bibliotecas y los museos son testimonios de la inserción en el mundo general de la cultura. Pueden c. nuestros artículos «La paz en la ciudad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 22, págs. 31 y ss.; «Comprensión filosófica de la ciudad, sus conflictos y esperanzas (La ciudad en tiempos de la globalización y la marginación)», en «Investigación ...» cit., N° 29, págs. 13 y ss.

tina para acentuar la participación general en el proceso integrador y entendemos que los aportes que puede brindar la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, desde la asignatura optativa Derecho de la Integración, el Centro de Estudios Comunitarios y los proyectos de investigación en ya prolongado desenvolvimiento “Aportes para la marcha del Mercosur” y “Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario”, así como desde la asignatura Derecho Privado de la Integración de la Maestría en Derecho Privado, que se dicta en Rosario y en Azul, pueden ser relevantes.

Tenemos la opinión de que el modelo jurídico de pensamiento *trialista*, que se utiliza en varias asignaturas de los cursos que se imparten en Azul, brinda posibilidades de que se incremente el protagonismo biográfico-histórico integrador, con la superación de la mera referencia a las normas, con la atención a la realidad social y a los valores y con la apertura a la economía y a los otros despliegues de la cultura<sup>11</sup>. Estimamos que sólo con la apertura al conocimiento económico es posible dialogar con la economía y eventualmente corregir sus excesos.

5. En definitiva, si el nuevo tiempo ha de ser al fin humanista, como deseamos, debe serlo desde el protagonismo humanista *de cada uno de nosotros*.

11. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible 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; «La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

# EL PAPEL DEL JUEZ EN LA NUEVA ERA

(Con especiales referencias al Proyecto de Código Civil argentino) (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

1. La actividad del juez en la *nueva era histórica* que impulsa la cultura de Occidente exige importantes cambios en el perfil respectivo, entre los que se encuentran la necesidad de una mayor *comprensión estratégica*, referida al complejo del desarrollo jurídico, y la integración del saber y el hacer judiciales en el marco de los *conocimientos científicos y técnicos* a menudo considerados «metajudiciales»<sup>1</sup>. Sin

(\*). Trabajo elaborado en el marco del Centro de Investigaciones sobre la Magistratura de la Facultad de Derecho de la U. N. R. en organización. Bases para la participación del autor como panelista en las XIII Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, a realizarse en Paraná los días 14 a 16 de septiembre de 2000.

(\*\*). Profesor titular de la Carrera de Especialización para la Magistratura y miembro del Consejo Organizador del Centro de Investigaciones sobre la Magistratura de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

1. Es posible c. v. gr. nuestro artículo «La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo», en «Jurisprudencia Argentina», t. 1998-III, págs. 603 y ss.; asimismo nuestra «Filosofía de la Jurisdicción», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998. Además es posible c. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

Acerca de esta nueva era, que al menos por el momento suele ser denominada de la «postmodernidad», cabe v. por ej. nuestros artículos «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.; «La doctrina jurídica en la postmodernidad», en «Jurisprudencia Argentina», 18/VIII/1999 y 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 Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I, 1991; VATTIMO, Gianni, «El fin de la modernidad», trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, «Critique de la modernité», Fayard, 1992; HELLER, Agnes - FEHER, Ferenc, «Políticas de la postmodernidad», trad. Monse-

caer en la confusión del derecho con las otras áreas de la cultura, su aislamiento no puede significar más que su impotencia.

La nueva caracterización del juez ha de ser ampliamente superadora del papel de «boca de la ley» (una boca sin cerebro propio) asignado por la escuela de la exégesis mediante un abuso de las ideas de Montesquieu. En este caso atenderemos en particular a dos aspectos, respectivamente *biojurídico* y *jusprivatista internacional* (de los contratos) del *Proyecto de Código Civil argentino* actualmente en consideración<sup>2</sup>.

Con miras a tal referencia vale tener en cuenta -en relativa afinidad con los planteos de Gény- los *datos* materiales y formales y lo *construido*.

rrat Gurguá, 2ª. ed., Barcelona, Península, 1994; 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; FORNERO, Giovanni, "Postmoderno e Filosofia", en FORNERO, Giovanni y otros, "Storia della Filosofia fondata da Nicola Abbagnano", Turín, UTET, vol. IV, 1994, págs. 389 y ss.; 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 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Postmodernidad y Derecho", Bogotá, Temis, 1993; 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.

Más allá de la diferenciación de los jueces que se refieren más a las leyes o a la Constitución, que será tema también de las Jornadas, urge comprender la necesidad de que también posean una perspectiva estratégica. Es posible v. nuestras «Bases filosóficas ...» cit.

2. Obra de la Comisión designada por decreto 685/95. V. «Proyecto de Código Civil de la República Argentina», Bs. As., La Ley, 1999.



## 1) Los datos

### a) Los datos materiales

2. La cultura occidental, de raíces con equilibrio marítimo y terrestre signadas por el mar Mediterráneo y especial dinámica económica, difunde hoy por el mundo una realidad de profunda tensión entre la *economía* y el *mercado*, por una parte, y los *derechos humanos* (abarcando en general la protección de los débiles) y la *democracia* por la otra<sup>3</sup>.

### a') La economía y el mercado

3. Como el nombre que suele asignársele lo indica, la economía occidental es «*capital-ista*», o sea de predominio del capital. Aunque ha contribuido a superar el «militar-ismo» y el «clerical-ismo», vale recordar que el sistema no es «labor-ista», ni «natural-ista», ni «social-ista» y notoriamente tampoco «human-ista»<sup>4</sup>. El capitalismo ha generado una enorme *tecnología*, que se manifiesta de manera abrumadora en las más diversas manifestaciones de la vida, al punto que puede decirse que ha pasado la llamada «edad de la ciencia» y estamos en una «edad de la técnica»<sup>5</sup>.

La presencia de la técnica que se advierte ya, por ejemplo, en los *juegos* de los niños, llega a las sorprendentes manifestaciones del *confort*, la *comunicación*, la *información* y el *dominio de la vida humana*, sea en su reproducción, su prolongación e incluso su misma reorientación. El conocimiento del *genoma humano* tiene signi-

3. El predominio que hoy tiene la economía sobre el resto de la cultura es quizás tanto o más absorbente que el que en otros tiempos ejerció la religión.

4. Vale recordar las denuncias que contiene el planteo de las etapas históricas propuesto por Saint-Simon, cuyo cumplimiento parecería estar produciéndose en la actualidad (v. por ej. SAINT-SIMON, «Catecismo político de los industriales», trad. Luis David de los Arcos, 2ª ed., en B. I. F., Buenos Aires, Aguilar, 1964).

Aunque no desconocemos el valor de la posición de Saint-Simon, creemos que lo más importante no es producir y poner a nuestro alcance bienes materiales, sino simplemente vivir.

5. Una descripción cada vez más sorprendente de muchas características de nuestro tiempo puede v. por ej. en MARX, Karl - ENGELS, Federico, «Manifiesto del Partido Comunista», en MARX, Karl, «El Manifiesto Comunista y otros ensayos», trad. Ediciones Progreso, Madrid, Sarpe, 1985, págs. 27 y ss.

ficados deslumbrantemente revolucionarios<sup>6</sup>. Es posible que las actuales sean las últimas generaciones de «hombres de vida corta», pronto será factible la clonación humana y quizás pueda reorientarse el patrimonio genético de las personas, tal vez con una muy peligrosa influencia del sistema económico en la selección de las características que le sean más útiles.

Como lo advirtió el marxismo, el sistema económico trae consigo una intensa *concentración del capital*, de modo que cada vez hay menos ricos que son más ricos y más pobres que son más pobres. El capital es fuerte, en tanto los sujetos son progresivamente más débiles. La sofisticación de la dominación es sorprendente y hay hombres «producidos» según las *necesidades del sistema, como sucede con los consumidores*<sup>7</sup>.

El *capitalismo* financiero envuelve el Planeta de una manera febril y todo, incluso los casos jurídicos y los propios hombres se convierten crecientemente en cosas. El mundo se hace mercancía; los *casos «mercancías»* son preparados a los fines de que puedan venderse por los medios de comunicación de masas. El trámite judicial resulta a menudo demasiado lento y antifuncional para las exigencias del mercado.

El despliegue de la economía genera a su vez, a través de las actuales fuerzas y relaciones de producción, un avasallante proceso de *globalización-marginación*, que toma a las personas y de las personas en la medida que le sea necesaria y descarta el resto<sup>8</sup>. Es posible que como resultado de este proceso se esté generando un

6. En cuanto a la investigación del patrimonio genético cabe tener en cuenta el Proyecto Genoma Humano y la labor de los laboratorios Celera Genomics (cabe v. por ej.: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/SCIENCE96/>; [http://www.ornl.gov/TechResources/Human\\_Genome/home.html](http://www.ornl.gov/TechResources/Human_Genome/home.html); <http://mbi.fmrp.usp.br/>; <http://fastnet.it/utenti/marinelli/bioetica/cnbp17.html>; <http://www.deusto.es/castell/castpags/estuc05/genoma/normas.htm> («Revista de Derecho y Genoma Humano»); <http://www.celera.com/>; <http://www.diariomedico.com/enlared/not230300d.html>. Con miras a la difusión general puede v. por ej. revista «Muy interesante», N° 179, págs. 45 y ss.
7. Puede v. por ej. nuestro estudio «Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la Filosofía del Derecho Privado)», en «El Derecho», t. 159, págs. 1022 y ss. En este mismo número de «Investigación y Docencia» es posible c. nuestras «Reflexiones para la jusfilosofía del consumo».
8. Respecto de la globalización/marginación es posible v. por ej. nuestros estudios «Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración», en «Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 24, págs. 41 y ss.; «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación ...» cit., N° 27, págs. 9 y ss.; «Una perspectiva bioética: vida y globalización», en «Bioética 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. McLUHAN, Marshall (con la colaboración

pre-Estado mundial encabezado por los Estados Unidos de América y en general por la Organización del Tratado del Atlántico Norte, que se hallaría en la etapa «hobbesiana» de concentración del poder pero no contaría con proyecciones liberales, democráticas ni «nacionales».

Estos despliegues de la economía necesitan el *modelo liberal* que, sobre todo a impulsos de la cultura anglosajona, se expande por el mundo. Sea cual fuere el título de razonabilidad que obtiene, en gran medida por imperio de la vocación de consumo, que impide romper con los grandes centros del poder económico proveedores, existe un fuerte *plan de gobierno* económicamente liberal en marcha en la sociedad global<sup>9</sup>. Otra de las grandes líneas de fuerza de ese plan mundial es en muchos países como el nuestro una gran deuda externa.

4. A veces el modelo económico de capitalismo liberal encuentra tropiezos, como en la *crisis petrolera* que se anuncia, y en ciertos ámbitos, como la Argentina, halla dificultades muy especiales. Argentina es un país *económicamente dependiente*, con escasas posibilidades de oponerse al modelo que hoy se impone, pero su cultura tiene dos sectores con *concepciones económicas* y receptividades muy diferentes.

En profundidad existen hay dos estilos culturales, con diversos grados de afinidad con el modelo de la globalización/marginación. En estrecha relación con la existencia de dos «Espanñas», la de Felipe II y la de Carlos III, hay dos «Argentinas»: una es «hispanica tradicional» reforzada con ingredientes itálicos meridionales y tiene más sentido católico medieval, comunitario y proteccionista; la otra es «angloafrancesada», con una vertiente afín a la cultura yanqui, y posee más sentido «calvinista» oculto, individualista y abstencionista. Para una rige más la bienaventuranza

de Quentin FIORE y Jerome ANGEL), «Guerra y paz en la aldea global», trad. José Méndez Herrera, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; KAUL, Inge - GRUNBERG, Isabelle - STERN, Marc A. (ed.), «Global Public Goods», Nueva York, The United Nations Development Programme, 1999; ORSI, Vittorio, «Las Claves de Davos 97», Bs. As., ABRA, 1997; URRIOLA, Rafael (coord.), «La globalización de los desajustes», Venezuela, Nueva Sociedad, 1996; TOMLINSON, John, «Globalization and Culture», The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, «La aldea global», Tlalaparta, Tafalla, 1997.

Uno de los problemas graves de la globalización/marginación es que el sistema se ocupa de destruir todas las tablas de valores que no le sirven, de modo que fuera de la globalización parece haber sólo «vacío» y el régimen queda librado a una «autonutrición» cada día menos satisfactoria.

9. Respecto del plan de gobierno en marcha y la ejemplaridad como modos constitutivos del orden de repartos puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 83 y ss.

de los pobres, para la otra el éxito en los negocios puede ser una prueba de la elección divina<sup>10</sup>.

## b') Los derechos humanos y la democracia

5. Los derechos humanos y sobre todo la democracia tienen actualmente una vía principal de realización en los *Estados modernos-nacionales*. Existe una «preestabilidad» mundial, pero no una democracia mundial.

Los Estados modernos se encuentran en estadio liberal político, democrático e incluso todavía en cierto sentido nacional. Los nombres de Locke, Montesquieu, Rousseau y Fichte tienen, por ejemplo, muy concreta significación.

Pese a que la tarea judicial responde a una realidad histórica mucho más antigua que los Estados modernos e incluso que toda estructura estatal, al punto que puede decirse que de cierto modo nuestra concepción del hombre es la de un *ser con jueces*, y no obstante la existencia de tribunales internacionales e incluso de la integración<sup>11</sup>, en la actualidad los jueces son principalmente partes de las *organizaciones estatales*.

Aunque en los Estados los jueces se hallan en interrelación con los legisladores y los ejecutivos, ya no impera la pretensión exegética que en muchos países pretendió limitar su actividad de manera radical. La obra de pensadores de muy diversas orientaciones, como Gény, Holmes, Kelsen, Cossio y Goldschmidt, ha hecho que estemos muy lejos de pretender que los jueces sean o deban ser la «boca de la ley».

En el marco de los Estados, los poderes judiciales han de desenvolverse en un marco con frecuente *decadencia de los poderes legislativos*, en mucho afectados por la imposibilidad de discutir los problemas que tradicionalmente les correspondían y hoy son impuestos por la planificación mundial. Creemos que es una feliz excepción que, pese a no poder cuestionar el modelo económico impuesto, a veces -como hoy sucede en la Argentina- los legisladores puedan debatir cuestiones de la importancia de un Código Civil.

Ese «vacío» en el papel legislativo y el incremento que en cambio tiene el desempeño de los poderes ejecutivos, en general más eficaces y también a menudo más dóciles a los mandatos del modelo, contribuyen a que los jueces sean muchas veces llamados a cumplir tareas de sustitución de la actividad legislativa y de contención

10. Es posible c. nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

11. Como los europeos.

e incluso sustitución del desempeño ejecutivo, labores que son muy diferentes de sus papeles tradicionales.

Por una parte, los jueces son acosados por los medios de comunicación y en ciertos ámbitos son sustituidos por los árbitros que son más afines a la libertad del mercado; por la otra son llamados para ampliar los espacios de su labor en un nuevo equilibrio de poderes.

6. En el contexto actual los Estados modernos-nacionales y los jueces han de cumplir una tarea tendiente a lograr el *equilibrio entre las exigencias de la economía y el mercado y la protección de los débiles*, como lo requieren los derechos humanos y la democracia.

Con frecuencia los jueces *nacionales* deben desenvolver su tarea con *proyección internacional*, por ejemplo atendiendo a cuestiones de jurisdicción, de cooperación y de reconocimiento y ejecución de pronunciamientos extranjeros que exceden en mucho los marcos nacionales y de la internacionalidad tradicional. Pese a ser nacionales, han de desenvolver una labor genéricamente «internacional». No obstante ser *estatales*, su principal objetivo ha de ser desplegar una tarea *humanista*.

Los jueces de los Estados modernos-nacionales no han de perder la referencia a los mismos, pero importa que vayan *por los Estados más allá de los Estados*.

#### *b) Los datos formales*

7. Como sucede en el Derecho Privado argentino, a diferencia de su situación en los marcos signados por la codificación y por la exégesis los jueces actuales se encuentran en ámbitos de frecuente *descodificación*<sup>12</sup>. Otro de los rasgos imperantes en las formalizaciones del presente, que cambian el marco de referencia judicial y el papel de los desempeños de los otros poderes, en especial el legislativo, es la jerarquización y la multiplicación de los *tratados*<sup>13</sup>.

El cambio de una era de la historia tiende a convertir en *lagunoso* a cualquier ordenamiento normativo y una nueva concepción de las *fuentes* cuestiona el impe-

12. Cabe c. v. gr. IRTI, Natalino, «L'età della decodificazione», Giuffrè, 1979.

13. El crecimiento de la invocación constitucional en las referencias de los jueces de este tiempo suele corresponder en parte al acoso al que se encuentran sometidos los Estados modernos-nacionales. Esta invocación, sobre todo cuando la producen los jueces del Derecho Privado, puede ser peligrosa para concepciones como la de la burguesía continental, habituada a que las reglas de juego estén claramente establecidas en las leyes.

rio que desde la forma tuvieron las leyes durante el tiempo de la exégesis. La *jurisprudencia* y los *usos y costumbres* están llamados a cuestionar el predominio de la legislación.

## 2) Lo construido

8. En este marco se inscribe el *Proyecto de Código Civil* argentino actualmente en consideración, dotado de un *Libro VIII* referido al Derecho Internacional Privado, al que brindaremos particular atención.

No es nuestro propósito referirnos exhaustivamente al Proyecto, ni de modo integral al papel relativamente amplio que asigna a los jueces muchas veces con miras a la protección de los débiles. Sin embargo, creemos oportuno señalar, por un lado, la conveniencia de considerar los elementos del reparto y la manera de constitución del régimen que se produciría con la sanción del Código<sup>14</sup> y tratar algunos casos que nos parecen expresivos del perfil de la obra y del rol judicial.

9. Como en todo reparto, vale atender por ejemplo a quiénes reparten, quiénes se benefician y se perjudican, en qué aspectos esto sucede y cuál es la forma con que se llega a la decisión. En nuestro caso, importa especificar que en definitiva el Proyecto de Código, como el actual derecho argentino, no se desenvuelven en un marco de «in-dependencia» del país, sino de imposibilidad de cuestionamiento del modelo económico liberal. Los legisladores poseen un marco de decisión claramente limitado.

Sin embargo, y sin desconocer que los poderes que se adjudican formalmente a los jueces están siempre sometidos al juego de los *factores de poder*, vale procurar que dentro del cuadro impuesto se logre, por la intervención legislativa y judicial, un aceptable equilibrio entre la *libertad del mercado* y el *resguardo de los débiles*<sup>15</sup>. La propia nota de elevación de la propuesta de Código dice «En el Proyecto hemos procurado proveer mecanismos de técnica jurídica adecuados a la libertad de comercio pero, a la vez, hemos intentado obtener un justo equilibrio entre ella y los valores esenciales de la persona humana, que están exaltados en la Constitución Na-

14. V. GOLDSCHMIDT, op. cit.

15. Juego de factores que ellos mismos integran. C. LASSALLE, Fernando, «¿Qué es una constitución?», trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

cional, especialmente a partir de la reforma de 1994»<sup>16</sup>. Se invoca la fórmula de libertad con justicia<sup>17</sup>. En cuanto a la *audiencia* que ha de contener la forma de un reparto para satisfacer las exigencias que consideramos justas, se está produciendo en el país un amplio debate sobre la propuesta.

Al menos en cuanto al Libro VIII, el Proyecto parece contar con la «ejemplaridad» del consenso del «espíritu del pueblo» que hubiese reclamado Savigny<sup>18</sup>. Aunque también vienen produciéndose debates referidos especialmente al Libro VIII, en general resulta que la mayoría acuerda con sus grandes lineamientos<sup>19</sup>.

Un nuevo Código significa una *nueva lógica*, que en este caso se pretende con menos determinación y más juego de principios que la de la codificación actual. Se trata, en gran medida, de una formalización más *técnica* y que -a semejanza de la Constitución de 1853/60, el Código Civil de 1869 e incluso los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo- procura dar una imagen clara hacia el *exterior*. Esto implica el pago de un costo elevado respecto de la preparación de los juristas en lo *interno*, al menos en cuanto se refiere a lo Civil y Comercial. Puede predecirse en cambio que el relativamente reducido grupo de especialistas en Derecho Internacional Privado asumirá fácilmente el cambio que en gran medida hoy puede contribuir a elaborar.

Estimamos que para la comunidad en general el dictado de un nuevo Código no significaría dificultad, porque las reglas de vida son las mismas, pero sí para los juristas privatistas que no estén sólidamente vinculados a los centros de *información y formación*. En este sentido, entendemos que en su caso habrá necesidad de un amplio esfuerzo de información y formación posterior, que superará el plazo de vacancia que pueda asignarse. Las Universidades y las organizaciones de magistrados y abogados deberán empeñarse en tal sentido, con los recursos que tendrán que afectarse a tal fin.

La instalación de una nueva forma podría significar un *riesgo de detención* en la evolución material de las fuentes, que en todo caso hay que evitar, pero estimamos que la amplia discusión actual, en caso de desembocar en una real audiencia, puede dejar abiertos el debate y la evolución posteriores.

16. V. «Proyecto ...» cit., pág. 7.

17. Íd.

18. Es posible 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.

19. Creemos que en mucho ello se debe a la gran obra científica y docente de Werner Goldschmidt.

El Proyecto no pretende ser una sistematización total, al punto que en cuanto al marco interno deja afuera, por ejemplo, la importante regulación de protección de los débiles en su papel de *consumidores*.

10. En cuanto al *desempeño de los jueces*, cuyo alcance en general se *incrementa*, nos parece oportuno señalar, sin embargo, un caso de marginación, otro de derivación y otro de tal vez excesiva amplitud.

En el primer sentido se encuentra, a nuestro criterio, la solución de los casos de Bioderecho de «*cesión de vientres*». Al respecto consideramos claramente rechazable el criterio expreso de que para «desalentar los contratos de locación de vientres»<sup>20</sup> se adjudique la maternidad a la mujer que ha gestado al hijo, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer (art. 543). Dejando de lado que estimamos que esa norma sería contraria al derecho del hijo a la propia identidad genética, a la teoría por tantos sostenida de que el embrión no fecundado es persona e incluso a la sabia tradición salomónica de reconocer la maternidad por el amor, opinamos que al menos se debería dejar a los jueces la posibilidad de elastizar una solución que resulta totalitaria, pues mediatiza al nuevo ser<sup>21</sup>.

En el ámbito *internacional*, que acertadamente contiene normas jurisdiccionales, se establece que en materia patrimonial los tribunales argentinos serán competentes cuando las partes lo acuerden y que, básicamente, la competencia de los tribunales argentinos puede ser *prorrogada* a favor de *jueces o árbitros que actúen en el extranjero* en virtud de un acuerdo, en causas personales de contenido patrimonial (art. 2546). La libertad del mercado impulsa la posibilidad de prórroga de jurisdicción y en general parece acertado admitirla.

En cuanto a la ley aplicable, luego de consagrar la autonomía conflictual y material de las partes, como lo reclama el modelo económico imperante (arts. 2605 y 2606), el Proyecto establece que en ausencia de elección del derecho el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual presenta los *vínculos más estrechos* (art. 1697)<sup>22</sup>. Esta amplísima facultad de los jueces viene suscitando debates, pues se teme que genere gran inseguridad y desorientación de los propios tribunales y se pro-

20. «Proyecto ...» cit., «Fundamentos del Proyecto de Código Civil», pág. 32 (punto 89).

21. Es posible v. nuestro artículo «Interrogantes y comentarios de Filosofía y Teoría General del Derecho respecto del Proyecto de Código Civil Argentino», en «Jurisprudencia Argentina», 15/III/2000, número especial «El Proyecto de Código Civil de 1998» (Primera Parte), págs. 10 y ss.

22. Pese a las normas de los arts. 2606 in fine y 2609, la autonomía de las partes permite que el gran comercio internacional quede en mucho fuera del sistema del Código.



pone, por ejemplo, la *orientación* en el sentido que en principio se considere que esos lazos existen con el país del domicilio o del establecimiento de quien debe hacer la prestación característica o, como preferimos para amparar a la parte a menudo más débil, el país del lugar donde dicha prestación deba realizarse<sup>23</sup>.

11. Respetando en parte la necesidad de proteger al *consumidor* como parte débil, la parte del Proyecto que contiene su régimen jurisdiccional internacional especial sólo admite la prórroga mediante acuerdos posteriores al nacimiento de la controversia (art. 2563)<sup>24</sup>. A su vez, el régimen de la ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores se aparta de las soluciones generales contractuales, de modo que no intervienen ni la autonomía ni la determinación judicial antes referidas (art. 2614).

A nuestro parecer, si bien la amplia autonomía jurisdiccional y de ley aplicable es una concesión necesaria pero quizás excesiva a la libertad del mercado (sobre todo cuando se trate de pequeñas y medianas empresas que pueden ser dominadas en su desenvolvimiento jurídico), creemos que es imprescindible defender las soluciones internacionales protectoras de los consumidores en el marco internacional<sup>25</sup>. Obligar a un consumidor a litigar ante los tribunales que le imponga su proveedor y con aplicación de la ley que éste le obligue a elegir puede ser un grave avasallamiento de sus derechos<sup>26</sup>.

23. Pueden v. nuestros trabajos «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.; «Necesidad de una convención sobre Derecho aplicable a los contratos en el Mercosur», en «Derecho de la Integración», N° 3, págs. 157 y ss.; «Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)», en «Investigación ...» cit., N° 26, págs. 20 y ss.; «Bases para el régimen de los contratos en el Mercosur», en «Investigación ...» cit., N° 31, págs. 17 y ss.; «Nuevas reflexiones básicas sobre el régimen de los contratos en el Mercosur», en «Revista del Centro ...» cit., N° 23, págs. 49 y ss.; «Perspectiva estratégica para las pequeñas y medianas empresas en el régimen de los contratos del Libro VIII del Proyecto de Código Civil», en «Derecho de la Integración» cit., N° 10, págs. 31 y ss.
24. Tal vez sería conveniente aclarar que se trata de la controversia judicial o excluir totalmente la posibilidad de prórroga para evitar que en la práctica haya maniobras con la fecha.
25. Puede v. nuestro estudio «Perspectiva estratégica ...» cit.
26. Creemos, además, que siempre debería controlarse la validez de los acuerdos jurisdiccionales y de autonomía conflictual y material según el derecho que resultaría aplicable si no hubiese tales convenciones (es posible c. nuestro artículo «La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable», en «Juris», t. 47, págs. 229 y ss.).

Nos parece relevante la comparación del rigor legislativo que se emplea en el enfoque biojurídico de la cesión de vientre y la importante apertura al desempeño de los tribunales en el área contractual internacional. A nuestro parecer, la disonancia al respecto es infundada.

12. Como sucede en general en las soluciones del derecho, y correspondiendo a la amplia estrategia jurídica en que se inscribió la sanción del Código Civil de 1869 (integrada dentro del modelo de la Constitución de 1853/60 y en especial en la concepción de país sarmientina), vale que en este momento el tratamiento del Proyecto de Código se efectúe dentro de un *planteo estratégico*, atento a lo jurídico, económico, científico, psicológico, etc., del que dependerá su sentido final más o menos satisfactorio del equilibrio que reclama, sobre todo en países como el nuestro, la cultura difundida por Occidente.

En cuanto al desempeño que según el Proyecto se espera de los jueces, vale atender a la posibilidad de *recibir* en la Argentina exigencias que en especial medida están vinculadas al equilibrio propio de la cultura anglosajona<sup>27</sup>.

Un nuevo tiempo, un nuevo hombre y un nuevo derecho requieren un *nuevo juez*. ¿También un *nuevo Código*? ...

27. Pueden c. nuestros estudios «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en «Revista de Derecho Civil», 8, págs. 73 y ss.; «Originalidad y recepción en el Derecho», «Boletín del Centro de Investigaciones...» cit., N° 9, págs. 33 y ss.

# LA NOCION DE PERMEABILIDAD Y SU IMPORTANCIA EN LA TEORIA JURIDICA DE NUESTRO TIEMPO (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

## a) Nociones básicas

1. Nuestro tiempo, comienzo de una nueva era de la historia, está signado por fenómenos de integración y de globalización/marginación promovidos en gran medida por la vastedad de los alcances de las fuerzas económicas y tecnológicas que rompen fronteras del espacio, el tiempo y la materia<sup>1</sup>. Estos fenómenos se manifiestan en procesos de *recepción*, es decir, de “importación” de jurisdicciones más o menos “extrañas” que pasan a ser jurisdicciones “propias”.

En la comprensión de los fenómenos de recepción poseen gran significado las nociones de asimilación y de rechazo, a las que nos hemos referido en otras oportunidades, y de *permeabilidad*, que trataremos en este caso<sup>2</sup>. Pese a la gran importan-

(\*). Notas para una exposición del autor en el curso sobre “El Derecho en los procesos de integración regional - UE Mercosur” que organizan el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación Argentina, el Colegio de Altos Estudios Europeos “Miguel Servet” y la Comisión Europea.

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

1. Es posible v. nuestro estudio «Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración», en «Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 24, págs. 41 y ss.
2. Pueden c. nuestros artículos «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en «Revista de Direito Civil», 8, págs. 73 y ss. y «Originalidad y recepción en el Derecho», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 9, págs. 33 y ss. Es posible v., por otro lado, por ej. GARDES, Roxana, “La recepción de la narrativa (De los modelos

cia que tienen sobre todo en nuestros días, estas cuestiones no han recibido, a nuestro parecer, la amplia atención que merecen.

La limitación de la consideración de tales problemas obedece en gran medida a que los países receptores, que deberían estar especialmente interesados en su tratamiento, han sido durante mucho tiempo los marginales, con frecuencia seguidores de las líneas temáticas de los países “exportadores” de modelos, que son por lo general “centrales” o al menos relativamente dominantes<sup>3</sup>.

Sin embargo, como hemos señalado en nuestros días la recepción no se suscita con tan especial frecuencia entre países dominadores y dominados, sino -aunque sea con características específicas- en procesos de integración y de globalización que incluso protagonizan los países “centrales”.

Hoy cabe reconocer la recepción y el grado de permeabilidad que suceden en el despliegue de procesos integradores como los de la Unión Europea y el Mercosur y también en las relaciones entre el “common law” y muchos países “romano-germánicos”, en un sentido de mayor intensidad de influencia anglosajona, pero también en el inverso.

Es imprescindible que, en tiempos de la economía y la vida en general globalizadas, se cuente -como en nuestro caso lo venimos señalando desde hace más de dos décadas- con la conciencia de que existe un *Derecho Universal*, de indudable alcance planetario, como la propia existencia humana<sup>4</sup>. La comprensión de la recepción y de la permeabilidad de los regímenes es pieza importante de ese Derecho Universal.

2. Para la apreciación de la permeabilidad de los Derechos vale contar con la amplitud de perspectivas con las que puede construirse el mundo jurídico según la *teoría trialista* que, dentro de la *concepción tridimensional*, considera en él repartos de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser y en especial a la vi-

lecturales a una tipología”, Bs. As., Vinciguerra, 1992; en otras perspectivas, v. gr.: “Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana”, Madrid, Espasa-Calpe, t. VIII Apéndice, 1958, págs. 1336 y ss. (especialmente en telecomunicaciones y radiofonía).

3. No obstante, la palabra posee a veces sentido de recepción por un superior. La expresión afín “recibimiento” tiene más significado de acogida. Es posible c. v. gr. “Enciclopedia Universal ...” cit., Madrid, Espasa-Calpe, t. XLIX, 1991, págs. 1150/1.
4. Cabe v. nuestro libro “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979. La recepción inscribe al Derecho en la problemática de la cibernética y la sociedad (es posible v. WIENER, Norbert, “Cibernética y sociedad”, trad. José Novo Cerro, 3ª ed., Bs. As., Sudamericana, 1988, esp. págs. 98 y ss.).

da), captados por normas y valorados por la justicia<sup>5</sup>. A la luz de esas tres dimensiones es posible reconocer *denominadores comunes* que sirven de sendas a la permeabilidad<sup>6</sup>.

## b) La tridimensionalidad de la permeabilidad

3. Desde el punto de vista *jurístico-sociológico*, la permeabilidad puede producirse por despliegues de conducción *repartidora* o por causas de espontaneidad *distribuidora*, sea ésta “natural”, de influencias humanas difusas o el azar. Es reconocible en relación con los diversos elementos de los “repartos”, es decir, con referencia a los repartidores, los beneficiarios, los objetos, las formas y las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales) de los repartos.

La permeabilidad está en estrecha relación con el grado de *autonomía* de la recepción. Los repartos autónomos satisfacen el valor cooperación, y cuando la apertura se produce autónomamente se realiza una *compenetración*, en tanto que si el ingreso se concreta por repartos autoritarios, realizadores del valor poder, hay más *penetración*.

En cuanto a los modos constitutivos del régimen, la permeabilidad es mayor si la recepción surge de la “razonabilidad” de la *ejemplaridad*. Se trata de uno de los puntos de vista importantes para apreciar las *vicisitudes* de la vida de un régimen. En este sentido, puede ser más revolucionaria, cuando varían los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, evolutiva si sólo cambian los últimos o de mero “golpe de Estado” cuando varían únicamente los supremos repartidores.

5. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden 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; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
6. Respecto de los “denominadores particulares” y “comunes” del Derecho pueden v. por ej. nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 205 y ss. La etimología de la palabra “permeabilidad” la vincula al camino, el curso, la circulación (puede v. al respecto COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, 1ª reimp., Madrid, Gredos, t. IV, 1985, pág. 8). Acerca de la permeabilidad es posible c. v. gr., “Enciclopedia Universal...” cit., t. XLIII, 1958, págs. 956 y ss. También puede v. por ej. LAPEDES, Daniel N. (redactor jefe), “Diccionario de términos científicos y técnicos”, Marcombo, Barcelona, t. 3, 1981, pág. 1530.

La permeabilidad es un *límite necesario* a la *originalidad* y a su vez ésta puede oponer límites de tal tipo a la permeabilidad. La impermeabilidad se relaciona de modo directo con la “*consistencia*” del régimen, pero a su vez está en vinculación inversa con la “*insistencia*” del elemento externo. En última instancia, la permeabilidad se constituye según el juego de los *factores de poder* de las constituciones materiales de los regímenes relacionados<sup>7</sup>.

4. Desde el punto de vista *jurístico-normológico*, la permeabilidad depende mucho de la solución que se dé a los planteos que en la internacionalidad tradicional constituyen el “*dualismo*” y el “*monismo*” entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, pero que hacen no sólo a los desenvolvimientos de los procesos integradores sino al despliegue de todas las vinculaciones entre respuestas jurídicas<sup>8</sup>.

El dualismo es una gran manifestación de impermeabilidad, al punto que el ingreso del Derecho “*extraño*” debe penetrar la “*barrera*” de la necesidad de una fuente interna especial que disponga el cumplimiento de la fuente “*internacional*”. El monismo es, en cambio, una expresión de permeabilidad, que encuentra su principal vía cuando se desenvuelve con primacía del Derecho “*Internacional*”, y esto sucede de modo particularmente intenso si la primacía de la juridicidad “*externa*” alcanza al predominio sobre la constitución formal.

Sin embargo, vale tener en cuenta que los despliegues del dualismo y el monismo se relacionan, como cuestiones de jerarquía de las fuentes, con las tensiones entre fuentes reales “*formales*” y “*materiales*, es decir, entre las “*autobiografías*” de los repartos hechas por los propios repartidores (constituyentes formales, legisladores, jueces, contratantes, testadores, etc.) y la realidad misma de los fenómenos de reparto. En tales tensiones, por la fuerza de los hechos, las *fuentes materiales* tienen siem-

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

8. Acerca del monismo y el dualismo pueden v. por ej. VERDROSS, Alfred, con la colaboración de Karl ZEMANEK, “Derecho Internacional Público”, trad. Antonio Truyol y Serra, 4ª ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 63 y ss.; ROUSSEAU, Charles, “Derecho Internacional Público”, 3ª ed., trad. Fernando Giménez Artigues, Barcelona, Ariel, 1966, págs. 9 y ss.

Es posible c. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976. Empleando la teoría de las respuestas jurídicas, si la recepción es conceptual y fáctica hay expansión del Derecho extraño y reducción del receptor; cuando sólo se refiere a lo conceptual hay respectivamente inflación y deflación y si únicamente se produce en lo fáctico se realizan de manera respectiva la sobreactuación y el vaciamiento.

pre primacía sobre las formales. La permeabilidad jurídica es reflejo de una “*permeabilidad material*” desenvuelta en la cultura<sup>9</sup>. La permeabilidad de un régimen se manifiesta también en el grado de apertura que tengan las fuentes de conocimiento, constitutivas de la *doctrina*.

La permeabilidad se muestra asimismo en la manera más o menos favorable a la recepción con que se produzca el *funcionamiento* de las normas del ámbito receptor y del ámbito de origen, sea en el “reconocimiento” de las normas, en los sentidos de la interpretación y la determinación, en la posibilidad de descartar reglas del espacio receptor para incorporar las “extrañas”, en el despliegue de la argumentación con razones propias o recibidas y en las actividades de encuadramiento y efectivización que forman la aplicación.

Un despliegue de gran importancia en la permeabilidad de los regímenes es el del pensamiento de los *jueces*, que llega a un especial grado de apertura cuando, como sucede en algunos procesos integradores, la recepción cuenta con tribunales propios. Además pose gran significación la *compatibilidad conceptual*. Uno de los frentes que ha limitado históricamente la permeabilidad entre los dos grandes “subsistemas” del Derecho Occidental ha sido la limitada compatibilidad de sus conceptos.

Es relevante para la permeabilidad que entre el régimen receptor y el recibido existan conceptos y *principios generales* del Derecho que sirvan de “paraguas” a la recepción.

El grado de permeabilidad varía según que haya una *norma hipotética fundamental* que abarque a los ámbitos de “importación” y “exportación” o en cambio sea necesario pasar por el “tamiz” de permeabilidad de la norma hipotética fundamental del ordenamiento receptor.

5. Desde el enfoque *jurístico-axiológico* (o, como Goldschmidt preferiría decir, “dikelógico”) la permeabilidad está en relación con la *compatibilidad de valores* entre el Derecho receptor y el recibido. El ámbito receptor puede no ser axiológicamente homogéneo, de modo que la compatibilidad exista sólo con uno de sus sectores sociales<sup>10</sup>.

9. Pueden v. nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

10. Así sucedió cuando el sector “anglofrancesado” y “norteamericanizado” decidió en la Argentina la recepción de los modelos constitucional norteamericano y civil y administrativo franceses.

La permeabilidad se acentúa en cuanto no tropiece con ideas de *bien común* excluyentes en el ámbito receptor y cuente en cambio con una referencia al bien común de los dos sectores <sup>11</sup>.

En la permeabilidad se abren cauces el desfraccionamiento de las afinidades con el Derecho recibido y el fraccionamiento de las particularidades del Derecho receptor. Es por eso que brinda seguridad a los elementos locales afines al Derecho recibido, pero produce inseguridad a los otros <sup>12</sup>.

La permeabilidad se incrementa en cuanto reinen en el ámbito receptor ideas de *igualdad* o comunidad con el régimen cuyo Derecho se recibe, sea que se piense que esa igualdad o comunidad sean reales o debidas. En cambio, se debilita cuando hay fuerte idea de la particularidad en el régimen eventualmente receptor. Podría decirse que los fundamentos últimos de la permeabilidad incluyen la igualdad y la comunidad, en tanto el Derecho Internacional Privado clásico, que respeta a los elementos extranjeros, se apoya en la unicidad <sup>13</sup>.

Creemos que, como en todos los despliegues de la vida de los regímenes, es importante lograr una permeabilidad que realice el *humanismo* <sup>14</sup>, aunque la “intervención” receptora genera cierto riesgo de mediatización totalitaria de los individuos del orden receptor.

La permeabilidad de un régimen puede ser importante en la realización de una mayor justicia. Puede proteger contra el aislamiento, que es especialmente grave en tiempos como el nuestro, pero asimismo urge resguardar contra su exceso, que suele desembocar en el sometimiento o la disolución del régimen receptor.

11. Como ocurrió entre los regímenes capitalistas cuando, en diversos grados, se recibió ese sistema económico en la Argentina de la Codificación civil de 1869-71 y en la reforma económica de los años 90 del siglo que ahora concluye
12. No son sin motivo la seguridad que tuvieron en la Argentina los inmigrantes afines al modelo recibido y la inseguridad de los gauchos, que se lamentaron, al año siguiente de la entrada en vigor del Código Civil de modelo francés en la primera parte del “Martín Fierro” (puede v. nuestra “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro””, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984).
13. Es posible c. nuestro estudio (con colaboración) “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado, 1978.
14. El humanismo toma a cada individuo como un fin y no como un medio.



# LA UNION EUROPEA Y AMERICA LATINA

## (Entre la globalización y la universalización)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*)

### 1. Europa ante la globalización/marginación y la universalización

1. Es muy difícil reconocer cómo nuestra compleja región americana aprecia realmente a la actual Unión Europea y a sus posibilidades de ampliación y relacionamiento, pero, desde nuestro punto de vista personal, consideramos que esa perspectiva debe construirse en gran medida en base a la *identidad* de cada zona y a la construcción de la *universalidad*.

La vinculación entre diversas áreas tiene una profunda significación respecto de lo que esas áreas son y procuran ser. De la menor o mayor atención que se brinde a las particularidades de una región depende que las relaciones con otras áreas sean de mera *globalización*, que siempre trae consigo la *marginación* de las particularidades y al fin de todos los despliegues humanos que no caben en esa proyección, o de *universalización*, que respeta las particularidades. La pérdida de la identidad externa provoca también la *disolución de las identidades internas*, pues unas y otras se alimentan recíprocamente.

Uno de los caminos importantes para la universalización respetuosa de las particularidades es la *integración*, sobre todo si se la concibe con los alcances que ha

(\*). Ideas básicas de la participación del autor "Latin America / L'Amérique latine" en el panel "Enlargement and the World - L'élargissement et le monde" de la Fifth ECSA-World Conference - Cinquième Conférence ECSA-World "Enlargin the European Union - L'élargissement de l'Union Européenne" (Bruselas, 14/15 de diciembre de 2000).

Presidente de ECSA-Argentina. Profesor titular de la U.N.R.

venido teniendo la Unión Europea. En la integración en sentido amplio se desenvuelve una lógica de la aproximación entre los pueblos característica de nuestro tiempo, diversa de los fenómenos imperiales de otras épocas, no centrada en el poder sino en la búsqueda del mutuo favorecimiento. En la integración y en las vinculaciones entre los procesos de integración las relaciones deben ser no sólo de “ganancia” sino de “*beneficio*” recíproco. A nuestro parecer, en el “beneficio”<sup>1</sup> ocupan un lugar destacado la conservación y el despliegue de la propia identidad, incluyendo la identidad cultural.

Los intereses *económicos* y los intereses específicamente *culturales*, en los que se basa en mucho la convivencia toda, pueden no ser coincidentes y vale no sacrificar ni los unos ni los otros. Es más: los intereses de la economía y los de la cultura han de integrarse en los enfoques *estratégicos*, referidos a la totalidad de las perspectivas vitales. El sentido estratégico exige superar el mero economicismo.

Las vinculaciones de la Unión Europea, que en nuestro caso nos interesan sobre todo desde el punto de vista de la relación con América Latina -quizás debería decirse con más propiedad América “indo-ibero-americana”- tendrían que basarse en tal consideración de universalización y estrategia, no excluyente, pero superadora de la simple ganancia económica.

La conservación y el despliegue de la identidad y las afinidades culturales constituyen un *beneficio* que debe ser hondamente apreciado, aunque urge evitar que en nombre de ellos se desarrolle, en cambio, la dominación por vía de la cultura.

## 2. La identidad occidental diversificada de los protagonistas

2. La Unión Europea y América Latina pueden ser identificadas como partes distintas de la cultura “*occidental*” *abierta, diversificada* pero a la vez *unitaria*, que se originó en gran medida en Europa y es claramente diferente de la de otras zonas del Planeta<sup>2</sup>.

1. En términos de la teoría trialista del mundo jurídico podría decirse “potencia” (es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, v. gr. págs. 54/5)
2. Pueden v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, 2000; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.; asimismo “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991 / 4. Es posible c. asimismo nuestra “Visión sin-

Cuando se la compara con Asia o con Africa, Europa está signada por su gran cantidad de costas marítimas, que ha promovido un relevante equilibrio entre *mar* y *tierra*, con los pertinentes sentidos de audacia y dinámica histórica<sup>3</sup>. Para comprender la cultura occidental es asimismo significativo referirse al Canal de la Mancha, a los importantes ríos navegables y a las cadenas montañosas, que separan sin aislar. El Continente es una parte relativamente “peninsular” del gran bloque euroasiático.

3. Las *influencias básicas* de la cultura occidental se originan en la antigua Grecia, Roma, el judeocristianismo y los germanos. No es comprensible la realidad de Occidente sin atender también, en lo *económico-social*, a la evolución desde el *feudalismo* al *capitalismo* que se ha producido en su escenario; sin considerar el gran despliegue que han tenido el empleo del carbón, el acero y el átomo y la fabricación y el empleo de *máquinas* que cada vez más procuran sustituir al hombre, o sin reconocer las intensas luchas de clases que, sin embargo, hoy parecen haberse atenuado.

4. La cultura occidental exhibe las distintas vertientes *religiosas* judeocristianas del *catolicismo* apostólico y “romano”, el *luteranismo*, el *calvinismo*, el *anglicanismo* y la *ortodoxia*. Se constituye también desde la *filosofía* con las influencias que tuvieron en la cultura anglosajona *Occam*, en la francesa *Descartes* y en la alemana *Leibniz* y *Hegel*. Es representada, por ejemplo, en la intensidad literaria de Dante, Cervantes, Calderón, Shakespeare, Corneille, Schiller y Goethe; en la arquitectura de Nuestra Señora de París, la basílica de San Pedro y la torre Eiffel; en la pintura de Leonardo y Miguel Angel y en la música del canto gregoriano, de Bach, Mozart, Beethoven y Wagner. No es comprensible la cultura de Europa sin considerar el desarrollo de la tradicionalidad jurídica del “*common law*”, con su protagonismo judicial, y la razón *romano-germánica* continental, culminante en la codifica-

tética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación y Docencia”, N° 30, págs. 95 y ss.

En general, en relación con el tema, pueden v. por ej. LAFFONT, Robert (dir.), “Historia de Europa y del genio europeo”, trad. Rafael Delgado, Bs. As., Compañía General Fabril Editora, 1959; DERRAU, Max, “Europa”, trad. Francisco Payarols, Barcelona, Labor, 1965.

3. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, trad. José Gaos, 2ª. ed. en Alianza Universidad, Madrid, 1982, págs. 168 / 9.

Lo expuesto no debe llevar a desconocer las conexiones asiáticas y africanas, sobre todo presentes en el mundo antiguo.

ción, sin tener en cuenta la formación del *Estado moderno* y de la internacionalidad o desatendiendo al *liberalismo*, la *democracia* y la *república*.

Occidente es el ámbito donde se desarrolló más el *humanismo*, que toma a cada hombre como un fin y no como un medio, y donde se llegó a considerar al ser humano como sujeto de la historia con independencia de sus caracteres de súbdito del Estado o de fiel de la Iglesia. Es, sin embargo, al propio tiempo, el marco donde se produjo la teorización del totalitarismo y donde se pudo comprender el escándalo que esto traía consigo. En el espacio europeo se acuñaron los *derechos del hombre y del ciudadano* e incluso se pretendió y tal vez se busque llegar al *superhombre*. En ese ámbito hoy se evidencia la *postmoderna* desintegración del sujeto<sup>4</sup>.

El desenvolvimiento histórico occidental ha producido grandes *explosiones históricas*, que incluyen el Renacimiento, las revoluciones políticas de Inglaterra y Francia, las revoluciones industriales, las *Guerras Mundiales* y los estallidos ideo-

- 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 medievalidad, 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; 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. Asimismo puede c. GHERSI, Carlos Alberto, "La posmodernidad jurídica" (dos partes). Además, en relación con una discutible interpretación de la historia actual, cabe v. por ej. FUKUYAMA, Francis, "The End of History and the Last Man", Nueva York, Avon Books, 1993.

lógicos de Marx, Nietzsche y Freud<sup>5</sup>. La formación de la actual Unión Europea puede ser comprendida en cierto sentido como un magnífico esfuerzo de *síntesis* de los elementos profundos de la cultura de Occidente que habían conducido a las Guerras Mundiales, apoyada en la economía del carbón y del acero. El Tratado de París de 1951 es la réplica *pacifista* y de *derechos humanos* a la catástrofe de Auschwitz<sup>6</sup>.

La presente cultura de origen europeo está signada por una gran tensión entre los *mercados* y la *economía* por una parte y la *democracia* y los *derechos humanos* por la otra. La Unión Europea es una tensa síntesis entre ambos despliegues, en la cual el frecuente predominio del mercado y la economía no tiene la misma intensidad que en otras áreas de despliegue capitalista.

5. La Unión Europea actual tiene importantes afinidades y diversidades internas, pero éstas se acentúan cuando se piensa en la ampliación hacia el *Este*, también a su vez en sí considerablemente diferenciado. Creemos, sin embargo, que hay evidentes razones de estrategia espacial e incluso de afinidad cultural que llevan a la necesidad de que Europa se proyecte hacia su oriente. En las actuales circunstancias se presenta una situación excepcional en la que ha disminuido en parte la gran presión que desde tiempos muy remotos ejerce el Asia, y vale aprovecharlas. Diversas “velocidades” (con los “refuerzos” que sean pertinentes) pueden ser el camino para la diferencia en la integración.

6. La comprensión de la propia Europa se hace más nítida, sea por afirmación o contraste, cuando se tienen en cuenta sus proyecciones en *América*, ya en la vertiente anglofrancesa predominante en el Norte, con caracteres de más modernidad o postmodernidad, o la “indoiberoamericana” del Sur del río Grande (Bravo), con rasgos de cierta mezcla entre la medievalidad y la modernidad.

Nuestra América “indoibérica” es un área occidental con características propias, heredadas en gran medida, aunque con las diversidades que le son inherentes, de *España* y *Portugal*. La cultura regional iberoamericana está en general dividida

5. Puede v. HEER, Friedrich, “Europa, madre de revoluciones”, trad. Manuel Troyano de los Ríos, Madrid, Alianza, 1980.
6. V. por ej. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, “Manual de Derecho de la Comunidad Europea”, 3ª. ed., Madrid, Trivium, 1997, págs. 17 y ss. También, v. gr., BORCHARDT, Klaus-Dieter, “La Unificación Europea”, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995. Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones jusfilosóficas y jusprivatistas internacionales sobre el euro (Una moneda postmoderna)”, en “Boletín de ECSA-Argentina”, N° 1, págs. 7 y ss.

por las influencias *ibéricas más tradicionales* fortalecidas por aportes indígenas, africanos e incluso itálicos meridionales, que son más comunitaristas y paternalistas, y las *anglofrancesadas*, a menudo referidas también a los Estados Unidos, que son más individualistas y abstencionistas. De cierto modo, las primeras son más católicas, en tanto las segundas son indirectamente más «calvinistas». Esos rasgos comunitaristas y paternalistas suelen dificultar el desarrollo de estilo capitalista -sobre todo cuando éste tiene carácter liberal-, alteran el sentido de los derechos humanos y requieren una relativa presencia gubernamental.

### 3. La integración europea como modelo para la integración latinoamericana

7. Aunque nuestra región suele verse forzada a ser postmoderna sin haber sido nunca plenamente moderna y a menudo las fuerzas económicas de la zona están lejos de requerir una integración intensa, los caracteres propios del proceso integrador europeo pueden ser un *modelo* importante para la integración latinoamericana. Si bien no hay que confundir la estatalidad moderna europea con la gubernamentalidad premoderna que suele desarrollarse en América Latina, creemos que el modelo que ha venido desarrollando el llamado “Viejo Continente” es el más apropiado para la integración latinoamericana.

El paradigma integrador de la Unión Europea, donde se desenvuelve una composición del despliegue económico con la presencia estatal, los derechos humanos y la democracia, resulta particularmente digno de consideración. Los fines de preservación de *identidades culturales* que confluyeron con los del desarrollo económico en la integración europea son análogos a los que suelen pretender los países latinoamericanos. Pese a que urge evitar una recepción infundada, con la que pueden producirse incluso reacciones adversas, parece que dada la composición cultural de nuestra región el modelo de la Unión Europea es más adecuado que el del mero relacionamiento comercial emergente del Area de Libre Comercio para las Américas (ALCA). La simpatía latinoamericana con el equilibrio cultural de la Unión Europea suele ser más intensa en el sector ibérico tradicional.

### 4. El relacionamiento europeo

8. Pese a que en modo alguno desconocemos la importancia que tiene para la Unión Europea la apertura hacia el *Este*, creemos que esa extensión puede significar

un debilitamiento de la intensidad de los rasgos integradores actuales, en mucho por la importante diversidad parcial de la herencia cultural del oriente europeo.

Una integración indiferenciada, demasiado extensa, puede significar una grave disminución de la intensidad y la desintegración no sólo de lo que se ha logrado durante décadas sino de los propios países ahora integrados. Es inevitable que la apertura hacia el Este debilite las posibilidades de vinculación con nuestra América, pero consideramos que ese debilitamiento debe ser *controlado* para excluir consecuencias negativas no sólo para América Latina sino para la propia Europa.

Es más: en mucho por la enorme cantidad de habitantes, el *Asia oriental* y en especial China poseen gran significación para el mundo del porvenir, pero la actuación del “Viejo Continente” en ese escenario del futuro no debe conducir a la pérdida de las identidades “euro-indoiberoamericanas”<sup>7</sup>.

Al pensar toda apertura de Europa hay que considerar cuál será su influencia en la difícil composición entre mercado y economía y democracia y derechos humanos que hoy caracteriza al Continente<sup>8</sup>.

9. Desde el punto de vista de Europa, en el marco competitivo del mundo actual, la afirmación de la integración comercial americana en el ALCA puede significar un grave *aislamiento* respecto de un espacio que creemos le es de importancia vital.

De cierto modo, la relación especial entre la Unión Europea y nuestra América es la continuación de los *mismos principios*, no economicistas sino de sentido vital amplio, de referencia a la democracia y a los derechos humanos, que inspiran hasta ahora a todo el proceso integrador europeo. Con América Latina, la Unión Europea puede lograr una «*paraintegración*» que no debería desaprovechar<sup>9</sup>.

7. Quizás debería decirse “indoiberoafroamericanas”.

Hoy la Unión Europea necesita una teoría de la ampliación que debería contemplar la medida de la conductibilidad del proceso y quiénes lo conducirían, quiénes y en qué aspectos serían beneficiados o gravados, cómo se llegaría a las decisiones, y cuáles serían los móviles, las razones alegadas y las razones que le atribuiría la sociedad en caso de considerarlo valioso.

Habría que considerar la medida en que el nuevo régimen ampliado se constituiría de manera “vertical”, con un plan de gobierno, o a través de la ejemplaridad surgida de la razonabilidad social.

Asimismo cuáles serían los límites -por ejemplo psíquicos, sociopolíticos o socioeconómicos- que podrían encontrarse (Es posible v. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000).

8. El relacionamiento con áreas muy diversas puede llegar a hacerse al costo de sacrificar las propias identidades culturales.

9. Apoyadas en sus afinidades Europa y América Latina podrían constituir un conjunto diversificado de gran importancia en la estructura del mundo actual.

Es notorio que en muchos sectores de América Latina la afinidad cultural con Europa genera *expectativas* de especial vinculación. La experiencia ha demostrado que a veces tales afinidades no han bastado para que el área latinoamericana obtuviera la consideración que esperaba y que, por ejemplo, en la política agrícola las desinteligencias son grandes. Sin embargo, no parecería acertado que en aras de su apertura a otros ámbitos Europa desatendiera un espacio como el “indoiberoamericano”, donde tanto se juega de su propio papel en el mundo. Desde América Latina se percibe que, apartada de su obra americana y en especial “indoiberoamericana”, Europa perdería su tiempo y su espacio vitales y de cierto modo dejaría de ser Europa.

10. Creemos que América Latina puede considerar con interés y beneplácito la apertura europea al Este, pero asimismo es posible que quepa alguna preocupación.

Es notorio que lo que resuelva efectivamente la Unión Europea deberá ser tenido en cuenta para decidir lo que harán los países latinoamericanos, por ejemplo del Mercosur. Un enfoque al que en todo caso habría que brindar atención es el refuerzo de la comunidad ibérica de naciones.

11. A nuestro parecer, el presente europeo contiene al menos tres grandes interrogantes. Uno se refiere a la viabilidad de un *modelo alternativo* más *humanista*, superador de la fuerte globalización/marginalidad que genera el paradigma liberal hoy difundido desde el ámbito angloamericano<sup>10</sup>. Otro se dirige a la posibilidad de una intensa *multiculturalidad interior*. El tercero es cómo *relacionar* a la región aprovechando todas las posibilidades, no sólo de vinculación sino de ampliación, sin destruir las realidades más profundas de la «europeidad» que, por ejemplo, la unen con muy especial profundidad a América Latina<sup>11</sup>.

Del éxito que Europa tenga ante tales desafíos dependen en mucho no sólo las posibilidades de relacionamiento entre nuestras dos áreas sino el porvenir mismo del Planeta.

10. Pueden tenerse en cuenta: «Pour une Europe Sociale», Bruselas - Luxemburgo, Comisión Europea, 1996; «In che modo l'Unione Europea affronta i problemi sociali e regionali?», Bruselas, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1996.

11. En general se trata del gran desafío actual de la complejidad. Es posible c. v. gr. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (comp.), «La sfida della complessità», trad. Gianluca Bocchi - Maria Madalena Bocci, 10ª.ed., Milán, Feltrinelli, 1997.



# LAS BASES CULTURALES DE LA COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL, CIVIL Y MERCANTIL, EN EL ESPACIO HISPANO-LUSO-AMERICANO (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

## 1. Una cultura común

1. La excelente ponencia presentada al Congreso por el distinguido colega profesor doctor José Carlos Fernández Rozas tiene, a nuestro parecer, sólidas bases en la *cultura hispano-luso-americana* que, sobre todo como homenaje a la presentación y a su autor, deseamos explicitar con más detalle <sup>1</sup>.

Consideramos que, pese a diversidades dignas de atención, el área hispano-luso-americana posee, dentro de la tradición occidental, una cultura específica común que hace particularmente viable, y a nuestro parecer recomendable, la cooperación internacional, civil y mercantil.

Pese a la complejidad que siempre tienen las redes causales, sobre todo cuando se trata de cuestiones humanas, y sin desconocer la discusión que puede hacerse

(\*). Notas para la intervención del autor en el XXI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI) a realizarse en Tegucigalpa.

(\*\*). Asociado del IHLADI. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario e investigador del CONICET (Argentina)

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

respecto de otras influencias, creemos que *Occidente* es heredero de un plexo de contribuciones históricas particularmente diverso, en el que se destacan el equilibrio dinámico entre *mar* y *tierra* que permitió el Mediterráneo; los aportes del sentido prometeico, filosófico, antropocéntrico, e incluso de un periodo democrático, de *Grecia*; las contribuciones jusprivatistas patrimoniales y la capacidad organizativa gubernamental de *Roma*; la creencia en el Dios creador, persona, omnisciente, omnipotente y omnipotente que se encarnó en un hombre y resucitó, sostenida por el *judeocristianismo*, y el sentido *germánico* de individualidad en la comunidad <sup>2</sup>.

Sin embargo, dentro de ese complejo cultural occidental, hay diversidades significativas. Una de las líneas de diferenciación más importantes es la que se muestra ya en la Edad Media, según la distinta concepción entre el espíritu más *racional* del “continente” y el sentido más *práctico* que ya entonces se fue haciendo claro en las islas británicas. Es más: la oposición de la tendencia continental encarnada por Santo Tomás de Aquino, Descartes y Leibniz y la línea “insular” expresada por Occam y Locke, existe en clara correlación con la diversidad del estilo jurídico “*roma - no-germánico*” y el del “*common law*”.

Otra de las vertientes diversificadoras es la que distingue a los países *católicos tradicionales* y a los que en diferentes expresiones recibieron el impacto de la *Reforma*, en la cual a su vez vale diferenciar la presencia luterana, calvinista y anglicana, reconociendo en el calvinismo la expresión del cristianismo más cercana al capitalismo. También es relevante atender a la comprensión de la *economía*, en la que el sentido de Colbert, de Bismarck, de Marx o de la Doctrina Social de la Iglesia es distinto del de Adam Smith o incluso del Código Napoleón.

El Occidente actual está signado por la tensión entre el desenvolvimiento más libre de los *mercados* y la *economía*, según el modelo de origen anglosajón, y el desarrollo de la *democracia* y los *derechos humanos* que, con innegables raíces también anglosajonas, pretenden influir más en el mercado y la economía en el espacio “continental”. De cierto modo, cabe señalar que hay una tensión entre el predominio de los valores de la economía, sobre todo en su vertiente capitalista liberal, que culminan de modo casi abrumador en la *utilidad*, y los valores del derecho, que tienen su centro de gravedad en la *justicia*.

En ese contexto, y sin desconocer las diferencias que separan a Felipe II de Carlos III y a Aranda y Floridablanca de Pombal <sup>3</sup>, sin desatender que hay una Pe-

2. En general es posible c. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

3. Cabe c. por ej. nuestro artículo «El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur», en «Derecho de la Integración», N° 4, págs. 113 y ss.

nínsula Ibérica más “mediterránea” y otra más “atlántica” o incluso sin olvidar las diversidades que distinguen a la Península actual (dentro de la Unión Europea y con las influencias respectivas) y a sus “hijos” americanos, creemos que en general los hispano-luso-americanos poseemos una común cultura *occidental específica*.

No es posible comprender la occidentalidad de nuestra zona sin atender también a la influencia *árabe musulmana*, a las culturas *indígenas* y *africanas* o a los procesos de *inmigración*. Nuestra cultura es al menos relativamente “*continental*”; es *racional* y *emotiva* más que práctica; posee fuertes influencias *católicas tradicionales*, y es menos liberal en economía; tiene especial fe en el *derecho* e incluso contiene rasgos *feudales*.

El genio de Cervantes vio en don Quijote la especialidad e incluso los riesgos de nuestra muy intensa vocación por la justicia<sup>4</sup>. Es claro que, siguiendo las líneas que indican los referidos reyes Felipe II y Carlos III, dentro de la zona hispano-luso-americana en general hay una tendencia más *ibérica tradicional*, comunitaria, paternalista y de espíritu católico tradicional y otra más “*anglofrancesa*”, individualista y de influencia al menos indirecta calvinista. Sin embargo, creemos en general la cultura hispano-luso-americana se apoya en una especial confianza en el derecho y en la justicia.

La comprensión de lo hispano-luso-americano se enriquece si se emplea la noción de “*consistencia*” jurídica y cultural que, atiende por ejemplo a las afinidades sociológicas, normológicas y axiológicas de los regímenes jurídicos, pero no suele recibir la atención que merece.

## 2. La cultura común y la cooperación

2. En esa manera especial de entender la vida, propia de los hispano-luso-americanos y en nuestra consistencia jurídica y cultural, radica una gran *fuerza “superestructural”* común de la región, que creemos debe ser *respetada y desarrollada*. Los intentos de negar las diversidades suelen culminar, como lo muestran muchas explosiones sociales actuales, en una quizás insostenible *globalización/marginación* que, a nuestro parecer, debe ser superada para lograr la *universalización* respetuosa

4. Puede v. nuestro estudio «Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 9, págs 19 y ss.

y superadora de las diferencias, en la medida posible a través de la *integración*<sup>5</sup>. Creemos evidente que las condiciones tecnológicas y económicas actuales hacen imposibles los cerramientos localistas, pero también que la globalización/marginalización tiende a tropezar con la realidad concreta de los *seres humanos*.

3. Aunque a veces se piensa que el *Derecho Internacional Privado* es una técnica desprovista de *sentidos vitales profundos*, entendemos que es una de las manifestaciones más hondas de esos sentidos<sup>6</sup>. Cada fuente del Derecho Internacional Privado, de “fondo” o procesal, es una expresión de una respectiva manera de comprender la existencia.

Parece notorio, por ejemplo, que los *Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo* de 1888-89 y sobre todo los de 1939-40 son expresiones de una *concepción “social”* del contrato que imperaba con especial intensidad a fines de la primera mitad de nuestro siglo. No es sin motivo que someten la validez de los contratos a la ley del lugar de su cumplimiento, que califican este lugar para evitar una “autonomía indirecta” de las partes y que cuando tienen que llegar a aplicar la ley del lugar de celebración establecen cuál es la ley que lo indicará. No es sin razón que el Protocolo Adicional de 1939-40 excluye la autonomía conflictual de las partes. Tampoco lo es que en materia jurisdiccional se utiliza el criterio del paralelismo.

5. Respecto de la globalización/marginalización pueden v. por ej. nuestros estudios «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación ...» cit., N° 27, págs. 9 y ss.; «Una perspectiva bioética: vida y globalización», en «Bioética 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.; «Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración», en «Revista del Centro de Investigaciones ...» cit., N° 24, págs. 41 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. McLUHAN, Marshall (con la colaboración de Quentin FIORE y Jerome ANGEL), «Guerra y paz en la aldea global», trad. José Méndez Herrera, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; ORSI, Vittorio, «Las Claves de Davos 97», Bs. As., ABRA, 1997; URRIOLO, Rafael (coord.), «La globalización de los desajustes», Venezuela, Nueva Sociedad, 1996; TOMLINSON, John, «Globalization and Culture», The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, «La aldea global», Tlalaparta, Tafalla, 1997.
6. Es posible v. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997; “El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, 1998 (también la publicación parcial, en nuestra ponencia «El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración, con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur», en «Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional», 14, 1999, págs. 77 y ss.); «Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)», en «Investigación y Docencia» cit., N° 26, págs. 20 y ss.

Parece también notorio que, en cambio, la *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* celebrada en la CIDIP V de México de 1994, bajo la influencia de un modelo económico más *liberal* y en particular de los Estados Unidos de América, no sólo se reconoce la autonomía conflictual, sino que, con sentido práctico de referencia al caso concreto, se hace remisión subsidiaria al derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos.

No es por azar, v. gr., que el orden público, resguardo último de una identidad vital, puede ser menos fuerte en las relaciones entre países afines, como son los hispano-luso-americanos.

4. Cuando nuestra zona decide su cooperación internacional, civil y mercantil, debe hacerlo reconociendo y desarrollando su consistencia cultural. Sea cual fuere el objetivo final, sea cual fuere el juicio que se tenga respecto de los beneficios y perjuicios que causa el modelo capitalista liberal, el desconocimiento de la propia situación cultural no puede llevar sino al fracaso. Los anglosajones, con su sentido práctico, jamás lo harían consigo mismos.

Nuestra región viene realizando, con diferentes éxitos, diversos procesos de integración. Los países peninsulares forman la Unión Europea y los americanos se manifiestan, por ejemplo, en el Mercado Común Centroamericano, la Comunidad Andina y el Mercosur, por una parte, y la propuesta del ALCA por la otra. En el caso americano, de una línea puede obtenerse más la amplitud de perspectivas de una integración en vías de *comunidad*, en cambio de la segunda propuesta, impulsada por los Estados Unidos de América, se logra sólo una simple *área de libre comercio*.

Estimamos que cuando la zona orienta su cooperación jusprivatista internacional, en relación con el fondo y con el proceso, debe hacerlo aprovechando *todas las posibilidades*, pero atendiendo a que éstas son *diferentes*. No son lo mismo un mercado que puede llevar algún día a una confederación y un área de libre comercio, y esto es muy significativo para la cultura que caracteriza a nuestro ámbito. No nos parecería acertado ignorar que el sentido de los Tratados de Montevideo respecto de los contratos puede ser no funcional para la integración del Mercosur<sup>7</sup>, pero tampoco que la mencionada Convención de la CIDIP puede no ser acorde con la cultura de los pueblos hispano-luso-americanos.

La cooperación internacional civil y mercantil entre los países hispano-luso-americanos, en el fondo y el proceso, es un cauce hondamente vinculado con la identidad misma de la cultura de la región. A nuestro Instituto, baluarte de la cultura jurídica de la zona, le es importante señalarlo.

7. Al punto que creemos que en cuanto perturben a la integración no deben ser aplicados.

# PAPEL DE LA TEORIA JURIDICA EN LA INTEGRACION DEL MERCOSUR Y DEL AMBITO GENERAL DE AMERICA DEL SUR (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

## I. Nociones fundamentales

1. Los procesos de integración del Mercosur y de la América del Sur en su conjunto requieren la clara comprensión básica de los elementos generales de *unidad*, geográficos, histórico-prospectivos, idiomáticos y religiosos, pero también de las *dificultades* más o menos comunes a la zona, signada por tensiones entre estructuras *feudales* y *capitalistas*, éstas a veces locales y en muchos casos internacionales; por la división de la cultura “*ibérica tradicional*”, en la que cabe diferenciar sectores indígenas, ibéricos propiamente dichos, africanos, itálicos meridionales, más comunitarista y paternalista, y sectores *angloafrancesados*, con despliegues norteamericanos, más individualistas; una gran *debilidad económica y estatal* (con frecuentes crisis de legitimidad); la fractura regional evidenciada por la *división política* en los diferentes países y la gran *asimetría* entre el Brasil y sus vecinos. Se trata de diferencias enraizadas en estructuras jurídicas y culturales de larga data, alimentadas por factores propios de la región y externos a ella.

La gran novedad del proceso integrador del Mercosur e incluso la quizás no lejana (pero a nuestro criterio diferenciada) integración de toda América del Sur, lla-

(\*). Ideas básicas de la comunicación presentada al IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur realizado en La Paz (Bolivia) del 11 al 13 de octubre de 2000.

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

mados a superar tales diversidades, exigen una amplia consideración de las perspectivas jurídicas, pero para ser idónea ésta debe tener una *amplitud* y una *profundidad* en la comprensión de los fenómenos con las que a menudo no se cuenta.

Como su propio nombre lo indica, el Mercosur procura ser sobre todo un proceso económico, de constitución de un mercado común, mas para lograr tal objetivo mínimo es necesario contar con una adecuada solución de la problemática jurídica<sup>1</sup>. Las estrechas relaciones del derecho con la economía pueden ser de mutuo enriquecimiento o de perturbación recíproca.

Tiene gran relevancia solucionar las cuestiones referidas al papel que el derecho puede desempeñar en el resto de la vida mercosureña y en general sudamericana, que se iluminan a la luz de la *Filosofía General* y de la “*Filosofía Jurídica Mayor*” (de alcance mayor) y la “*Filosofía Jurídica Menor*” (de alcance menor). La “*Filosofía Jurídica Mayor*” considera las relaciones del Derecho con el resto del universo y la “*Filosofía Jurídica Menor*” estudia sus despliegues internos<sup>2</sup>.

## II. El Mercosur, Sudamérica y las perspectivas de la Filosofía general y la “Filosofía Jurídica Mayor”

2. 1. Una de las cuestiones más significativas para pensar el derecho en general y el de la integración del Mercosur y de América del Sur en especial es la referida a la raíz de nuestro *conocimiento*, es decir, el problema *gnoseológico*. Las grandes líneas de respuesta gnoseológica son la *racionalista* y la *empirista*, conforme a las cuales se cree que el único órgano adecuado de conocimiento es la razón o se entiende que todo conocimiento debe justificarse por la experiencia, a menudo, en particular por la experiencia de los sentidos. No deja de tener significación que el racionalismo ha logrado mucho más despliegue en el pensamiento “continental” euro-

1. Es posible c. v. gr. nuestro estudio “El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998. Asimismo, por ej. DREYZIN DE KLOR, Adriana - URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional. Fuentes convencionales”, Bs. As., Zavallía, 1996; MIDON, Mario A. R., “Derecho de la Integración”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1998.; DREYZIN de KLOR, Adriana, “El Mercosur”, Bs. As., Zavallía, 1997; RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto, “Mercosur, integración y Derecho”, Bs. As., Intercontinental Editora - Ciudad Argentina, 1998.
2. Puede v. nuestro estudio “Importancia de la Filosofía para la integración jurídica y política del Mercosur”, en “A Filosofia, Hoje - Anais do V Congresso Brasileiro de Filosofia (de 03 a 08 de setembro de 1995)”, vol. II, 1998, págs. 841 y ss., (v. asimismo “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 21, págs. 43 y ss.).

peo y tiende con frecuencia a pretender verdades universales y eternas, en tanto el empirismo ha sido en mucho característica dominante del pensamiento inglés y se apega más a la consideración de las circunstancias.

Si el Mercosur y al fin el subcontinente se construyen sobre bases racionalistas, será la razón la que encauzará las decisiones jurídicas; si se edifica con raíces empiristas se irá buscando el camino a través de la experiencia. El racionalismo promoverá la creencia de que al fin existe “el” Derecho de la Integración, con alcances universales: el empirismo conducirá a reconocer que el Derecho de la Integración tiene diversos senderos según las circunstancias. En el primer enfoque, por ejemplo, será más fácil la recepción de modelos distintos, del Pacto Andino, la Unión Europea, etc.; en el segundo se irá buscando más el camino de la propia vida de la región.

2. 2. Otro punto, estrechamente relacionado con el anterior, es el de los planteos “idealistas” o “realistas” “genéticos”, es decir, llamados a resolver el origen del mundo. Según el idealismo genético, el sujeto, individual o colectivo, crea (de la nada) el objeto. En el primer supuesto, se trata del existencialismo; en el segundo del historicismo. Conforme al realismo genético, el sujeto no crea sino descubre al objeto<sup>3</sup>. Es evidente que en el idealismo se pretenderá un Mercosur y una América del Sur más producidos por los sujetos con prescindencia de la referencia a una realidad exterior y en el realismo habrá más remisión a ésta.

En especial vinculación con la cuestión gnoseológica, se desenvuelve el problema de la posibilidad de conocer la “esencia” de las cosas que, pese a la alta multivocidad de esta expresión, puede ser considerado el objeto de la *metafísica*. Cabe señalar, al menos, que una visión que crea en la posibilidad del conocimiento metafísico remitirá el derecho del Mercosur y de nuestro subcontinente a las “esencias” respectivas, por ejemplo, de la propia integración, en tanto que un enfoque que niegue tal posibilidad buscará referencias más “superficiales”.

Es posible, sin embargo, que tanto las discusiones entre el racionalismo y el empirismo como las que oponen al idealismo y el realismo genéticos y las que admiten o no la metafísica no puedan resolverse, porque son cuestiones que exceden

3. Es posible v. por ejemplo nuestros estudios “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8, págs. 73 y ss. y “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín ...” cit., N° 9, págs. 33 y ss.

4. Puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 21 y ss.



lo que nos es cognoscible. En tal sentido, es también viable adoptar una posición relativamente “*constructivista*”, que nos lleve simplemente a decidir obrar con más o menos consideración de las áreas problemáticas y de sus particularidades. Las perspectivas filosóficas no son estériles, porque siempre valen como referencias esclarecedoras de los estilos de pensamiento, pero parece al menos posible intentar superar su estancamiento. Nuestra posición tiene ese carácter “constructivista” y, en tal sentido, pretendemos una amplia consideración de la “realidad”.

3. Para decidir la actitud que procurará el Derecho en la construcción del Mercosur y al fin de América del Sur es también importante apreciar cuáles son las vinculaciones de lo jurídico con el resto de la cultura, y en especial con la *economía*. No es posible resolver de manera plenamente consciente lo que procurará la participación jurídica en el Mercosur y en el subcontinente sin considerar, por ejemplo, la gran polémica acerca de la influencia de la economía, y en particular de las fuerzas y las relaciones de producción, en el campo jurídico. Aunque tal vez se trate también de una cuestión sin solución demostrable, entendemos que las fuerzas y las relaciones de producción tienen una gran influencia en el resto de la vida humana pero no que la economía sea la última determinante de la historia. Sin necesidad de referirse a los desenvolvimientos marxistas, cabe considerar que ya Aristóteles había comprendido que la esclavitud sería innecesaria si la lanzadera pudiera funcionar por sí sola y que, efectivamente, con la Revolución Industrial, cuando la máquina anduvo “por sí sola”, sin la fuerza del hombre, la esclavitud se extinguió<sup>5</sup>.

En estos días, el despliegue de las fuerzas y las relaciones de producción desborda ampliamente los límites de los Estados modernos-nacionales, con alcances incluso *globalizados* que benefician al proceso integrador en cuanto superan a los Estados pero lo cuestionan en su propósito de diferenciarse del resto de la economía planetarizada y de sus grandes centros de poder de alcance mundial.

Es más, las fuerzas y las relaciones de producción hacen que la globalización sea acompañada de una gran *marginación* y si se procura un Mercosur y una Sudamérica no sólo de integración entre los Estados y sus sectores de dinámica capitalista, sino de integración de los diferentes sectores sociales, incluyendo también al fin a quienes no participan del proceso de producción, distribución y consumo, habrá que resolver esta tensión.

5. ARISTOTELES, “Política”, libro I, cap. 2, en “Obras”, trad. de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 1417 (1253 b/ 1254 a)

Una de las grandes decisiones a adoptar es la referida al papel que jugará la *burguesía* en la construcción del nuevo espacio. El propio nombre de “mercado” señala cuánto, pese a las referencias a la participación popular, se espera del protagonismo burgués. La estructura de los órganos de gobierno del Mercosur es claramente expresiva del predominio de lo económico, en relativo detrimento de la participación democrática -también limitada- que suele haber en el interior de los Estados<sup>6</sup>.

Si se recuerda que en gran medida los Estados modernos nacieron de la alianza entre la burguesía ansiosa de asegurarse mercados más amplios y los reyes, se advierte la importancia que puede llegar a tener la solución de la cuestión económica en la construcción de la estructura mercosureña. Es aleccionador ver que pese a la proliferación de fuentes formales del derecho del Mercosur las crisis económicas conmueven el conjunto del sistema e incluso convierten casi en “papeles sin valor” a muchas de esas normatividades. Es esclarecedor tener en cuenta que, de acuerdo con la amplitud de alcances de las fuerzas y las relaciones de producción globalizadas podría estar construyéndose un pre-Estado mundial en “estadio hobbesiano”, de monopolización del poder, encabezado por los Estados Unidos de América y sus acompañantes de la Organización del Tratado del Atlántico Norte.

### III. El Mercosur, Sudamérica y las perspectivas de la “Filosofía Jurídica Menor”

#### 1) *El mundo jurídico en general*

4. 1. Vasta significación tiene también lo que se considere que el Derecho “es” o, según nuestra manera de pensar, lo que se *construya* como objeto jurídico, lo que se desee considerar en el marco de la ciencia del derecho.

Uno de los grandes modelos para el pensamiento del Derecho muy difundido en nuestro siglo ha sido el del normativismo kelseniano<sup>7</sup>. Conforme a la “*teoría pura del derecho*”, fundada por la a veces llamada “escuela de Viena”, la ciencia del derecho ha de ocuparse exclusivamente de normas, de relaciones de imputación con sanción, excluyendo -al menos en la mayor medida de las posibilidades- las relaciones de causalidad y apartando las referencias a los valores. Así -desde nuestro punto de vista- el derecho resulta pura “lógica”.

6. Es posible v. nuestro estudio “Significados de los órganos de gobierno del Mercosur”, en “La Ley - Voces Jurídicas Gran Cuyo”, Año 3, Número 4, 1998, págs.279 y ss.

7. Pueden v. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

El aporte a realizar a la construcción del Mercosur y del subcontinente desde un Derecho pensado en términos de la orientación kelseniana se limitaría a la lógica normativa de la integración. En el fondo, se trataría de “logicizar” lo que fuera sucediendo. Quizás lo más significativo del proceso de integración sería el debilitamiento de la identidad y quizás alguna vez la pérdida de la identidad de las pirámides normativas estatales, pero vale interrogarse si la Ciencia del Derecho puede hacer alguna contribución para superar las causas de nuestra división y para brindarnos un debate sobre nuestra crisis de legitimación si como puntos de partida excluye la consideración de la causalidad y la legitimidad.

Otro de los modelos que suelen emplearse para establecer los alcances del objeto jurídico es el del *realismo* que se limita a considerar al derecho como hecho, atendiendo, también en los casos del Mercosur y de nuestra parte de América, al juego de las fuerzas sociales. A su vez, es posible que se considere como exclusivo objeto de la ciencia jurídica a “*lo justo*” como, desde el racionalismo alemán, lo refirió la escuela de Wolff (v. gr. Nettelbladt).

4. 2. Además de estas tendencias “unidimensionalistas” y de combinaciones que pueden denominarse “bidimensionalistas”, existen corrientes “*tridimensionalistas*”, de amplia difusión por ejemplo en América Ibérica, que consideran que el derecho es una realidad socio-normo-axiológica<sup>8</sup>. Este tipo de pensamiento, que se reconoce con el nombre que le brinda el pensamiento del brasileño Miguel Reale, cuenta entre sus primeros exponentes a François Géný, quien planteó la necesidad de considerar lo “dado” (incluyendo datos reales, históricos, ideales y racionales) y lo “construido”, pudiendo apreciarse en lo dado despliegues sociológicos y axiológicos y en lo construido una proyección normológica. También en esta corriente tridimensional se inscribe la *teoría trialista del mundo jurídico*, fundada en la Argentina por Werner Goldschmidt<sup>9</sup>. La consideración tridimensional del objeto jurídico lleva a pensar en despliegues mercosureños y sudamericanos fácticos, lógicos y valorativos.

Aunque no creemos que pueda resolverse la discusión acerca de lo que el derecho “es”, consideramos que resulta particularmente esclarecedor construir el ob-

8. V. por ej. REALE, Miguel, “Filosofia do Direito”, 5ª. ed., San Pablo, Saraiva, 1969

9. Acerca del trialismo pueden c. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit.; 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; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

jeto jurídico atendiendo a las tres dimensiones referidas, sociológica, normológica y axiológica y, en especial, aprovechando las enseñanzas del trialismo.

4. 3. Según la teoría trialista del mundo jurídico, el derecho “es” (en nuestro caso personal podemos expresarnos mejor “debe ser construido”) como un conjunto de *repartos de potencia e impotencia, captados por normas y valorados*, los repartos y las normas, *por la justicia*. Es en todos estos despliegues que corresponde considerar al derecho mercosureño, hoy muchas veces planteado, en cambio, con una preocupante pobreza de perspectivas.

#### a) Dimensión sociológica

5. En la dimensión sociológica del mundo jurídico cabe reconocer adjudicaciones de lo que favorece o perjudica al “ser” y en los seres vivos a la vida, es decir, “potencia” e “impotencia”. La consideración trialista del Derecho toma como punto de particular importancia a la referencia del derecho a la *vida humana*. Esto significa, en nuestro caso, que el planteo jurídico del Mercosur y del subcontinente ha de entenderlos como fenómenos “vitales”.

Las adjudicaciones más relevantes son *repartos*, originados por la conducta de seres humanos determinables, pero también hay *distribuciones*, producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Todo esto conlleva que, para la construcción del Mercosur y de la América del Sur, habrá que atender a la intervención de la naturaleza, las influencias humanas, el azar y, sobre todo, a la conducción humana, en el favorecimiento o el perjuicio de la vida. Es importante apreciar, v. gr., la medida en que la geografía de la región, las fuerzas económicas y la conducción humana nos favorecen o nos perjudican en el proceso integrador.

6. En particular en cuanto a los repartos, el trialismo lleva a considerar los *repartidores*, los *recipiendarios*, los *objetos* (potencias e impotencias), la audiencia previa a la decisión o *forma* de los repartos y las *razones*, distinguiendo en este aspecto los móviles de los repartidores, las razones que alegan y las razones que atribuye la comunidad cuando considera que esos repartos son valiosos. De este modo, por el sendero trialista la teoría jurídica queda en condiciones de saber, respecto del Mercosur y del subcontinente, quiénes reparten, quiénes se benefician y perjudican, en qué medidas los procesos favorecen o dañan a nuestras vidas, el grado de audiencia con que se toman sus decisiones, los móviles que impulsan a los repartidores, el discurso que se alega y la razonabilidad que atribuye la comunidad cuando piensa

que el proceso es valioso. En cuanto a la razonabilidad, es relevante advertir en qué medida, en qué ámbitos y por qué se considera que el Mercosur y la integración subcontinental son valiosos o “disvaliosos”.

No sería completa la referencia mercosureña o sudamericana si, por ejemplo, desconociera las influencias humanas difusas construidas a través de la historia de semejanzas lingüísticas y religiosas o de enfrentamientos entre países, heredados del Viejo Mundo. Asimismo no lo sería si no atendiera a las influencias que -como ya señalamos- hacen a la zona profundamente *asimétrica* entre el Brasil y sus socios, no sólo en cuanto a posibilidades sino respecto a sistemas económicos<sup>10</sup>.

Tampoco sería cabal la consideración si ignorara que, asimismo por influencias difusas, la región vive, como resultado de una larga trayectoria histórica que arranca desde la propia península ibérica, la mencionada tensión entre la cultura más “*ibérica tradicional*”, alimentada por aportes indígenas, africanos y de otros orígenes europeos meridionales, que es más paternalista y la cultura más “*anglofrancesada*”, hoy nutrida con la proyección yanqui, que es más individualista<sup>11</sup>. No sería plena la visión del Mercosur y de Sudamérica si se desconociera, en este sentido, el conflicto que, v. gr., representan el más ibérico y sobre todo hispánico tradicional, Felipe II y el afrancesado Carlos III. Incluso no sería cabal la comprensión del marco de adjudicaciones mercosureño y sudamericano si desconociera las diversidades entre las vertientes *lusitana* e *hispánica* de la cultura de la zona, evidenciadas por ejemplo en el éxito relativamente diverso que tuvieron Pombal y Aranda y Florida-Blanca<sup>12</sup>.

7. Los desarrollos del trialismo muestran que en la generación de los repartos hay tareas de *reconocimiento* de la realidad, toma de *decisiones* y *efectivización* de las mismas. Todo esto debe hacerse con lúcida conciencia al producir los repartos mercosureños y en general sudamericanos. Hay que apreciar las adjudicaciones existentes y las que se pueden producir, considerando los *factores de poder* presentes y su desempeño posible a favor o en contra de la integración y conscientizar los

10. Es posible v. nuestro artículo “Meditación de la asimetría en los procesos de integración, con especial referencia a la relación del Brasil con los otros países del Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, N° 8, págs. 27 y ss.

11. Pueden v. nuestras “Bases filosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

12. Puede v. nuestro estudio “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en Derecho de la Integración” cit., N° 4, págs. 113 y ss. Creemos conveniente excluir en este estudio el significado de las “Guayanas”.

razonamientos de la toma de decisiones, tema en el que tanto se ha avanzado en las últimas décadas.

Los repartos pueden tropezar con *límites necesarios*, surgidos de la naturaleza de las cosas, que se ven mejor desde los individuos o desde la sociedad. En el primer caso, cabe ubicar a los límites físicos, psíquicos, lógicos y axiológicos; en el segundo a los límites sociopolíticos y socioeconómicos. Es de gran relevancia considerar que en general la integración de la región no presenta límites físicos importantes, al contrario tiene amplias posibilidades de vinculación. En cambio, se deben superar límites psíquicos de tendencias hostiles; sociopolíticos, sobre todo emergentes de factores internos y externos que pueden ser hostiles, y socioeconómicos, vinculados al limitado y diverso desarrollo relativo de la zona. Hasta ahora la integración mercosureña no ha tropezado con la hostilidad de la Potencia hegemónica en la región, como ha sucedido en otros procesos integradores, pero su posición parece crecer en sentido adverso.

No creemos suficiente lo que suele expresarse respecto del reconocimiento, la decisión y la efectivización en las consideraciones mercosureñas. Los tropiezos con límites necesarios son evidentes.

8. El trialismo indica que los repartos pueden ser *autoritarios*, desenvueltos por imposición y realizadores del valor poder, o autónomos, desarrollados por acuerdo y satisfactorios del valor *cooperación*. También en los planteos del Mercosur y del subcontinente hay que apreciar el grado de poder o de cooperación que se puede y se desea realizar. No sería completa la consideración si, por ejemplo, no atendiera al poder interno y externo que existe debajo de la frecuente apariencia de cooperación.

9. Los repartos se ordenan en el régimen a través del *plan de gobierno en marcha*, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de repartos y realiza el valor previsibilidad y conforme a la *ejemplaridad*, que se produce por el seguimiento de modelos que se consideran ejemplares y satisface el valor solidaridad. En otros términos, el plan de gobierno en marcha indica quiénes mandan y con qué criterios mandan. El conjunto del régimen realiza el valor orden.

Es importante resolver todas esas cuestiones en cuanto a la construcción del Mercosur y de Sudamérica. La edificación de nuestro Mercado Común del Sur parece tener más dependencia de la planificación de los gobiernos que alimentación en un fuerte reclamo de la razonabilidad integradora en la región. La ampliación del mercado suele ser exigida por la economía capitalista, pero a menudo el capitalismo

de la región no tiene un impulso suficientemente intenso. Tal vez la razonabilidad en las sociedades de la integración mercosureña sea incluso más cultural que económica. Quizás sea más fácil construir una cultura que una economía mercosureñas.

El orden de los repartos suele vivir vicisitudes de cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, que son *revoluciones*, y de variación sólo de los primeros o los segundos, que son simples golpes de Estado o evoluciones. El Mercosur y la integración subcontinental en general deben ser comprendidos al menos como importantes evoluciones, incluso con rasgos revolucionarios. Esto permite dar cuenta de la desorientación e incluso de la anarquía (desorden de los repartos) que a veces puede producir y realmente origina el Mercosur<sup>13</sup>.

## b) Dimensión normológica

10. 1. Con miras a mantener a la lógica en estrecha relación con las otras dimensiones jurídicas, y en especial con la realidad social, el trialismo considera a la *norma* como la captación lógica de un reparto proyectado hecha del punto de vista de un tercero. Así la norma cumple funciones descriptivas e integradoras de la realidad social de los repartos.

La descripción se refiere al contenido de la voluntad de los autores y a su cumplimiento. El éxito en la primera tarea brinda una norma *fiel*; el resultado apetecido en la segunda, una norma *exacta*. A su vez, la integración puede ser sustancial o relacional. En el primer aspecto, los conceptos dan claridad e incorporan sentidos a la realidad social; en el segundo, las normas vinculan los repartos con otras adjudicaciones. El éxito en las funciones integradoras, en cuanto sirva mejor a la voluntad de los autores, hace que la norma sea adecuada. La tarea del “funcionamiento de la norma” que procura la fidelidad es la interpretación, la que se encamina a la exactitud es la aplicación y las que buscan la adecuación son la elaboración y la determinación.

En nuestro caso, por ejemplo, en cuanto a la fidelidad de las normas del proceso integrador del Mercosur, se suscita, v. gr., el problema interpretativo acerca del propio significado de la expresión “del Sur”. Vale considerar que en general el “mercado común” manifiesta todavía una normatividad en gran medida inexacta, además con cuestiones de importantes incumplimientos puntuales de lo pactado. Es intere-

13. Un enfoque de interés para el despliegue de nuestro tema, en lo sociológico, normológico y axiológico, es el de las relaciones entre los diversos procesos integradores sudamericanos.

sante debatir si el concepto “mercado”, sea por su nivel de profundidad o por su orientación económica, es adecuadamente expresivo de lo que se desea lograr.

10. 2. Las normas son juicios y por tanto su *estructura* está dotada de un *ante - cedente*, que capta el sector social a reglamentar en el reparto, y una *consecuencia jurídica*, que capta la reglamentación. Cada uno de estas partes cuenta, a su vez, con características positivas y negativas, que deben estar respectivamente presentes o ausentes para que la norma funcione.

Quizás pueda señalarse que, en el difícil equilibrio con la soberanía, todo el proceso integrador tiene en la actualidad como característica negativa de su consecuencia la no afectación última de tal calidad. Creemos que, sin embargo, todas las normas de integración deben abarcar la característica negativa de que no contraríen ese proceso.

10. 3. Según su grado de abstracción, relacionado con la referencia a sectores sociales situados en el pasado o en el porvenir, las normas son *individuales* o *generales* por su antecedente. Las normas individuales, cuyos antecedentes están situados en el pasado, realizan el valor inmediatez, las normas generales, cuyos antecedentes se sitúan en el porvenir, satisfacen el valor predecibilidad.

Uno de los debates esclarecedores acerca de la abstracción en la integración ha de ser el que considere en qué medida conviene tener normas “futurizas”, como suelen ser los tratados, los protocolos, etc., o normas relacionadas con casos pasados, como son habitualmente las sentencias y muchas resoluciones administrativas. Aunque no hay que desconocer la importancia de la predecibilidad, ni que los jueces nacionales son también jueces de la integración, sería en principio valioso contar con las posibilidades de inmediatez específica que brindaría un tribunal propio del Mercosur.

11. 1. Dado que las normas captan repartos, sus *fuentes reales*, a su vez materiales o formales, son esos repartos. Las fuentes materiales son el mismo nivel fáctico de los repartos y las fuentes formales las autobiografías con que suelen ser formalizados (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.).

El Mercosur ha generado la elaboración de fuentes formales especiales, como son las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común, las directivas o propuestas de la Comisión de Comercio del Mercosur, las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria Conjunta y las recomendaciones del Foro Consultivo Económico-Social.



11. 2. Las conexiones de las fuentes formales con los repartos autobiografiados pueden establecerse en términos de *flexibilidad* o *rigidez*, que corresponden a la facilidad o dificultad de la elaboración; de *participación* mayor o menor en la formación, y de *elasticidad* o *inelasticidad*, es decir, de la mayor o menor aptitud para adaptarse a los cambios de la realidad social.

El proceso integrador ha de conseguir de manera equilibrada los despliegues debidos en todos esos aspectos. El logro de la flexibilización del sistema del Tratado de Asunción se obtiene, v. gr., a través de protocolos sucesivos. Uno de los problemas importantes de las fuentes de la normatividad de la integración, quizás motivado por la diferencia entre la constitución de un mercado y la organización de un Estado, es el distanciamiento de la participación popular que se produce al pasar del gobierno de los Estados con sus órganos más parlamentarios a la elaboración predominantemente ejecutiva de las fuentes de la integración. En el Mercosur, en el aspecto de participación de los poderes legislativos hay sólo una Comisión Parlamentaria Conjunta. De todos modos, el estadio de intergubernamentalidad y la inexistencia de supraestatalidad son, de cierto modo, expresiones de participación local en la construcción de las formalizaciones.

11. 3. Las fuentes formales pueden ser *jerarquizadas* de diversas maneras, que no excluyen el predominio fáctico que pueden tener las fuentes materiales. En tal sentido, los procesos de integración como el del Mercosur suelen presionar a favor de la tendencia general, correspondiente en gran medida a la globalización, según la cual los tratados ganan nivel, al menos frente a las leyes (v. por ej. art. 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional argentina).

12. Para que los repartos proyectados captados en las normas lleguen a ser repartos realizados es necesario que ellas funcionen. El *funcionamiento de las normas* abarca la posibilidad de diversas tareas que, en el estado actual de la construcción trialista, son de *reconocimiento*, *interpretación*, *determinación*, *elaboración*, *argumentación*, *aplicación* y *síntesis*.

Todas estas tareas deben servir también a los procesos de integración del Mercosur y del subcontinente. En especial, por ejemplo, es importante que en la interpretación se abran cauces para que el *fin de los autores* prevalezca sobre las meras intenciones, que se empleen normatividades indeterminadas cuando sea necesario para dejar espacios a la reglamentación y la precisión, que se reconozca que se trata de grandes *carencias históricas por novedad jurídica*, cuya “integración” ha de producirse sin forzar la analogía con respuestas internas o internacionalidades clásicas.

cas o incluso con otros procesos integradores y que las normas de la internacionalidad clásica (v. gr. los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo) pueden no abarcar los casos del proceso integrador, por haber sido elaboradas con un espíritu diferente al de este nuevo fenómeno.<sup>14</sup> Encajados en un caso de integración

Entre los productos del ordenamiento normativo se encuentran los conceptos de *antijuridicidad* y de *orden público*. Para que nuestro proceso de integración se consolide es importante que puedan detectarse, más allá de las normas puntuales, una antijuridicidad y un orden público mercosureños, algún día también sudamericanos.

14. 2. El ordenamiento normativo, frecuentemente representado como una pirámide, se constituye con relaciones *verticales* y *horizontales* entre las normas, que pueden ser de *producción* o de *contenido*. Las vinculaciones verticales de producción realizan el valor subordinación, las relaciones verticales de contenido satisfacen el valor ilación; las relaciones horizontales de producción realizan el valor infalibilidad y las vinculaciones horizontales de contenido satisfacen el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia.

Es importante reconocer cuál es la “situación lógica” del ordenamiento integrador, apreciando el grado de intervención que tienen los sentidos verticales y horizontales de las relaciones entre normas. Es relevante, v. gr., el desarrollo horizontal de la infalibilidad y de la concordancia de las normas mercosureñas. Como reflejo de la relativa anarquía que suele producirse en la realidad social, el proceso integrador puede generar cierta incoherencia en las normas.

14. 3. Según la capacidad de los encargados del funcionamiento de las normas, por ejemplo los jueces, para integrar las lagunas, los ordenamientos normativos pueden ser *meros órdenes*, cuando se debe consultar con los autores, y *sistemas*, cuando esos encargados deben integrar las lagunas (carencias de normas). El sistema puede ser *formal*, cuando se debe integrar aplicando un criterio general de cierre, v. gr., admitiendo lo que los protagonistas han hecho (por ej. en el Derecho Penal liberal, por el principio de tipicidad) o *material*, cuando el encargado del funcionamiento integra según lo cree valioso. Las características de orden o sistema pueden corresponder a todo el ordenamiento o a subordenamientos dentro de él.

Es importante que el ordenamiento de la integración sea concebido como un *sistema material* en el que los jueces puedan resolver todas las carencias que se presenten recurriendo a las soluciones más valiosas para el proceso integrador.

15. Un tema de gran interés es el origen del ordenamiento normativo, evidenciado por una *norma hipotética fundamental*, que se refiere a la eficacia de las normatividades no gubernamentales o la obediencia al constituyente histórico.

En el proceso integrador pueden mantenerse las normas hipotéticas fundamen-

tales que atienden a los constituyentes históricos de los Estados particulares, como sucede por ejemplo en el Mercosur, u originarse una nueva norma hipotética fundamental con referencia a un constituyente común. Puede tratarse de “pirámides” distintas interrelacionadas o, al fin, de una misma pirámide con áreas estatales diferenciadas. Esto significa un camino de federalización.

### c) Dimensión dikelógica

16. Aunque los contenidos de la justicia y los demás valores son altamente discutibles, quizás pueda convenirse en que, como lo sostienen los desarrollos del trialismo, dicho valor debe *coadyuvar* con los demás en un complejo axiológico en el cual ocupa un lugar muy destacado, al punto de ser el más elevado valor del mundo jurídico.

La integración es un proceso de acercamiento entre los pueblos especialmente signado por el desarrollo económico, de modo que para el debate axiológico respecto de los procesos de integración resulta muy significativo contar con el marco de comprensión de las relaciones entre los valores *justicia* y *utilidad*. Hay que evitar que el proceso integrador sea ámbito de arrogación del material estimativo que corresponde a la justicia por el avance indebido de la utilidad, pero asimismo hay que lograr que el espacio de la utilidad sea indebidamente ocupado por el avance de la justicia.

Todos los demás valores a nuestro alcance deben coadyuvar a la realización del más alto valor a nuestro alcance, que es la *humanidad* (el deber ser cabal de nuestro ser). En definitiva, hay que lograr que los procesos integradores, sobre todo en base a la integración entre la justicia y la utilidad, realicen el valor humanidad.

17. Los caminos a recorrer con miras a reconocer los contenidos de la justicia constituyen *clases de justicia*. Han sido desenvueltos sobre las bases de las enseñanzas aristotélicas y pueden diferenciarse según se relacionen con los repartos aislados o relacionados, distinguiéndose a su vez conforme a la remisión a las perspectivas de los repartidores, los beneficiarios, los objetos a repartir, las formas y las razones de los repartos.

Con especial referencia a los repartidores, cabe diferenciar la justicia consensual o extraconsensual; la consideración de la perspectiva de los beneficiarios lleva a diferenciar la justicia con o sin “acepción” (consideración) de personas; la atención a la fácil o difícil comparabilidad de las potencias e impotencias que constituyen el objeto de los repartos conduce a la justicia simétrica o asimétrica; la referencia a la for-

ma de los repartos conforma la justicia monologal o dialogal (con una o varias razones de justicia) y la consideración de las razones de los repartos es el punto de diversificación de la justicia conmutativa o espontánea (con o sin “contraprestación”).

Desde la perspectiva de los repartos relacionados, con miras a los repartidores pueden distinguirse la justicia “parcial” o gubernamental (proveniente de la parte o del todo); atendiendo a los beneficiarios cabe diferenciar la justicia sectorial o integral (dirigida a una parte o al todo); considerando los objetos pueden distinguirse la justicia de aislamiento y de participación; con referencia a la forma se diversifican la justicia absoluta y relativa y con referencia a las razones de los repartos pueden diferenciarse la justicia particular o general (dirigida al bien común).

Así como procuran una nueva lógica de las normas, los procesos de integración como el del Mercosur y el de nuestro subcontinente en general buscan una nueva *lógica de la justicia*. En ellos cabe brindar especial atención al paso de la justicia consensual a la extraconsensual, de la justicia monologal a la dialogal, y de la justicia conmutativa a la espontánea, aunque del mismo modo hay que procurar el paso de la justicia “parcial” a la gubernamental, de la justicia sectorial a la integral, de la justicia de aislamiento a la de participación y de la justicia particular al logro de la *justicia general* con un bien común integrado, sobre todo si se va de un mercado a una integración de alcances más generales.

En relación con el tiempo, cabe diferenciar la justicia “de partida” y la justicia “de llegada”<sup>15</sup>. Tratándose de un “proceso” de integración, la justicia de llegada debe prevalecer al fin sobre la justicia de partida.

18. La justicia se muestra una categoría “*panónoma*”, como tal referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Esa pantonomía se manifiesta, por ejemplo, en *complejos* en lo personal, real y conductista y en las *consecuencias*. Como tal alcance total nos es inabordable, tenemos que fraccionar la justicia produciendo *seguridad jurídica*.

También en este sentido el proceso integrador tiende a construir una nueva lógica de la justicia. Hay que edificar nuevos complejos personales, reales y temporales comunes y para eso hay que aceptar que se vayan poniendo en común las consecuencias. El proceso integrador requiere seguridad, pero para producirla no hay que fraccionar en exceso los despliegues de justicia internos<sup>16</sup>.

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

16. A veces el desfraccionamiento de la justicia integradora genera inseguridad interna.

19. Werner Goldschmidt consideró, con aspiración de objetividad, un *principio supremo* de justicia según el cual corresponde adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, es decir, para que se convierta en *persona*. Sin esa referencia objetiva, creemos que es posible construir mediante consenso -por ejemplo en nuestra región- un principio de contenido semejante. A la luz de ese principio puede establecerse lo debido en justicia desde el punto de vista del reparto aislado y del régimen.

20. 1. Desde la perspectiva del reparto aislado, cabe considerar en primer término la legitimidad de los *repartidores*. Esta puede provenir de la superioridad moral, científica o técnica, que constituye la *aristocracia*, o del acuerdo de los interesados, es decir, de su *autonomía*. En relación con la autonomía cabe diferenciar la “paraautonomía”, emergente del acuerdo de todos los interesados para que alguien reparta (v. gr. en el arbitraje), la “infraautonomía”, en que se cuenta con el apoyo de la mayoría (por ejemplo en la democracia) y la “criptoautonomía”, constituida por el acuerdo que hubiesen brindado los interesados en caso de tener conocimiento del reparto.

La constitución de un mercado común suele contar con la legitimación de la superioridad técnica de los economistas gubernamentales y de las empresas y la legitimación de la autonomía de las partes contratantes. Cabe hablar en el primer aspecto de cierta legitimación tecnocrática. Sin embargo, hay que cuidar que las asimetrías no presenten autonomías sólo aparentes y suele existir una limitación de la legitimación democrática. Importa evitar que se llegue al desvío de la plutocracia.

La tarea de repartir genera *responsabilidades*, por los repartos propios e incluso a veces por el régimen en su conjunto. Es posible reconocer, así, responsabilidades por el proceso integrador que a veces los políticos nacionales suelen no asumir cabalmente.

20. 2. La legitimidad de los *recipiendarios* lleva a diferenciar los *méritos*, especialmente vinculados al comportamiento, y los *merecimientos*, relacionados en particular a la necesidad. El desenvolvimiento del mercado posee en principio connotaciones de méritos y no de merecimientos, pero si se avanza a una integración más amplia pueden encontrarse, en cambio, posibilidades de referencia a los merecimientos.

20. 3. Los *objetos* que en justicia merecen ser repartidos son denominados “*repartideros*”. Los objetos repartideros deben guardar un equilibrio que al fin enriquezca las posibilidades de personalización de los recipiendarios; que al menos aumente, en la mayor medida posible, las oportunidades de la vida. En cuanto a los quehaceres, es relevante incrementar la *creación* y disminuir la rutina.

El mercado común se orienta en especial a las posibilidades de brindar objetos repartideros de la vida económica, disminuyendo los riesgos de rutina al respecto, pero vale que se incrementen las posibilidades de aumentar los objetos repartideros en los otros despliegues vitales.

20. 4. El reparto justo debe construirse en la *forma* de audiencia de todos los interesados. Si se ha de arribar a un reparto autoritario hay que recorrer el camino del proceso y no de la mera imposición; cuando se trata de llegar a un reparto autónomo se debe transitar la senda de la negociación y no la de la mera adhesión.

Una de las dificultades que ha de superar un proceso integrador como los del Mercosur y nuestro subcontinente es asegurar que haya audiencia de todos los interesados, sobre todo con miras a evitar que las decisiones técnicas alejen de la audiencia democrática y que las asimetrías desenvuelvan caminos de adhesión.

20. 5. En cuanto a las *razones* del reparto, es valioso que se desenvuelva una debida *fundamentación*. En particular, en los procesos de integración es relevante que los riesgos de tecnocracia y plutocracia sean compensados al menos con buenas razones para los repartos.

21. 1. El principio supremo de justicia antes referido lleva a sostener que para ser justo el régimen debe tomar al individuo como fin y no como medio, lo que se expresa diciendo que ha de ser *humanista*. Hay que evitar la mediatización de los individuos, que constituye el totalitarismo en sentido amplio, comprensivo al fin de la instrumentación a favor de otros individuos, que es individualismo, y el empleo al servicio del conjunto de la sociedad, que es totalitarismo en sentido estricto.

Los procesos de integración, en nuestro caso del Mercosur y al fin de Sudamérica toda, suponen grandes cambios en los que debe lograrse como mínimo evitar el riesgo de que crezca el totalitarismo en sentido amplio y como máximo que se concreten las posibilidades de avance del humanismo.

21. 2. El humanismo puede concretarse por vías *abstencionistas*, que en principio son preferibles, o *intervencionistas* (paternalistas). Es notorio que los procesos de integración pueden agruparse según el predominio de uno u otro sendero y que, pese a la intervención de los gobiernos para crear los marcos del mercado, en el Mercosur hay una fuerte tendencia abstencionista liberal<sup>17</sup>.

17. En este enfoque, cabe reconocer un incremento del liberalismo económico entre la Declaración de Foz de Iguazú y el Tratado de Asunción.

El humanismo exige respetar a cada individuo en su *unicidad*, su *igualdad* y su *comunidad* con los demás individuos. La preservación de la unicidad se expresa en gran medida en el liberalismo político, la realización de la igualdad se manifiesta en mucho en la democracia y la satisfacción de la comunidad reclama la “res publica” (cosa común).

El proceso integrador supone la adaptación -no el sacrificio- de las unicidades y un nuevo despliegue de la igualdad y la “res publica”; sin embargo el debilitamiento de la participación democrática puede llevar a poner en cierto riesgo a la igualdad.

22. La realización del régimen de justicia exige *proteger* al individuo contra todas las amenazas, de otros individuos como tales y como régimen, del propio individuo y de “lo demás” (enfermedad, miseria, soledad, ignorancia, etc.).

Los procesos de integración se construyen sobre todo para preservar mejor contra “*lo demás*”, entendido como pobreza e incluso contra regímenes extraños. La pobreza en los países del Mercosur y de Sudamérica, tan presente y tan amenazante en sus posibles desarrollos futuros, es uno de los grandes enemigos a combatir para que haya justicia en el proceso integrador.

Uno de los problemas del Mercosur es, en este sentido, la inexistencia de un *tribunal judicial propio*, sobre todo en cuanto se logre que, sin repetir deficiencias de algunos tribunales de la región ampare, como división de poderes, contra el resto del régimen, y resguarde respecto de los demás individuos<sup>18</sup>.

## 2) Las ramas del mundo jurídico

23. El conjunto del mundo jurídico se divide en ramas signadas por características especiales, en última instancia por particulares exigencias de justicia, y a su vez tiende a formar un sistema, que trata la “Teoría General del Derecho”, entendida no sólo como consideración de lo común sino del conjunto<sup>19</sup>.

Creemos que ha de desplegarse como *rama específica* el Derecho de la Integración. Aunque a nuestro parecer el desarrollo del proceso depende de modo especial de los logros en las áreas privatistas y procesales, *todas* las ramas del Derecho han de ser tenidas en cuenta en el proceso integrador.

18. Es posible v. nuestra “Filosofía de la jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

19. Pueden c. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación ...” cit., N° 32, págs. 33 y ss.



## IV. Horizonte de Historia del Derecho y Derecho Comparado

24. A la luz de las nociones de Filosofía Jurídica antes expuestas, el planteo jurídico requiere siempre, también en los procesos de integración, la comprensión de sus *despliegues históricos y comparativos*. Sólo a la luz de su pasado y de la necesidad de su “re-construcción” y ante el esclarecimiento que brinda la comprensión profunda de las diversidades y semejanzas comparativas, es posible que el proceso integrador adquiera un nivel de desarrollo jurídico plenamente satisfactorio.

Por ejemplo, no sería completa la consideración del Mercosur y del subcontinente si no se tuvieran en cuenta las diversidades culturales antes señaladas o no se atendiera a que las posibilidades de desarrollo económico de la Unión Europea, fundada con estilo “continental” pero con fuerte capacidad capitalista sobre todo por Francia, Alemania e incluso Italia, son diversas de las de nuestra región, donde la herencia ibérica e incluso feudal es mucho mayor.

## V. Horizonte de política general

25. La evolución del trialismo ha permitido evidenciar la integración del mundo jurídico en el *mundo político*, signado en definitiva por la exigencia de que la coexistencia se produzca de manera valiosa, convirtiéndose así en *convivencia*. El mundo político abarca diversas *ramas*, caracterizadas por los requerimientos de distintos valores de convivencia (política sanitaria, salud; política económica, utilidad; política científica, verdad; política artística, belleza; política jurídica -Derecho-, justicia, etc.), por diferentes perspectivas de desenvolvimiento de dichos valores (política económica y política de seguridad) o al fin por la consideración del conjunto (política “cultural”).

El desenvolvimiento jurídico más consciente de la integración exige que sea “integrado” en la comprensión de las relaciones del Derecho con las otras ramas políticas, de modo especial, con la *política económica*.

Hay que lograr, en definitiva, una “*cultura de la integración*” apoyándose en la *estrategia* pertinente<sup>20</sup>. A la luz de la teoría trialista del mundo jurídico las posibilidades de éxito son mayores.

20. Es posible v. nuestro estudio “Valor de la visión sistemática y estratégica en el Derecho de la Integración”, en “Derecho de la Integración”, N° 5, págs. 15 y ss.

# REFLEXIONES PARA LA JUSFILOSOFIA DEL CONSUMO (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

1. No es posible comprender en plenitud el mundo actual de la «postmodernidad» y la globalización/marginación, ni la situación presente del consumidor, sin atender al desarrollo logrado por el sistema «*capitalista*», diverso de las caracterizaciones que corresponderían al «*laborismo*» y al «*naturalismo*», pero al que deseamos encaminar hacia el «*humanismo*»<sup>1</sup>.

(\*).Notas para la participación del autor en las II Jornadas Rosarinas de Derecho Civil.

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

1. Entre la abundante bibliografía acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestros artículos «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.; «La doctrina jurídica en la postmodernidad», en «Jurisprudencia Argentina», 18/VIII/1999 y 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 Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; VATTIMO, Gianni, «El fin de la modernidad», trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, «Critique de la modernité», Fayard, 1992; HELLER, Agnes - FEHER, Ferenc, «Políticas de la postmodernidad», trad. Monserrat Gurguí, 2ª. ed., Barcelona, Península, 1994; 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; FORNERO, Giovanni, «Postmoderno e Filosofia», en FORNERO, Giovanni y otros, «Storia della Filoso-

Tampoco es comprensible esa plenitud sin reconocer el papel de la «división del trabajo», en la cual, en sentido amplio, al «consumidor» le corresponde de cierto modo «tragar», ingerir, lo que se produce y distribuye<sup>2</sup>. Aunque existe una relación de alguna manera «dialéctica» entre producción y consumo, parece evidente que la fuerza principal radica en quienes pueden manejar el consumo con miras a mantener la dinámica del sistema y obtener lucro. En última instancia, el consumidor es en mucho un ser «*producido*» para que consuma, el «sujeto débil» que tanto caracteriza a la postmodernidad.

Según lo destaca el marxismo, para lograr la sujeción del consumidor es necesario que, pese a haberse obtenido la más sorprendente capacidad de producción ja-

fia fundada da Nicola Abbagnano”, Turín, UTET, vol. IV, 1994, págs. 389 y ss.; AUDI, Robert (ed.), «The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, University Press, 2ª reimp., 1997, «Post-modern», 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 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Postmodernidad y Derecho”, Bogotá, Temis, 1993; 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.

Respecto de la globalización/marginación es posible v. por ej. nuestros estudios «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación ...» cit., N° 27, págs. 9 y ss.; «Una perspectiva bioética: vida y globalización», en «Bioética 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 pueden c. v. gr. KAUL, Inge y otros (ed.) Global Public Goods”, Nueva York, The United Nations Development Programme, 1999; ORSI, Vittorio, «Las Claves de Davos 97», Bs. As., ABRA, 1997; URRIOLO, Rafael (coord.), «La globalización de los desajustes», Venezuela, Nueva Sociedad, 1996. TOMLINSON, John, «Globalization and Culture», The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, «La aldea global», Tlalaparta, Tafalla, 1997; RAPOPORT, Mario (ed.), «Globalización; integración e identidad nacional», Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 1994; LOPEZ, Ernesto, «Globalización y democracia», Red de Editoriales de Universidades Nacionales, La Página; CAMDESSUS, Michel, «La Argentina y el desafío que plantea la globalización», Bs. As., Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1996; FERRER, Aldo, «Hechos y ficciones de la globalización», Bs. As., Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1997.

2. Acerca de la etimología de la palabra «consumo» puede c. por ej. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, «Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico», Madrid, Gredos, t. V, 1983, págs. 335 y ss. («sumir»).

más imaginada, se mantenga una economía de escasez y para esto hay que destruir riqueza o forzar el consumo <sup>3</sup>. Al servicio de la expansión del consumo según convenga para el mayor lucro, se cuenta con el poder de la economía y de la técnica. La «revolución industrial» en sus diversas etapas y los desarrollos de las ciencias sociales, en los que ocupan lugares destacados la economía, la sociología, la historia, la antropología, la psicología, etc., permiten el despliegue de la «*mercadotecnia*», que impone el consumo. Los medios de comunicación son instrumentos de enorme importancia para acentuar la dependencia del consumidor. Su mayor problema no es que le provean de productos defectuosos, sino que le hagan consumir haciendo estallar su personalidad.

2. La debilidad del consumidor se manifiesta en que se le impone la *imagen* del mundo que conviene para que consuma, desconectándolo de lo que podemos considerar realidad, en un mundo dominado por el *espectáculo* y convirtiéndolo, de cierta manera, en una «marioneta» de quienes dominan el sistema <sup>4</sup>. El consumidor es debilitado en la *información*, a veces a través de su exceso; pierde capacidad de *imaginación* y de *creatividad*, no puede afirmar su aptitud para el *juicio*, se aliena en las facultades para la *dirigencia* y vive en un constante *presente*, desarraigado del pasado y sin proyección al porvenir. A través del condicionamiento para el consumo, el consumidor deja de ser *ciudadano*, resultando ésta una de las causas del debilitamiento del Estado moderno-nacional que se produce en nuestros días.

Desde la debilidad del propietario frente al régimen feudal y la del proletario ante el primer capitalismo industrial se ha pasado a la debilidad del consumidor y el desocupado respecto del capitalismo «tardío» actual <sup>5</sup>. Si la protección del propietario se logró a través del liberalismo y el amparo del proletario se desenvolvió con cierto socialismo, hoy el resguardo del consumidor y el desocupado exigiría una

3. V. ya, por ej., MARX, Karl - ENGELS, Federico, «Manifiesto del Partido Comunista», en MARX, Karl, «El Manifiesto Comunista y otros ensayos», trad. Ed. Progreso, Madrid, SARPE, 1985, págs. 25 y ss.
4. Puede c. nuestro artículo «Derecho y espectáculo en la postmodernidad», en «Revista», Colegio de Abogados de Rosario, agosto de 1999, págs. 22 y ss. Acerca de la conversión en marioneta es posible v. por ej. IRAZABAL, Enrique, «Conócete a Ti mismo» (<http://www.prometheus-ist.com/oruga.htm>).
5. Es posible c. por ej. nuestro artículo «Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la Filosofía del Derecho Privado)», en «El Derecho», t. 159, págs. 1022 y ss.

cierta «democracia social». El propio Locke refirió la existencia del Estado a la protección del propietario y propuso la división de poderes para que esto se hiciera realidad<sup>6</sup>. Hoy, al plantear la necesidad de amparo del consumidor hay que desenvolver los medios idóneos para lograrla.

Quizás el debilitamiento del sujeto ciñéndolo al rol de consumidor sea parte de una «astucia de la historia» para abrir camino a la formación de un Estado mundial y a una *nueva era* cuyos cambios no serían comprendidos, pero estimamos imprescindible comprender y valorar la situación para no claudicar en cualidades que consideramos inherentes a nuestra noción de ser humano<sup>7</sup>.

3. El sometimiento del consumidor evidencia la necesidad de superar las nociones de *contrato* heredadas de Roma y del Código Napoleón, elaboradas cuando no se conocían las ciencias sociales y humanas. Hoy en la base de la idea de contrato, que estimamos valioso conservar, ha de apreciarse que hay relaciones sociales de intercambio no siempre encauzadas en libertad y entre éstas ocupa a menudo un lugar destacado el «contrato» (relación) de consumo.

La dependencia del consumidor cuestiona a la propia pirámide jurídica, pues tiende a configurarse una *norma hipotética fundamental* de obediencia al «constituyente histórico» que dirija el sistema capitalista, a menudo más allá de las estructuras formales de los Estados.

4. En el complejo axiológico, la situación del consumidor evidencia una tensa relación entre el valor *justicia* (y los valores que ésta puede defender, salud, verdad, belleza, amor, etc.) y el valor *utilidad*. En muchos casos, este valor se arroga espacios que corresponden a la justicia. A su vez, muestra la necesidad de esclarecer si, en caso de resolverse la protección ésta ha de encararse con miras al *bien particular* o también como instrumento del *bien común* (lo que lleva respectivamente a áreas jusprivatistas o juspublicistas). Con frecuencia la debilidad del consumidor adquiere características casuísticas, que exigen el despliegue de la *equidad*.

Si se adopta el principio supremo de justicia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse en plenitud, para convertirse en «persona», pueden evaluarse diversas perspectivas de contenidos de justicia respecto del consumidor.

6. LOCKE, John, «Ensayo sobre el gobierno civil», trad. Amando Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1969.

7. Pueden c. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

La condición del consumidor pone en crisis a la legitimación por la autonomía, acosada por la «aristocracia» *tecnocrática* e incluso *plutocrática*, llevando a la necesidad de establecer si esa situación crítica ha de ser compensada por algún tipo de legitimación de aristocracia (en especial judicial) o de democracia (sobre todo legislativa en sentido amplio). En la tensa relación entre *mercado* y *economía* por una parte y *derechos humanos* y *democracia* por la otra, que tanto caracteriza a nuestros días, el mercado afianza la legitimación de la autonomía contractual, pero los derechos humanos y la democracia requieren la protección del consumidor<sup>8</sup>.

La situación del consumidor cuestiona si los títulos para ser beneficiarios han de ser el mérito de la conducta, como lo supone la contractualidad tradicional, o en alguna medida también la *necesidad*.

La condición del consumidor tiende a sumergirlo en la *rutina*, que ha de ser sustituida por el despliegue de la *creatividad*, y requiere una *audiencia intensificada* para escuchar su «débil» voz y una *fundamentación especial*, para que pueda apreciarla.

Con frecuencia el consumidor es mediatizado en una desviación *individualista* que excluye el *humanismo* que debería regir la constitución del régimen. Estimamos necesario que para respetar la humanidad del consumidor en su unicidad, su igualdad con los demás individuos y su participación en la comunidad se constituya al régimen con aportes *protectores* desde el *propio consumidor*, los *demás individuos*, en especial en cuanto tengan también ese carácter y a través de la competencia, el *régimen* en su conjunto (v. gr. con la intervención gubernamental) y la *economía de abundancia*, la *educación*, etc. Puede hablarse, de cierto modo, de una «república de consumidores».

5. La situación del consumidor muestra que, junto a las demás ramas jurídicas más o menos tradicionales, ha de desenvolverse una perspectiva enriquecedora de «*Derecho del Consumo*». No se trata, en modo alguno, de prescindir, por ejemplo, del Derecho de las Obligaciones, sino de ampliar las perspectivas jurídicas con este nuevo enfoque, semejante a los desarrollos también nuevos del Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, etc.

8. Un tema de actualidad en la Argentina es la necesidad de mantener el equilibrio entre economía y mercado y derechos humanos y democracia en el sistema que surja del Proyecto de Código Civil. Con un mínimo de despliegue, ese equilibrio está, por ejemplo, en las disposiciones del Libro VIII.

6. La necesidad de resolver la compleja y grave situación del consumidor muestra la conveniencia de construir modelos de *ciencia jurídica* amplios, comprensivos no sólo de lo normológico, sino también de lo sociológico y lo axiológico, e integrados en las perspectivas más amplias de la ciencia política, referida en general a la convivencia. Se advierte una vez más que quien sólo «sabe» Derecho no sabe Derecho.

A través del consumo se ve mucho más que el consumo<sup>9</sup>.

9. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico en que se inspiran las perspectivas de este trabajo, 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; «La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Creemos que la inmemorial discusión acerca de lo que el Derecho «es», de la que forma parte también el trialismo tradicional, puede salvarse por la amplia coincidencia que es factible lograr cuando se construye el objeto de la ciencia jurídica atendiendo a lo que interesa considerar en ella. Desde este punto de vista destacamos la gran importancia de las perspectivas trialistas.

# DIREITO E CULTURA: ENTRE AS VEREDAS DA EXISTÊNCIA E DA HISTÓRIA

JUDITH MARTINS-COSTA (\*)

*“Pertença a outra família, à dos aflitos  
rebuscadores da raiz dos mitos  
revolvendo os arcanos da memória  
ou na angústia de novas descobertas  
desafiando o mistério e as incertas  
veredas da existência e da história.*

(Miguel Reale, Valores, in Vida Oculta, 1990).

## **Introdução.**

A primeira dificuldade que se põe na abordagem da obra de Miguel Reale é a da seleção. Conquanto tornado célebre nos Cursos de Graduação das Faculdades de Direito notadamente por um livro - *Lições Preliminares de Direito* - sua obra está expressa em mais de 420 trabalhos publicados<sup>1</sup> nos quais se manifesta um pensamento original, fecundo em sugestões para o leitor atento, plural na temática, curioso, inquieto e inovador acerca de fenômenos que dizem respeito à existência humana, uma

(\*) Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Veja-se a bibliografia em “Miguel Reale - Bibliografia e Estudos Críticos”, Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro, Salvador, 1999.



vez pertencer - como expressa lapidariamente no poema que a estas breves notas serve de epígrafe - à “família dos aflitos rebuscadores da raiz dos mitos”, e que, por isto, lançam às veredas da existência e da história o seu olhar múltiplo e indagador<sup>2</sup>.

Um fio condutor une, porém, a imensa variedade dos temas que tratou e tem tratado, compondo, no multifacetário painel de sua obra, a unidade da diversidade. Nas obras de Reale - sejam aquelas que estruturam o mais alto pensamento filosófico brasileiro, sejam às que, redigidas em linguagem coloquial, destinam-se à compreensão do homem comum, leitor dos grandes jornais - está, ora plasmado como tema central, ora entrevisto como nuance, porém colorido, sempre, pelos mais perspicazes enfoques, o tema das **relações entre a cultura, a história e os valores**. Não por outra razão, aliás, embora avesso à etiquetagem das “escolas”, define-se **culturalista**<sup>3</sup>, percepção dos homens e do mundo na qual se desenvolve o seu “historicismo axiológico”, uma das marcas recorrentes de seu pensamento<sup>4</sup>.

Este tema, verdadeiro fio de Ariadne para a apreensão integral da sua obra, vem especificado, nos textos que têm o fenômeno jurídico como objeto central de estudo - tanto os de filosofia do Direito, quanto os história da cultura jurídica e os de dogmática jurídica - por uma bem marcada perspectiva, aquela enquadrada pela compreensão da dimensão histórica do fenômeno jurídico, pela meditação sobre a história e o que dela resulta como experiência.

2. Reale é jurista, é filósofo, é teórico do Direito, é um ensaísta atento aos mais variados aspectos da realidade mundial - do erotismo fácil de Madonna à globalização econômica - é um cientista e é poeta, é memorialista e é advogado. A originalidade e o vigor de seu pensamento como filósofo está, por exemplo, em *Experiência e Cultura* e em *Verdade e Conjetura*, sem os quais não haveria como falar na Filosofia brasileira. Já em *Variações*, seu último livro publicado, apresenta-se como o verdadeiro humanista que é. Foi porém como um vero e próprio teórico do Direito que escreveu *Teoria tridimensional do Direito* e *O Direito como Experiência*; foi como jurista que lançou um livro fundamental para o Direito Administrativo, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo* e é como advogado, o cultor das lides forenses, que apresentou *Questões de Direito Privado* e *Questões de Direito Público*, reunião dos seus pareceres. É, por igual, o codificador do Direito Civil e é também o homem que se tem lançado à tarefa de encontrar e historiar o pensamento brasileiro, como o fez em *Figuras da Inteligência Brasileira* e em *Momentos Decisivos do pensamento nacional*. É ainda o politólogo de *O Estado Democrático de Direito* e o *Conflito das Ideologias*, o poeta de *Sonetos da Verdade*, o memorialista de *Memórias* - destinos cruzados, entre tantas e tantas obras que espelham os tantos e tão variados aspectos de sua inteligência.
3. Culturalismo é a corrente de pensamento que reconhece a importância da cultura como paradigma, passando a examinar, sob a sua luz, antinomias tradicionais, segundo explica REALE, in “Paradigmas da Cultura Contemporânea”, São Paulo, Saraiva, 1996, p. IX.
4. Veja-se, neste sentido, do autor, “Experiência e Cultura”, 2ª edição, São Paulo, Bookseller, 2000, p. 260 e ss e a análise de OLMEDO LLORENTE, Francisco, “A Filosofia Crítica de Miguel Reale”, São Paulo, Convívio, 1985, pp. 124 e ss. ,

Por esta razão, entre tantos recortes que poderiam aqui ser procedidos, escolho o da relação entre o Direito, Cultura e História, enfocando após, como sua natural consequência, o Direito como instância de atuação concreta de valores, notadamente do que nomeou como o “valor-fonte” de todos os valores, qual seja, a pessoa humana considerada em sua fundamental dignidade.

## I) Direito, Cultura e História.

O termo ‘cultura’ indica, para Reale, um paradigma, na acepção que lhe foi conferida por Thomas Kuhn, propiciando, assim, a revisão ou a renovação de teses e idéias que pareciam assentadas na história. Co-implicam-se dialeticamente cultura e história, porque toda a cultura é histórica, consistindo, em sua acepção social, no “acervo de bens materiais e espirituais acumulados pela espécie humana através do tempo, **mediante um processo intencional ou não de realização de valores**”<sup>5</sup>. Da idéia de cultura como um processo de realização de valores nasce a relação entre tempo e valor (A), da qual deflui a sua particular compreensão dos nexos entre Direito e História (B).

### A) A Relação entre Tempo e Valor

Tema recorrente na obra de Reale é o da distinção entre temporalidade e historicidade, entre o tempo numérico ou quantitativo e o tempo histórico. O que é histórico, assenta Miguel Reale, é aquilo que se inseriu, ou se insere **significativamente** nas coordenadas do espaço e do tempo<sup>6</sup>. Por não ser mera inserção, mas inserção grávida de significados, a história não se confunde com o mero fluir dos dias e das datas, é interpenetração e simultaneidade, é “atualidade constante dos bens culturais”<sup>7</sup>.

Enquanto a temporalidade é o fluir do tempo, a historicidade é aquilo que, no tempo, tem significação. São portanto inconfundíveis o tempo histórico e o fluir do tempo: este é a passagem cronológica, aquele é o recorte na temporalidade do que tem significação, pelo seu valor. A história não constitui, assim, a mera reprodução do ocorrido, ela é reconstituição, é o resultado do olhar de um sujeito também his-

5. REALE, Miguel, “Paradigmas da Cultura Contemporânea”, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 3.

6. REALE, Miguel, “Experiência e Cultura”, p. 262, grifos meus.

7. Idem, p. 259.

tórico, é escolha e é recorte, é opção e valoração<sup>8</sup>. Como tal, afirma Reale, “a história não retém todos os eventos, mas aqueles que estão relacionados a valores”<sup>9</sup>, o que significa dizer que **a historicidade é marcada pelas recíprocas implicações entre tempo e valor**, constituindo a cultura o que resta da constante “filtragem e re-filtragem daquilo que, emergindo da mera temporalidade, se fez história”<sup>10</sup>.

Desde aí resta marcada uma correlação fundamental: o fenômeno jurídico, porque se desenvolve no “tempo axiológico” está necessariamente relacionado aos valores prevalentemente significativos de cada tempo cultural e, por isto, em cada um deles, prevalentemente significativos. Nesta medida, conquanto as instituições jurídicas possam ser datadas no tempo cronológico o Direito, como fenômeno cultural que é, adquire efetiva significação, para o presente e para o futuro, somente se o situarmos na ambiência formada por esses valores que se agrupam, em cada cultura, em “centros de valor” dispostos em torno daquele que é o valor fundamental, qual seja, a pessoa humana, valor-fonte de todos os demais valores que permeiam a experiência jurídica<sup>11</sup>.

Desta asserção de base decorre o que denominou de o seu problema “mais preocupante”, motivo mesmo de sua indagação filosófica no Direito, qual seja, o da superação da concepção dominante nos anos 40 - e ainda hoje renitentemente vivaz - da contraposição entre o “ser” e o “dever ser”, entre a realidade jurídica e “o mundo dos valores e dos fins”<sup>12</sup>. O seu pensamento volta-se a demonstrar que a realidade axiológica não é mero “fim” da realidade jurídica, **ela o integra, compondo o tempo cultural**. Este é constituído por valores, por significações, de modo a poder-se dizer que é da correlação entre tempo e valor que surtirá o caráter dinâmico

8. Para a crítica do historicismo objetivista veja-se também GADAMER, Hans-Georg, “O problema da consciência histórica”, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1998.

9. REALE, Miguel, “Cultura e História”, in Paradigmas da Cultura Contemporânea, , São Paulo, Saraiva, 1996, p. 36.

10. REALE, Miguel, “Cultura e História”, in Paradigmas da Cultura Contemporânea, , São Paulo, Saraiva, 1996, p. 24. Em “O Homem e seus Horizontes”, (Rio de Janeiro, Topbooks, 1997, p. 37) dirá que a cultura constitui, o “horizonte global do homem na totalidade de sua experiência histórica, sempre in fieri”

11. REALE, Miguel, “Direito e Cultura”, in “Horizontes do Direito e da História”, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 263 e ss.

12. Veja-se o prefácio do autor à 3ª edição de “Fundamentos do Direito”, , São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

de sua Teoria Tridimensional do Direito, iue o discerne de outros jusfilósofos tridimensionalistas<sup>13</sup>.

### *B) A Dimensão Histórica do Fenômeno Jurídico*

Como é por todos sabido, ao refletir acerca da estrutura e da natureza da experiência jurídica, Miguel Reale concebeu a Teoria Tridimensional, segundo a qual o ordenamento jurídico, embora indubitavelmente normativo, não se apresenta tão somente como um conjunto de normas, “e muito menos como um sistema de proposições lógicas”<sup>14</sup>. Diversamente, revela-se como um **processo** que se desenvolve na dimensão da historicidade e no qual se articulam as normas - momento culminante deste processo - os fatos que estão em sua origem e os valores ou fins que constituem a sua razão de ser”<sup>15</sup>. Ocorre, assim, a correlação dialética entre os três fatores, correlação fático-axiológico normativa apresentada, contudo, no terreno chão da experiência e não no plano das idealizações abstratas.

Os valores integram o Direito e o próprio conhecimento do Direito, dirigem o olhar do sujeito que o valora e escolhe as suas soluções. As normas jurídicas - afirmou em outra passagem — são o momento integrante e sintético do processo dialético do Direito, que é sempre fato **enquanto valorado**, ou seja, enquanto norma e situação normada”<sup>16</sup>. Chega mesmo a afirmar não ser adequado, a rigor, sequer falar em “norma e situação normada” porque “a norma é, ao mesmo tempo, o condicionante e o condicionado, o *valor* e o *fato* em uma síntese dinâmica”<sup>17</sup>. Concebe pois o Direito “como momento da vida social, enquanto esta se objetiva como atributividade social, fato social a que um valor impõe um significado, **e valor que não se concebe desprendido do fato a que adere, e graças ao qual historicamente se realiza**”<sup>18</sup>.

13. Para a distinção entre o tridimensionalismo dinâmico de Reale e os tridimensionalismos estáticos ou a-históricos veja-se CZERNA, Renato Cirell, “O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale”, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 104.

14. REALE, Miguel, “Estrutura e Fundamento da Ordem Jurídica”, in “Estudos de Filosofia e Ciência do Direito”, , São Paulo, Saraiva, 1978, p. 32.

15. Idem, ibidem.

16. REALE, Miguel, “De Dignitate Jurisprudentiae”, in “Horizontes do Direito e da História”, cit., p. 275

17. Idem, ibidem.

18. Idem, ibidem, grifei.

A concepção do filósofo reflete-se na atividade do juriconsulto Miguel Reale. Em parecer exarado acerca da interpretação do art. 924 do Código Civil<sup>19</sup> alcança a conclusão de que a norma que permite ao juiz reduzir proporcionalmente o valor da cláusula penal nos contratos não pode ser avaliada *in abstracto*, apenas *in concreto*, alcançando-se “a uma conclusão condizente com as razões sociais e éticas determinantes daquele texto legal, sob pena de, querendo-se evitar o locupletamento do inocente, se acabar propiciando-o ao infrator”<sup>20</sup>. Cabe pois ao juiz “estabelecer as razões de equilíbrio no jogo das prestações e contraprestações contratuais”, podendo, após a ponderação dos elementos de fato, sopesados pelo valor “equilíbrio contratual”, concluir pela justiça ou injustiça da redução da multa.

Como legislador referiu-se, ao apresentar o Projeto de Código Civil, cuja Comissão Elaboradora presidiu, à “ética da situação”<sup>21</sup> para explicar a presença, no novo texto, de modelos jurídicos abertos que conferem ao juiz “o poder-dever de julgar com base nos princípios éticos da equidade, da boa-fé ou da probidade como pressupostos da conduta geral na sociedade civil”<sup>22</sup>, pois só assim, afirma, “podemos realizar o ideal de *justiça concreta*, não em função de individualidades concebidas *in abstracto*, mas de pessoas consideradas em suas concretas circunstâncias”<sup>23</sup>. É o que também denominou como “Direito como concreção”, ou “Direito como Experiência”- aliás, título de um dos seus mais célebres livros<sup>24</sup>.

E o Direito, que é experiência, apresenta-se como concreção justamente porque o processo de co-implicação entre tempo e valor opera na história e, portanto, deve ser visto em sua **concretidade**. Esta, diz Reale, “põe-se no plano filosófico ou transcendental como momento da ontognoseologia jurídica e do historicismo axiológico (...) mas se realiza como modalidade de *estruturas sociais*, ou *modelos jurídicos* no plano empírico da experiência do Direito”<sup>25</sup>. Articula, assim, à Teoria Tridi-

19. REALE, Miguel, “Redução Proporcional das Multas Contratuais”, in “Questões de Direito”, São Paulo, Sugestões Literárias, 1981, p. 357.

20. Idem, p. 358.

21. REALE, Miguel, “O Projeto do Novo Código Civil”, São Paulo, Saraiva, 1999 p. 42.

22. Idem, p. 41.

23. Idem, ibidem. Acerca destes “modelos abertos” no Projeto de Código Civil escrevi em “A Boa-Fé no Direito Privado”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 348 e ss., e, de modo mais específico em “O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro”, Revista de Informação Legislativa, 139, julho/setembro 1998.

24. REALE, Miguel, “O Direito como Experiência”, São Paulo, Saraiva, 1999 (1ª edição de 1968).

25. REALE, Miguel, “O Direito como Experiência”, cit.

mensional, a Teoria dos Modelos que explicará como os valores atuam, dinâmica e concretamente, nas situações de vida.

## II) O Direito como instância de atuação concreta de valores

Os valores são dinâmicos porque estão situados na História<sup>26</sup>. Para Reale a historicidade se apresenta como a “negação da estaticidade e da mera transcendência do valor como tal” descobrindo-se, em contrapartida, como a afirmação da sua existência “no âmago do ato gnoseológico que, ao mesmo tempo, e por isto mesmo, se põe como **processo dinâmico e aberto**”<sup>27</sup>. Assim constituídos, no Direito os valores são capturados e desvendados pelas quatro fontes de produção de normatividade jurídica, quais sejam, a legislativa, a jurisprudencial, a costumeira e a negocial, sendo operacionalizados pelos modelos jurídicos, daí resultando a sua Teoria dos Modelos, de inestimável valor operativo (A). Um modelo dogmático sintetizará, contudo, a totalidade dos valores: será o que tem a pessoa humana como “valor fonte” do ordenamento (B).

### A) A Teoria dos Modelos de Direito

Segundo Miguel Reale o ordenamento jurídico compõe-se de modelos, vale dizer, de “estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências”<sup>28</sup>. Correspondentes, no plano jurídico, às estruturas normativas verificadas nas estruturas sociais, os modelos são constantemente construídos pela experiência jurídica, distinguindo-se entre modelos jurídicos - assim os provenientes das quatro fontes de produção jurídica, dotados que são de força **prescritiva** - e os modelos dogmáticos, ou hermenêuticos, cuja elaboração é doutrinária e cuja força é indicativa, argumentativa ou persuasiva.

26. Afirmativa esta que não pode ser tomada por redução historicista, uma vez que os valores ( e o Direito) revelam-se na tensão entre dois perigos, o da universalização abstrata e o da particularidade abstrata, como bem lembra Renato Cirell CZERNA ( “Justiça como História”, in “Justiça e História - Ensaios”, São Paulo, Convívio, 1987, pp. 128 e 129).

27. As expressões entre aspas são de CZERNA, Renato Cirell, O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale”, cit., p. 104, grifos meus.

28. REALE, Miguel, “Para uma teoria dos modelos jurídicos”, in “Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito”, cit., p. 17.

Os modelos jurídicos não são o mesmo que normas: são suas especificações, geralmente resultando de uma **pluralidade de normas** que, entre si articuladas numa certa estrutura, compõem uma unidade lógica de sentido<sup>29</sup>. Se certa estrutura serve de base “a uma série ordenada e conjugada de atos tendentes a alcançar certos objetivos visados”, tem-se um modelo, que assim se apresenta como uma “estrutura paradigmática” a qual, no campo das ciências sociais, notadamente no Direito, é marcada por um essencial dinamismo, sendo-lhe inerente “o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados”<sup>30</sup>.

Bem por isto, não são os modelos estruturas estáticas ou fixas, presas ao passado: sendo elaborados continuamente têm, a par da **vocação retrospectiva** (por decorrerem das fontes, que são estáticas) a vocação **prospectiva**, pois se projetam no presente e para o futuro, assim agregando a experiência do passado, mas estando abertos para o que está por vir, nesta perspectiva possibilitando a solução de novos problemas ou a adequação das soluções tradicionais às novas escalas axiológicas vigentes.

A perspectiva da prospectividade constitui, a meu juízo, a mais notável característica da Teoria dos Modelos, assinalando o seu imenso valor operativo, notadamente para o jurista que atua num sistema de direito escrito, de fonte preponderantemente legislativa, pois permite a abertura do sistema às concretas necessidades humanas e às mutações das escalas de valor que se põem constantemente na dimensão da historicidade<sup>31</sup>. Creio que a percepção de Reale acerca da prospectividade dos modelos plasma a antecipação, em décadas, do pensamento que, na Europa, viria a ser desenvolvido por adeptos mais recentes da Teoria Hermenêutica, como Giuseppe Zaccaria acerca da positivação das normas como um processo dinâmico - e não por acaso estruturado numa tríade -, ou por Friederich Müller sobre a normatividade como “processo estruturado”, conseqüente à distinção que procede entre o texto da norma e o seu “programa” como “pauta ordenadora” obtida no processo de interpretação, o sentido e o alcance da norma sendo alcançados apenas na concretização<sup>32</sup>.

29. REALE, Miguel, “Fontes e Modelos do Direito - para um novo paradigma hermenêutico”, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 29 e 30. ,

30. REALE, Miguel, “Jurisprudência e Doutrina”, in “Questões de Direito Positivo”, cit., p. 19.

31. Para a compreensão prospectiva das fontes veja-se, do autor, Fontes e Modelos do Direito, cit., pp. 24 e ss..

32. ZACCARIA, Giuseppe, “Sul concetto di positività nel diritto”, in Diritto Positivo e Positività del Diritto, Giappichelli, Turim, 1991, e L’Arte dell’interpretazione, Cedam, Pádua, 1990, MÜLLER, Friedrich, “Discours de la Méthode Juridique”, PUF, Paris, 1996, em especial pp. 186 e ss.

Dinamismo e vocação à prospectividade ficam ainda mais evidentes quando percebemos que um modelo pode articular normas de hierarquia diversa, compondo, numa unidade de sentido, princípios constitucionais, regras infra-constitucionais e prescrições que resultam da atividade jurisdicional e mesmo da administrativa<sup>33</sup>. O seu valor operativo<sup>34</sup> pode ser exemplificado pela função de receber e amoldar no interior da legislação infraconstitucional princípios ou diretivas constitucionais que não raro conferem àquela uma inovadora roupagem, seja porque supervenientes as normas, seja porque os princípios, dotados que são comumente de tessitura semântica aberta ou dúctil, estão mais aptos a expressar e a incorporar as mudanças nos eixos valorativos da sociedade<sup>35</sup>: basta lembrar que os modelos jurídicos, notadamente os modelos jurisdicionais, podem viabilizar a chamada “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, contornando a questão de saber se esta será mediata ou imediata, pois provocarão a inserção dos valores constitucionais eventualmente causadores da ruptura semântica de certo modelo já consagrado, ainda que mantida a continuidade terminológica. Também aqui a concepção realista de historicidade é manifesta<sup>36</sup>.

A mesma perspectiva dinâmica e aberta ilumina a sua Teoria da Hermenêutica Jurídica (que não dissocia da Hermenêutica geral, avesso que é às arbitrárias partições do espírito humano): aos modelos jurídicos, cuja força é prescritiva, agregam-se os modelos dogmáticos, que também chama de “modelos hermenêuticos”.

33. Acentua o autor que, enquanto expressivas de modelos, as normas “passam a ser captadas (...) em sua plenitude só quando o intérprete atende à dinamicidade que lhes é inerente e à totalidade dos fatores que atuam em sua aplicação ou eficácia, ao longo de todo o tempo de sua vigência” (REALE, Miguel. “Fontes e Modelos.”, cit., p. 30. grifos originais)..

34. A operatividade dos modelos é ressaltada por REALE, que alerta à reunião, nesse conceito, da “logicidade da certeza formal e a funcionalidade de uma estrutura a ser “operada” por advogados e juízes, por administradores e contribuintes do Fisco” (in “O Direito como Experiência”, cit., p. XXXV).

35. É precisamente neste sentido que situei, no direito obrigacional, a boa-fé objetiva como modelo (in “A Boa-Fé no Direito Privado”, cit., pp.332 a 335), tema que recentemente desenvolvi em “A Boa-Fé como Modelo (notas para investigar a construção jurisprudencial brasileira acerca da boa-fé objetiva), no prelo.

36. Em certa passagem dirá que todo o modelo, mesmo não sofrendo nenhuma alteração de ordem formal - isto é, embora mantendo extrinsecamente a sua linguagem verbal - pode sofrer alterações em sua estrutura e em seu repertório, em virtude de mudanças operadas pela superveniências de novas normas, ou alterações verificadas na tábua de valores da comunidade, ou ainda pelo advento de imprevistas condições técnicas, com mudanças no plano fático que restringem ou alargam o âmbito de incidência do modelo normativo.



Estes têm importância fundamental no processo interpretativo, juntamente com os princípios e enunciados de interpretação jurídica. O ato de interpretar é sempre a expressão da estrutura histórico-social na qual se insere e se desenvolve<sup>37</sup>. É pois um ato (*rectius*: processo) contextual, afirmativa que, diz Reale, não se põe no plano das obviedades, antes devendo ser reiteradamente lembrada “tão forte é a nossa tendência para projetar no passado as *verdades* que nos condicionam atualmente”<sup>38</sup>, o que por si só o afastaria dos que usam a história e as suas categorias como um “discurso legitimador”.

Discernindo com acuidade entre os significados e os significantes da gramática jurídica não toma os termos que designam os institutos jurídicos - por vezes imutáveis na dimensão da mera temporalidade - pelo seu simples valor facial, sabendo que devemos percebê-los por seu valor relacional, inconfundíveis que são as continuidades terminológicas e as rupturas semânticas<sup>39</sup>. Não cai, contudo, no relativismo cultural (infelizmente hoje tão em moda) que a tudo dissolve e atomiza. “A compreensão do fato passado”, ensina, “implica não apenas a sua situação em certos parâmetros cronológicos e geográficos”, mas, igualmente, a percepção de “outros parâmetros de caráter axiológico, ligados não apenas à hermenêutica do “horizonte histórico” no âmbito do qual ele se situa, mas também resultantes de como o passado se faz presente no nosso espírito”<sup>40</sup>. Daí a compreensão da complementaridade, no processo histórico-jurídico, entre as continuidades e as rupturas, momentos de duração - ao sentido braudeliano<sup>41</sup> - absolutamente não-lineares, mas sobrepostos, interpolados, mesclando-se os novos e emergentes “paradigmas” com certos pontos de constância, as “invariantes axiológicas”.

É justo desta perspectiva - marcada pela mais radical dialeticidade e que explica o liame entre o tempo e os valores, entre axiologia e história - que situa-se o enfoque de Reale à pessoa humana como “valor-fonte” do ordenamento, o qual, conquanto objeto das expressas preocupações do autor pelo menos desde 1940, quando escreveu “Fundamentos do Direito”, hoje adquire alargada dimensão pelo generali-

37. REALE, Miguel, “Para uma hermenêutica jurídica estrutural”, in “Estudos de Filosofia e Ciência do Direito”, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 74.

38. Idem, p. 75, grifos originais.

39. Acerca das várias concepções da História e da historicidade do fenômeno jurídico veja-se HESPANHA, Antônio Manuel, “Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia”, p. 18.

40. REALE, Miguel, “Experiência e Cultura”, 2ª edição revista, Campinas, Bookseller, 2000, p. 255.

41. Veja-se de F. BRAUDEL, “História e Ciências Sociais. A Longa Duração”. Escritos sobre a História”, São Paulo, Perspectiva, 1978.

zado acolhimento, inclusive no plano da dogmática civilista, da idéia de uma “redescoberta”, “refundação” ou “renovação” do Direito Privado<sup>42</sup> centrada justamente na alteração do seu eixo, que passa da esfera patrimonial à esfera existencial da pessoa humana, à qual é reconhecida, inclusive em patamar constitucional, uma essencial dignidade<sup>43</sup>.

*B) A pessoa humana como “valor fonte” do ordenamento.*

Muito embora o valor da pessoa humana como “valor fonte de todos os valores” ou “valor fonte do ordenamento” já tivesse sido objeto da atenção de Reale desde os seus primeiros escritos, é em *Pluralismo e Liberdade* que assentará com todas as letras que o “problema central da axiologia jurídica, vista em função da experiência histórica, é o relativo ao valor da pessoa humana”<sup>44</sup>, compondo ali notáveis ensaios que traduzem a plenitude de seu pensamento.

A pessoa que assim visualiza não é, porém, o ser abstrato, desvinculado da história, o ser que mereceu “uma consideração puramente estática ou ôntico-formal” na obra de Boécio, o ente a quem foi dirigida a apreciação puramente deontológica de Kant<sup>45</sup>. A “grande tarefa dos nossos dias”, dirá, “é reconquistar o enlace ôntico-axiológico essencial ao conceito integral de pessoa”<sup>46</sup>.

E a pessoa humana assim considerada é a que está situada em sua concreção social e histórica, a que é perspectivada compositamente da perspectiva da subjetividade e da objetividade histórica, o ser enquanto realidade histórica e idealidade,

42. Exemplificativamente, PERLINGIERE, Pietro, “Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale” e na literatura brasileira, BODIN DE MORAES, Maria Celina, “A caminho de um Direito Civil Constitucional”, in Revista Direito, Estado e Sociedade, PUC, nº 1, Rio de Janeiro, 1991, NEGREIROS, Teresa, “Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé”, Ed. Renovar, 1998 e FACHIN, Luiz Edson “Teoria Crítica do Direito Privado” Rio de Janeiro, Renovar, 2000 e os meus artigos “Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação” e “Bioética e Dignidade da Pessoa: rumo à construção do Biodireito”, ambos no prelo.

43. Como signo destas novas direções do Direito Civil está o campo, cada vez mais alargado, dos danos extrapatrimoniais que dizem com a esfera dos interesses não patrimoniais da pessoa, mas com os seus direitos da personalidade, com valores propriamente existenciais e com outros interesses não econômicos.

44. REALE, Miguel, “Pluralismo e Liberdade”, cit., Cap. V, p. 59.

45. Idem, p. 81.

46. Idem, ibidem.

visualizado, enfim, na incindível unidade de sua dimensão social e existencial. É o que, Machado de Assis, com a genial percepção do artista, já situara no conto “O Espelho” pela voz da personagem Jacobina: “Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro (...); as duas completam o homem, que é metafisicamente falando, uma laranja”<sup>47</sup>.

Presente a “alma que olha para fora”, não é sequer pensável, portanto, o problema da pessoa fora da sua concreta correlação com a sociedade e com a história. “Pessoa e convivência histórico- social”, assentará Reale, “são termos que se exigem reciprocamente, visto que - e este é o ponto essencial - pôr-se como pessoa é por-se como história, como alteridade, como comunidade”<sup>48</sup>. É, porém, também e ao mesmo tempo, unidade e individualidade irreduzível à mera parte do ‘todo’<sup>49</sup>. Por esta razão, o conceito de pessoa, na obra de Reale, traduz essa polaridade do ser humano - magistralmente apontada por Machado - polaridade “que o singulariza pela possibilidade de ser para si e ser para outrem, de ser o que *é* e o que *deve ser*”; de ser um *eu* e as suas *circunstâncias*; o que é imutável e o que se desenvolve no tempo”, como dirá, também com a consciência da *poiesis*, o filósofo e poeta Miguel Reale.

E se a pessoa é o valor fonte, fonte projetante ou instituidora dos demais valores, caracterizando uma “invariante axiológico-jurídica” não há como negar a existência de uma hierarquia entre valores<sup>50</sup>. Terá assim a pessoa humana, além de uma valência específica no plano ontognoseológico<sup>51</sup>, outra no plano ético, aí como “critério objetivo e primordial de aferição da experiência ético-jurídica, pois *a priori* pode considerar-se injusta toda ordem social que redunde em diminuição da dimensão já adquirida *in concreto* pela pessoa humana em cada ciclo histórico”<sup>52</sup>.

47. MACHADO DE ASSIS, “O Espelho”, in “Obra Completa, Rio de Janeiro, Aguillar, 1959, vol. II, pp. 341 e 342. Agradeço a referência a Marcos de Campos LUDWIG, que reproduz a citação in “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade na Alemanha e as Possibilidades de sua Aplicação no Direito Privado Brasileiro”, no prelo.

48. REALE, Miguel, “Pluralismo e Liberdade”, cit., p. 87.

49. Idem, p. 89.

50. Acerca do tema, entre outras obras, veja-se de REALE “Introdução à Filosofia”, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 149, onde alude às possibilidades de ordenação ou graduação preferencial dos valores.

51. REALE, Miguel, “Pluralismo e Liberdade”, cit., p. 91.

52. Idem, p. 92.

Esta profunda reflexão não poderá **não** se projetar e ecoar no plano da experiência jurídica concreta, na prática cotidiana dos foros, numa época em que, paradoxalmente, afirma-se o valor da pessoa humana inclusive em sede constitucional para agredi-la pelos mais diversos meios, dos mais rudes e palpáveis, como os que resultam de uma ordem social e econômica injusta, aos mais sofisticados, tais os gerados pelo totalitarismo mediático ou científico. Basta pensar nas agressões à esfera da vida privada promovidas pela imprensa ou às ameaças que vêm dos avanços genéticos.

Por estas e outras razões a lição de Reale, permanentemente tecida nos 90 anos de sua existência, deve, pelo mínimo, ser fundamente refletida e reiteradamente proclamada.

**Langon Cuñarro, Miguel, “La necesidad de una política criminal de Estado para enfrentar el flagelo de la criminalidad”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, número 15, ps.21-43, enero-junio de 1999.**

El autor realiza un análisis de la política criminal que en los últimos tiempos se ha seguido en nuestra vecina República Oriental del Uruguay. Su propósito es demostrar que en el citado país “no existe una política criminal coherente y eficaz, pudiendo verse . por el contrario una gran variedad de políticas que no responden a ningún plan, y muchas veces son contradictorias entre sí”. Para el desarrollo de esta tesis cita una serie de casos puntuales en los que la legislación penal vigente, fruto de la política criminal seguida por el legislador, resulta: “incoherente”, “cambiante”, “errática”, “carente de orientación”, entre otros calificativos que no escatima. A medida que se avanza en el texto, se impone en la mente del lector intentar paralelizar las situaciones mencionadas con las similares que encontramos en nuestro país. Por ejemplo, cuando el Dr. Cuñarro toca el tema de “la detención en averiguación” que tantas discusiones ha traído a la doctrina penal, y remata diciendo: “ni la ley ni la justicia han podido darle a la policía una regla clara, que determine con exactitud cuando puede proceder al arresto de un sujeto, sin orden del juez y obviamente fuera de los casos de flagrancia”. Y no es sólo esta la discusión puntual, porque hay problemas que hace tiempo arrastramos y no nos atrevemos a dar solución (la frase vale para ambos países de la cuenca del Plata). Y porque no en vano somos países limítrofes hermanados a través de un río de aguas de plata, no podemos dejar de identificarnos en la queja (acerca de nuestra idiosincrasia) de que “entre nosotros nunca se termina, cierra o lauda ningún asunto”, y cuando se señala entre otros asuntos que no cierran nunca: la pena de muerte, la criminalización del aborto y la fijación del límite de la imputabilidad en los 18 años. “Recurrentemente”, se lamenta Cuñarro, “de la mano de algún hecho coyuntural volvemos a poner” los mismos temas “ en el centro del debate horrorizándonos de los resultados ...”. Y la reflexión es natural: no es posible que una y otra vez volvamos sobre nuestros pasos y revisemos tan segui-

damente los mismos tópicos por no querer cargar con las consecuencias o resultados de nuestras leyes, porque “si bien es cierto que teóricamente todos los temas pueden quedar abiertos al debate y la discusión, no lo es menos que un Estado requiere cierta estabilidad”. Por eso, no sólo debe elegirse la política luego de un debate ideológico profundo sino que una vez tomada la decisión deberemos aceptar el pago de lo que Langon Cuñarro ha llamado los “peajes” (que son sin más el resultado de la aplicación de la política criminal adoptada). Esto es quizás lo que nos pasa, tan acorde a nuestra idiosincracia: no nos atrevemos a afrontar que las leyes dictadas en el marco de un Derecho Penal liberal y en el respeto a un Estado de Derecho tienen su precio, y que su pago no sólo les compete a los legisladores sino a la sociedad toda.

Preocupan al autor, el tema de la prisión preventiva, la libertad provisional y las salidas transitorias. Observa -y a nuestro criterio demuestra contundentemente- que tales institutos se fueron tergiversando de una manera exasperante, producto ello de la falta de un tratamiento global del problema de la criminalidad, en el que cada instituto cumpla su rol predeterminado y en el que se acepte que vivir en un modelo democrático liberal de derecho tiene su “costo que hay que pagar”. Tocando el tema del delito asociación para delinquir (art. 150 de la ley de Seguridad Ciudadana del año 1995) deja en claro como se llegó a anticipar el momento consumativo requerido para la punición hasta límites anteriores al comienzo de ejecución del delito, esto es: por la mera conspiración (entonces, se castigaría con esta reforma la “mens rea”, la simple intención criminal o el acto preparatorio sin comienzo de ejecución), dejándose cuasivacíos de contenido los artículos prohibitivos de que tal punición se efectúe, y hasta quizás (nos atrevemos a agregar) sin que tal cosa haya sido advertida por el desprevenido legislador. Así, sin agotar los temas pero señalando con mucha precisión las falencias de la legislación actual, se pasa revista al problema del “arrepentido”, de la criminalidad culposa, de los principios que deben regir en el proceso penal (inquisitivo o acusatorio, legalidad u oportunidad), del delito político y la extradición.

Con valentía, desnudando falacias pero en el intento de construir a partir de la crítica, Langon Cuñarro arriba a importantes conclusiones. Las conclusión principal que nos interesa destacar, entre las muchas que se desprenden de la lectura del escrito, es indiscutible: la legislación, para enfrentar con acierto a la criminalidad, debe contemplar a la misma desde todos “sus complejos e interrelacionados aspectos” teniendo la coherencia suficiente de un sistema, la claridad para no producir contradicciones en la jurisprudencia y entonces brindar certeza jurídica y seguridad que hagan posible la obtención de una paz social duradera en la comunidad. Por esto, di-

ce Cuñarro, se debe discutir en el plano más alto posible pero finalmente que todos los operadores se sinceren y que como resultado se lleve a “la práctica lo que establezcan los textos que nos hemos dado, cumpliendo cabalmente con la ley”: de esta manera desterrar “la estafa de las etiquetas” (con este gracioso nombre, el autor alude a las tergiversaciones y desviaciones que suelen hacerse de algunas instituciones nombradas).

En suma, el catedrático Miguel Langon Cuñarro (a quien tuvimos el privilegio de escuchar en la ciudad de Vigo, España, en su conferencia sobre “Corrupción en la esfera del Mercosur”), nos deja a través de una lección verdaderamente magistral, con un contenido alumbrador, su reclamo de coherencia, profundidad, sinceramiento y acción para un desarrollo “holístico” de la política criminal a seguir en el futuro de Uruguay y que en líneas generales nosotros entendemos compartir por creerlo necesario para mejorar la realidad de Argentina.

DANIEL KANTOR