

## ACERCA DE LA HISTORIA Y SUS PELIGROS EN LA ACTUALIDAD (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. Nuestra existencia se manifiesta en el encuentro de infinitos cursos temporales. En su perspectiva histórica se encuentran específicamente dos temporalidades: la de los **sucesos historiados** y la del **historiador**.

Dado que el hombre es un ser que necesita una referencia temporal la historia es una **“tarea”**, un deber ser para su propio ser. Además, la historia constituye un **“tribunal”** que desde el porvenir juzga el pasado, y que ha resultado, de cierto modo, característico para la condición humana. Los hombres somos seres que nos juzgamos **“transtemporalmente”** y a menudo necesitamos contar con el pronunciamiento de dicho tribunal.

2. La historia es un fenómeno **tridimensional** (1) que consta de una dimensión sociológica de actos y hechos históricos de **“transtemporalidad”**; una dimensión lógica, de juicios que captan racionalmente esos actos históricos y una dimensión axiológica que requiere realizar **“transtemporalmente”** el valor verdad respecto del valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser) y, muchas veces, también otros valores. En el caso de la Historia del Derecho, se trata del complejo de valores jurídicos, culminante en la justicia (2).

El historiador, situado en el futuro del suceso a historiar, pretende dar cuenta de éste, que se ha convertido en pasado. A diferencia del hecho histórico, el **acto histórico** realiza una **transtemporalidad consciente**, respecto de la cual es esclarecedor reconocer quién historia, quién recibe la historia, qué luminosidad u oscuridad histórica se produce, cuál es la forma en que se llega al **acto histórico** y cuáles son sus móviles, sus razones alegadas y, en su caso, sus razones sociales.

Normalmente el **acto histórico** está a cargo del historiador que, desde el futuro, trae a la comprensión el pasado. El historiador decide, de manera más o menos consciente, si ha de predominar su propia temporalidad o la del suceso historiado, produciendo así una historia más constructiva o reconstructiva, pero además se presenta a menudo la pretensión preconstructiva de los protagonistas de los sucesos históricos.

(\*) Meditación del autor en relación con la comunicación **“História Contemporânea do Direito e Sociología Histórica”** presentada por el profesor Mario G. Losano en el V Congresso Brasileiro de Filosofia.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) Empleamos la versión tridimensional de la teoría trialista del mundo jurídico elaborada básicamente por Werner Goldschmidt (puede c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, **“Introducción filosófica al Derecho”**, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987).

(2) Es posible v. nuestro artículo **“El Derecho, la temporalidad y la transtemporalidad”**, en **“Anuario”** de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, N° 3, págs. 33 y ss.; también **“Perspectivas Jurídicas”**, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

Como el hombre es un ser futurizo, a menudo desde el suceso a historiar se pretende influir en la elaboración de su historia futura. El hombre es un ser que se “pre-ocupa” por su propia historia, en mucho porque comprende que la historia le permite superar su limitación temporal. En este marco pueden producirse la cooperación histórica entre los protagonistas de los sucesos y quienes los historian, pero también el fraude histórico.

Como tal, el **contacto** histórico entre cursos temporales puede esclarecerse con la teoría de las respuestas jurídicas elaborada en base a la “parte general” del Derecho Internacional Privado clásico (3). A semejanza de lo que sucede en el Derecho Internacional Privado clásico hay que resolver en el juicio histórico problemas de calificaciones (determinando los alcances del suceso estudiado según criterios de los protagonistas de los sucesos o los historiadores), del fraude histórico (cuando se producen un suceso o un documento para ocultar el verdadero suceso a historian), del reenvío histórico (cuando un suceso remite a otro con miras a su mejor comprensión) y de la incompatibilidad histórica (cuando al historiador le resulta inadmisible el suceso histórico).

3. El **fraude histórico** puede ser a la expectativa, cuando se produce desde el pasado al porvenir o retrospectivo, cuando se proyecta desde el porvenir. Tradicionalmente el fraude histórico a la expectativa está a cargo de “cronistas oficiales”, a menudo al servicio de los poderosos, pero en nuestro tiempo “postmoderno” el carácter económicamente monolítico que subyace a las fracturas de la vida superficial y los enormes recursos tecnológicos (4) facilitan y promueven cada vez más la preparación falsificada y cerrada de la historia, que puede resultar muy difícil de desenmascarar y significaría, de cierto modo, el a veces erróneamente anunciado “fin de la historia”.

Es legítimo el derecho de los protagonistas de los sucesos a participar en la elaboración de su historia, pero si estos protagonistas se adueñaran de su propia historia al punto de hacer prevalecer la apariencia sobre la realidad, la historia como tal desaparecería.

4. La historia es una relación entre temporalidades, entre las que debe haber cierta **proporcionalidad**. Por esto el enorme avance en el conocimiento del pasado, el presente y el porvenir que permiten las ciencias y las técnicas actuales, en el que incluso disminuye el sentido de protagonismo, reduce las posibilidades de la historia. En el instante, pero también en el infinito, el sentido histórico se disuelve.

Es más, la **ingeniería genética**, tan desarrollada ya en estos días, se muestra en condiciones de llegar a determinar las características de los hombres del porvenir y si esto es así el acto y el hecho históricos como “revelación” producida en el futuro perderían su sentido.

5. El avance de las características de la postmodernidad significa no sólo importantes beneficios, por ejemplo de prolongación de la vida, bienestar, etc., que resultan evidentes, sino el peligro relativamente oculto para la profundidad de la condición humana, que se proyecta a la historia.

El hombre ha venido caracterizándose por la búsqueda de un sentido y un tribunal del futuro,

(3) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U. N. R., 1976.

(4) Es posible v. 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.

sea éste del más allá o de la posteridad histórica. Sin embargo, el tiempo de la cada vez más poderosa y cerrada civilización de la postmodernidad podría significar el triunfo de un eterno presente que daría como resultado a un hombre fuertemente “a-histórico”.

La integración entre las tres dimensiones de la historia se hace especialmente evidente en el funcionamiento del juicio histórico, que ha de ser interpretado pero a menudo también elaborado o sustituido. Sin embargo, en la postmodernidad la interpretación y la elaboración pueden resultar decisivamente precondicionadas y la sustitución imposible.

6. Quizás para salvar a la historia el historiador del futuro necesite, cada vez más, de un desmitificador esfuerzo humanista, de cierto modo de una “contracivilización”. Los propios avances científicos y tecnológicos contribuyen a fundar la esperanza de que esto ocurra, sobre todo si son iluminados a la luz de la filosofía. La conciencia histórica de los cursos de la ahistoricidad postmoderna puede ser una de las mejores garantías de la condición histórica.

# APORTES PARA LA COMPRENSION JUSFILOSOFICA DE LA ARMONIA EN LA JURISDICCION Y EN EL RECONOCIMIENTO Y LA EFICACIA DE SENTENCIAS Y LAUDOS EN LA INTEGRACION (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. Desde la antigüedad griega, y en especial desde las obras de los pitagóricos, mucho es lo que se viene opinando acerca de la armonía, en particular desde el punto de vista musical (1). Creemos que "... la armonía puede definirse como aquella forma de relación entre objetos de un conjunto que no excluye ninguno de los componentes, sino que supone una perfecta adecuación interna de cada uno con los restantes. La armonía se opone, así, formalmente a la identidad, que se realiza por exclusiones o por una fusión que sacrifica el ser propio de cada elemento del conjunto" (2).

Desde el punto de vista jusfilosófico puede denominarse armonía al valor que realiza la **coherencia** del ordenamiento normativo cuando se la considera desde el punto de vista de la **justicia**. El valor armonía es más que el valor coherencia, es **coherencia justa**. Como el ordenamiento normativo es la captación de un orden de repartos, que como tal realiza el valor homónimo orden y cuando se encamina a la justicia pacífica, es posible reconocer en la armonía una proyección lógica de la pacificación (3).

Dado que la coherencia puede lograrse a través de relaciones verticales y horizontales de producción y de contenido entre las normas, en las que se satisfacen respectivamente los valores subordinación, ilación, infalibilidad y concordancia, lo propio puede decirse de la armonía. Para adentrarse en la armonía vale tener en cuenta no sólo los valores que pueden contribuir a realizarla sino los fenómenos a través de los cuales se produce.

La armonización significa adecuación y esto puede ocurrir por "plusmodelación", "minusmodelación" o "sustitución" de los modelos, tanto en los aspectos conceptuales o fácticos

(\*) Comunicación presentada por el autor al XIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - VIII Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. José María Ruda".

(\*\*) Profesor titular de la Facultad de Derecho de la U. N. R. e investigador del CONICET

(1) En cuanto a la armonía desde el punto de vista musical pueden v. por ej. SCHOLES, Percy A., "Diccionario Oxford de la Música", trad. varios, 2a. ed., Barcelona, Edhasa, Hermes, Sudamericana, t. I, 1984, págs 108 y ss. ("Armonía"); ZAMACOIS, Joaquín, "Tratado de Armonía", 13a. ed., Barcelona, Labor, 1992; SCHÖNBERG, Arnold, "Tratado de Armonía", trad. Ramón Barce, Madrid, Real Musical, 1979; ROWELL, Lewis, "Introducción a la Filosofía de la Música", trad. Miguel Wald, 1a. reimpr., Barcelona, Gedisa, 1987, págs. 83 y ss. Acerca de la armonía en el pensamiento de Pitágoras es posible c. por ej. GORMAN, Peter, "Pitágoras", trad. Dámaso Alvarez, Barcelona, Crítica, 1988, págs. 166 y ss.

(2) FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5a. ed., Bs. As., Sudamericana, t. I, 1985, págs. 138/9 ("Armonía").

(3) Acerca de la comprensión de las nociones de armonía y pacificación desde el punto de vista de la teoría trialista del mundo jurídico puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; en cuanto a la teoría trialista del mundo jurídico vale tener en cuenta especialmente GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.

(4). Para armonizar hay que agregar, disminuir o sustituir soluciones, sea en uno u otro aspecto, de los conceptos o los hechos.

## 2. La noción de armonía es especialmente significativa para los procesos de integración (5).

No es por azar que la palabra coherencia deriva de la palabra adhesión (6). Si bien la armonía también es relevante en la coexistencia de unidades independientes que caracteriza al Derecho Internacional Privado “clásico”, la idea de perfecta adecuación interna de cada uno de los elementos con los restantes, sin llegar a la identidad, resulta particularmente importante en los procesos integradores (7). La armonización integradora significa el refuerzo de las relaciones entre normas, no sólo en cuanto a la horizontalidad que caracteriza a la internacionalidad clásica sino en cuanto a verticalidad, por ejemplo a través de tratados o incluso de despliegues de Derecho comunitario.

3. Entre las manifestaciones más significativas de la armonización integradora se encuentran las que han de producirse en los aspectos de la jurisdicción y del reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros (8). La armonización jurisdiccional se refiere principalmente a las relaciones de producción de normas, que verticalmente realizan el valor subordinación y horizontalmente el valor infalibilidad, aunque quizás sea este último el que más la impulsa. El reconocimiento y la ejecución de las sentencias y los laudos extranjeros se proyecta además de modo intenso a las vinculaciones de contenido, que verticalmente satisfacen el valor ilación y horizontalmente el valor concordancia, aunque es éste último el que más los reclama.

La armonización jurisdiccional es básicamente requerida para que los ordenamientos sean eficaces y la armonización en el reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos extranjeros para que, además de producirse la eficacia, no haya normas discordantes. Sin embargo, para que haya verdadera armonía y no sólo coherencia, es particularmente relevante que los valores que acabamos de indicar contribuyan a la realización de la justicia.

4. Con miras a la coherencia en que se basa la noción de armonía es siempre conveniente que se acentúen las interrelaciones entre las normas, pero esto sucede con particular intensidad cuando se trata de la coherencia integradora.

En concreto, para que reine la coherencia integradora en cuanto al planteo jurisdiccional en sentido amplio importa que tenga juego la autonomía de las partes para elegir los jueces e incluso someterse a árbitros; que las jurisdicciones tengan más carácter concurrente y menos carácter exclusivo; que la inhibitoria y la declinatoria se complementen sin que ésta signifique riesgo de quedar atrapado por una presunción de sumisión condicional; que se facilite el desplazamiento extraterritorial de las actuaciones judiciales y las comunicaciones puedan producirse por oficio y

(4) Respecto de los alcances de las respuestas jurídicas es posible c. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R, 1976, págs. 51 y ss.

(5) Puede v. por ej. nuestro artículo “Técnicas de integración”, en “Investigación y Docencia”, N° 18, págs. 101 y ss. Acerca de los métodos de coordinación puede c. v.gr. BATIFFOL, Henri, “Aspects Philosophiques du Droit International Privé”, Paris, Dalloz, 1956, esp. págs. 142 y ss.

(6) V. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. Pascual, “Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico”, Madrid, Gredos, t. I, 1980, pág. 54.

(7) Respecto de las relaciones entre respuestas pueden v. nuestros “Aportes ...” cits., págs. 59 y ss.

(8) Puede v. nuestro artículo “Lugar de la admisión de las sentencias extranjeras en el Derecho Internacional Privado”, en “Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas”, N° 46/47, págs. 17 y ss.

no necesariamente por exhorto; que los conflictos jurisdiccionales se resuelvan por tribunales superiores comunes a los distintos jueces, etc.

Para que se desarrolle la coherencia integradora con relación al reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos importa que se debilten todos los requisitos que caracterizan a la admisión de sentencias en el marco estrictamente internacional, sobre todo en cuanto a control de la jurisdicción del tribunal que emite el pronunciamiento, ya que se debe confiar más en su propio criterio, y a preservación del orden público. También es relevante que se supriman los procedimientos especiales de *exequatur*.

A fin de que reine la armonía en cuanto a jurisdicción y a reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros puede ser necesario que, al hilo de las propuestas referidas, los moldes tribunalicios vivan fenómenos de plusmodelación, minusmodelación y sustitución. La integración ha de significar que los tribunales no busquen expandirse en fenómenos de plusmodelación y el desarrollo de cierta posibilidad de sustitución.

Para que la coherencia sea coronada en armonía es necesario que tienda a la realización del valor **justicia**, principalmente asegurando a cada individuo el más adecuado acceso a sus realizaciones. Todo hombre tiene derecho a ser escuchado acudiendo a los jueces que mejor puedan hacerlo y a que sus pronunciamientos sean debidamente reconocidos y ejecutados. Al servicio de estos requerimientos puede ser incluso necesario sacrificar la coherencia. La integración ha de significar una mayor cohesión en la realización de la justicia.

**5. La importancia de la armonización en cuanto a jurisdicción y a reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos en los procesos de integración es una muestra de la profunda interrelación que existe entre Derecho “de fondo” y Derecho Procesal que nos ha llevado a sostener reiteradamente la existencia del Derecho Procesal Internacional Privado (9).**

(9) Puede v. por ej. nuestro artículo “Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Justicial Internacional Privado”, en “Doctrina Jurídica”, 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972; también v. gr. “Un caso de Derecho Procesal Internacional Privado (nota a fallo)”, en “El Derecho”, t. 112, págs. 411 y ss.

# APORTES PARA LA REFLEXION CULTURAL DE LA INTEGRACION DE AMERICA LATINA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## 1. Latinoamérica

Para comprender culturalmente las posibilidades de integración de nuestra región vale partir del reconocimiento del grado de existencia de una realidad "latinoamericana". Hay que averiguar si hay una influencia latina homogénea en la región o en realidad cabe diferenciar la influencia ibérica, diversificando a su vez las vertientes hispánica y portuguesa, de la presencia francesa. Incluso hay que reconocer si hay, en general, una "latinidad" suficientemente homogéna.

A nuestro entender, lo hispánico tradicional y en cierta medida también lo lusitano tradicional y lo francés difieren considerablemente, al punto que hay incluso dos "Españas". La España tradicional se formó según las síntesis culturales que sobre bases católicas se constituyeron en la gran corriente tomista y suareciana y es representada por los más típicos exponentes de la dinastía de los Habsburgos, principalmente por Felipe II. La otra España, "afrancesada", de fundamentos más cartesianos y cierta influencia calvinista, tiene representación en los Borbones más "progresistas", entre los que se destaca Carlos III (1).

La España tradicional, la que junto a las raíces indígenas constituye la base de lo "hispanoamericano", es relativamente "feudal", se orientaba más a los valores del honor y la santidad, es paternalista y se ha ocupado sobre todo de la protección del individuo contra los demás y respecto de sí mismo. La otra acompaña más al fenómeno capitalista, se refiere más a la utilidad, es más abstencionista y brinda más atención a la protección del individuo contra el régimen.

La España tradicional tiene más afinidades medievales; la afrancesada es, en la medida de

(\*) Notas de la exposición del autor en la conmemoración del Día de la Integración de América Latina -24 de julio, ley 24.365, ADLA LIV-D, pág. 4346- realizada en reunión abierta del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la U. N. R. el 25 de julio de 1995, con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Homenaje del autor a la profesora doctora Ada Lattuca, subdirectora del Centro de Estudios Comunitarios, por su muy valiosa colaboración.

(\*\*) Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Pueden v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Notas para la apreciación histórica de las posibilidades jurídicas de América", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 3, pág. 31 y ss.; "Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina", en "Boletín ... cit., N° 12, págs. 29 y ss.; "Una apostilla rioplatense. La historia del Virreinato del Río de la Plata como exponente de la realidad latinoamericana", en "Boletín ... cit., N° 12, págs. 49 y ss.; "Nota sobre Hispanoamérica y la asunción del pensamiento juspublicista europeo", en "Investigación y Docencia", N° 6, págs. 81 y ss.; "Estudio filosófico comparativo de la Historia de Argentina y Paraguay", en "Investigación ... cit., N° 18, págs. 153 y ss.; "Posibilidades abiertas por el Descubrimiento de América", en "Investigación ... cit., N° 20, págs. 83 y ss.; "Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993. También cabe tener en cuenta nuestras "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94.

sus posibilidades, más moderna. Una se muestra en el monasterio de San Lorenzo de El Escorial y en el aposento de Felipe II; la otra en el Palacio Real.

Aunque no desconocemos la legitimidad de comprender también lo “latinoamericano”, diferenciándolo por ejemplo de lo anglosajón, vale tener en cuenta que en relación con lo hispanoamericano hay que distinguir lo “anglofrancesado” y que la idea de Latinoamérica responde a intereses no sólo legítimos, sino a otros cuestionables, como la intervención francesa en Méjico.

Uno de los grandes interrogantes que han de resolverse para estudiar el porvenir de nuestra región es si esa hispanidad tradicional podía y puede subsistir al ser parcialmente influida por la sociedad capitalista y de consumo. Ya al tener en cuenta a una figura como la de Fernando VII, a quien se atribuyen tantas actitudes de cobardía, traición y corrupción, surge la pregunta acerca de las posibilidades de que esa hispanidad continuara y hoy continúe siendo viable. ¿No serán la decadencia y la corrupción desvíos inevitables de nuestra cultura extraviada en un tiempo al que no pertenece? La corrupción suele ser característica de los regímenes desestabilizados y de modo especial se muestra cuando los regímenes feudales son afectados por la penetración capitalista (2).

La corrupción, tantas veces denunciada como fenómeno destacado en Argentina, la desocupación provocada en parte por la limitada vocación empresaria del hombre de nuestro país y choques no sólo de estrategias partidistas, sino en mucho culturales, como el que recientemente enfrentó en Córdoba al paternalismo del gobierno provincial y al liberalismo del gobierno nacional, son muestras de las dificultades propias del porvenir de nuestra América. Quizás sea Córdoba la ciudad argentina donde más se presenta el contacto entre el mundo colonial hispánico tradicional y el anglofrancesado, pero si bien es allí donde puede producirse la mayor integración de los dos elementos, también es ése uno de los lugares en que pueden presentarse los mayores conflictos.

## 2. La integración

El fenómeno de la integración es típico de nuestra época de la llamada “postmodernidad”, signada por el fraccionamiento en la superficie pero una uniformidad avasallante en lo profundo por imperio de la utilidad, que en cierto sentido permite hablar de un proceso de “globalización” (3). Es cierto que en diversos aspectos la postmodernidad se muestra diversificada en múltiples realidades diferentes y que la tecnología permite muchas particularidades, por ejemplo al promover el desarrollo del trabajo domiciliario. Sin embargo, en definitiva todo es afectado por la gran necesidad y disponibilidad de medios que desbordan los fines, característica del imperio de la utilidad.

Vivimos el tiempo de la crisis del sujeto y de los no lugares, que no circunstancian a los sujetos, porque la utilidad tiende a borrar los criterios diversos que nutrían la personalidad. Una de las grandes líneas de tensión de estos días es la que se produce entre el mercado por una parte y el liberalismo integral, la democracia y la comunidad por otra -al fin entre utilidad y justicia- pero

(2) Es posible tener en cuenta nuestro artículo “Argentina, distribucionismo y corrupción”, en “Boletín ...” cit., Nº 14, págs. 7/8; también cabe c. “La constitución cultural, componente básico de un Estado”, en “Boletín ...” cit., Nº 15, págs. 51 y ss.; “Derecho y economía en la situación argentina actual”, en “Investigación ...” cit., Nº 17, págs. 53 y ss.; “Comprensión jusfilosófica del liberalismo y el desarrollismo, dos posibilidades invocadas para la superación de la situación económica argentina”, en “Investigación ...” cit., Nº 17, págs. 35 y ss. Puede v. asimismo nuestro artículo “Comprensión jusfilosófica del valor relativo de las ideologías”, en “Boletín ...” cit., Nº 15, págs. 26 y ss.

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

al menos parece que todo se resuelve en términos de utilidad.

En la historia de los procesos de aproximación y alejamiento de los pueblos, la integración corresponde a una **aproximación utilitaria**, al hilo del desarrollo económico. Por lo menos en el sentido en que ahora la conocemos, se produce por el desarrollo de nuevo tejido social sobre bases económicas. Por eso difiere de manera muy considerable de los fenómenos de **aproximación imperial y colonial**, en los que tenía importante intervención el poder militar.

La máxima experiencia de integración, la Unión Europea, es hija de cierto compromiso entre el sentido economicista, que sobre todo nace de la cultura anglosajona, y la relativa intervención de una estatalidad de tipo moderno o tal vez postmoderno, como se presenta en la cultura francesa. La integración ha reducido considerablemente la expansividad agresiva de los Estados y las nacionalidades tradicionales, aunque importa saber si se ha llegado a una condición de equilibrio permanente o esas tendencias agresivas se extinguirán o resurgirán.

Pese a que el lugar de Inglaterra en la construcción de la Unión Europea no ha sido muy protagonístico, la integración responde en gran medida al sentido de la cultura desplegada desde las raíces anglosajonas, donde en lugar del sistema del movimiento tomista y suarecano encontramos la ruptura de la relación entre el conocimiento de Dios y el mundo de la filosofía de Occam, el empirismo radical de Hume y el utilitarismo de Stuart Mill; en el que hay una fuerte influencia calvinista y, a la personalidad de cruzado religioso de Felipe II, se opone la notoria falta de escrupulos políticos de Isabel I.

Las raíces de esa cultura anglosajona son afines al capitalismo, utilitarias, abstencionistas y tendientes a la protección del individuo contra el régimen. En vez de la decadente figura de Fernando VII y las guerras carlistas encontramos el tiempo de Victoria, de Disraeli y de Gladstone. Quizás el novedoso NAFTA, centrado en la cultura yanqui y canadiense y con menos sentido de planificación gubernamental, sea la más “postmoderna” expresión de la integración.

Sobre estas bases cabe interrogarse si países como los de nuestra América pueden producir una integración análoga a la europea o de ser posible tienen que aproximarse por otros caminos y, si en caso de integrarse al estilo europeo, pueden hacerlo sin perder su identidad (4).

4) Una de las preguntas generales más agudas en cuanto a las posibilidades de la integración es, al fin, la que se plantea en el NAFTA acerca del porvenir de la cultura mejicana en su integración con la yanqui-canadiense. Aquí las tensiones ya presentes en la Unión Europea entre los países septentrionales y meridionales se hacen mayores por la enorme desproporción entre las fuerzas.

# ASPECTOS FILOSOFICOS DEL REGIMEN JUSPRIVATISTA INTERNACIONAL DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## 1) Las sociedades comerciales

1. El hombre es un ser que suele pretender fines que individualmente no puede conseguir; ~~de aquí que a menudo busca en la confluencia con otros hombres las posibilidades que le faltan. De este modo nacen, más allá de las formas de unión "naturales", como la sociedad general ("global") o la familia, las asociaciones en sentido amplio que, al pretender fines de lucro, son sociedades.~~

A diferencia de las asociaciones en sentido estricto, en que el hombre busca la relación con otros hombres para realizar valores no utilitarios como la verdad, la belleza, la salud o incluso la misma humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), en las **sociedades** se procura la satisfacción del **valor utilidad**. Esta referencia utilitaria se hace particularmente notoria en las **"sociedades comerciales"**.

Las soluciones de los dos temas específicos de estas Jornadas, la constitución y el funcionamiento de las sociedades comerciales y el arbitraje internacional, son muestras muy destacadas del espíritu "postmoderno" (1).

2. Las sociedades nacen de repartos autónomos, que como tales realizan el valor **cooperación**, pero a menudo tienden a posibilitar repartos autoritarios, que satisfacen el valor **poder**; surgen por **ejemplaridad**, con la pertinente realización del valor **solidaridad**, mas generan una planificación que satisface el valor **previsibilidad** (2). En nuestros días de la llamada "postmodernidad", en que

(\*) Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor a las Jornadas de Derecho Internacional Comercial y Procesal organizadas por el Centro de Estudios Comunitarios y la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R. conjuntamente con el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados, con los auspicios de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, que se llevaron a cabo los días 11 y 12 de mayo de 1995.

(\*\*) Director del Centro de Estudios Comunitarios y profesor titular ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Puede v. nuestro "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. Quizás los rasgos más gruesos de la postmodernidad sean más evidentes en países que la reciben sin haber sido nunca plenamente modernos, como la Argentina, porque en los que lo fueron aparecen relativamente atenuados.

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

por el empuje profundo de la utilidad se derrumban tradicionales realizaciones del poder y la planificación gubernamental, las sociedades parecen figurar entre los bastiones más sólidos del nuevo poder y de la nueva previsibilidad de última raíz económica.

Cada sociedad constituye un **microorden de repartos**, cuya relación con el orden de repartos de conjunto tiene importantes alcances dinamizadores pero no es siempre fácil. Los fines societarios y los fines del orden de repartos son a veces coincidentes y en otros casos discrepantes. Si bien el orden de repartos puede interferir en el desarrollo de la vida de las sociedades, éstas pueden tener sentidos revolucionarios, de cambio de los supremos repartidores y los supremos criterios de repartos, y asimismo alcances anárquicos, de ruptura del orden. Por ejemplo, poderosas sociedades transnacionales han sido frecuentemente acusadas de desestabilizar a gobiernos de países pobres.

Dada la diversidad entre las sociedades y la sociedad “general” o “global”, uno de los problemas más importantes en este campo es reconocer cuáles son los **denominadores particulares** que las diferencian y cuáles son los **denominadores comunes** que pueden homologarlas e integrarlas. Uno de estos denominadores comunes es habitualmente el sentido de lucro de las sociedades y de la sociedad global, de modo que si la sociedad global no tiene finalidades de lucro la vinculación puede ser muy tensa. Esta necesidad de los denominadores comunes hace que hoy sea, v. gr., más fácil integrar en la sociedad global una sociedad comercial que una iglesia.

El tropiezo con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas, suele acabar más fácilmente con el microorden societario que con el orden de conjunto, aunque como ya señalamos la fuerza de las sociedades es a menudo también límite necesario para las pretensiones repartidoras de los gobiernos. Un gobierno de la postmodernidad podría prescindir más de las influencias de las personas jurídicas religiosas o científicas, pero menos de las sociedades.

3. Las sociedades suelen **formalizarse** en fuentes contractuales, estatutarias, etc. que nacen de repartos autónomos pero se convierten en importantes bases para repartos autoritarios. Tienen contenidos conceptuales básicos **negociales**, pero generan despliegues **institucionales** al punto que sus vinculaciones con los socios suelen ser difíciles. En la época “postmoderna” las sociedades son uno de los paradigmas jurídicos más fundamentales, incluso con fuerza para sustituir los tradicionales alcances de los paradigmas familiar y estatal.

La “idea” de obra y acción más importante que se realiza en nuestros días es la de la sociedad comercial porque en definitiva las “ideas” de este tiempo son la idea del comercio y la idea económica. Se muestran así la crisis de la institucionalidad del Estado, el gran protagonista jurídico de la vida moderna formado en la misma Edad Moderna, y la presencia de la nueva institucionalidad relativamente consistente de la postmodernidad, que es de carácter societario. El complejo de valores más amplio y “humanamente profundo” representado a través del Estado es reemplazado por un complejo de valores menor y menos hondo de la sociedad comercial.

Si se tuviera que decir cuál es “la” institución de este tiempo no se podría decir que es el Estado, menos se podría afirmar que es la Iglesia, tampoco se podría señalar que es la familia, la institución típica de la postmodernidad es la sociedad comercial, quizás más específicamente la

**sociedad anónima.** No podría afirmarse que el Estado, la Iglesia o la familia vayan a desaparecer, pero es claro que van siendo desplazados del protagonismo que tuvieron en otras épocas, en gran medida por las sociedades comerciales. El Estado tiende a ser pensado más en términos análogos a una sociedad anónima, de eficiencia, de ausencia de déficit y de beneficio, etc. y por eso todo se privatiza (3).

A veces parece que el sentido central del matrimonio fuera a dejar de ser el de una unión personal para referirse a una sociedad, casi como una sociedad comercial. En ciertos casos, por el afán de obtener títulos fáciles, por el deseo de condicionar la ciencia a la ventaja material, etc., parece que también la Universidad fuera pensada como una sociedad.

Las sociedades producen **microordenamientos** normativos, cuyas vinculaciones con el resto del ordenamiento normativo no es fácil. Además del imperativo de la legalidad que surge del ordenamiento normativo de la sociedad global hay un imperativo de la “legalidad” societaria (del apego al ordenamiento societario) y entre los dos sentidos de la legalidad pueden producirse conflictos relevantes. Ejecutivos, trabajadores, etc. pueden encontrarse en medio del juego de esas tensiones y pueden testimoniar sobre cuál es el imperativo que les resulta más fuerte.

Importa mucho saber si las vinculaciones verticales de los microordenamientos societarios con las normas superiores han de producirse por relaciones de producción, en que los órganos societarios son “habilitados” y se realiza el valor subordinación, o por lazos de contenido, en que se satisface el valor ilación. En las constituciones formales liberales la inserción de las sociedades tiene más sentido de habilitación y menos de contenidos: en las constituciones socialistas éstos son mayores. En caso de incoherencia, por ejemplo por insubordinación o ruptura de la ilación, es relevante saber cómo se producirá el ajuste, en las normas y en los hechos. No hay que olvidar que los estatutos de poderosas sociedades pueden prevalecer incluso sobre las constituciones formales. Aunque las constituciones formales y las leyes a veces se cargan de contenidos para guiar la vida de las sociedades, en el mundo profundamente comercial de la “postmodernidad” suele prevalecer -a menudo ocultamente- la voluntad societaria.

Las vinculaciones entre los microordenamientos normativos de las sociedades y de la sociedad en su conjunto generan problemas de **contactos de respuestas jurídicas** relativamente análogos a los del Derecho Internacional Privado clásico, con cuestiones de **calificaciones, fraude a la ley, orden público**, etc., aunque aquí, por lo menos en las normas de la sociedad global, las soluciones pretenden ser de dominación, no de coexistencia, como en dicha rama jurídica (4).

Importa saber si las normas de uno u otro sector normativo han de ser calificadas según el mismo sector o el otro. Es relevante saber si los términos de las normatividades de la sociedad comercial han de ser definidos por ésta o por la sociedad global, o a la inversa. Cuando las sociedades poseen fines diversos de los fines de las normatividades de la sociedad global, suele tener vasto despliegue el fraude a la ley; a veces las sociedades son instrumentos para hacer fraude a los terceros y en ciertos casos son utilizadas para hacer fraude a los propios socios. La sociedad

3. Por otro lado, el cuestionamiento de la institucionalidad estatal se manifiesta no sólo en la “idea” sino en la práctica, como lo muestra el avance de la jurisdicción arbitral. El Estado moderno llegó a hacerse dueño de la administración de justicia, los tribunales del Estado han sido los grandes protagonistas de la construcción jurídica institucional, pero hoy esto es cuestionado por el desarrollo del arbitraje. No podría sostenerse que la jurisdicción judicial vaya a desaparecer, pero quizás los jueces estén forzados a pensar en términos más semejantes a los que desarrolla la jurisdicción arbitral. Un juez que dicte una sentencia inútil será cada día peor visto y el protagonismo de las partes puede adquirir más espacio.

4. Es posible v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, esp. págs. 59 y ss.

global tiene exigencias fundamentales de “orden público” que llevan a excluir las soluciones societarias, pero asimismo las sociedades tienen sentidos de rechazo de las soluciones de las sociedades globales. En la postmodernidad las calificaciones de las sociedades y su posibilidad de hacer fraude a la sociedad global ganan espacio, en tanto el orden público de ésta pierde consistencia. De cierto modo, los valores de la sociedad global son carcomidos por los valores de las sociedades.

4. La referencia de las sociedades al **valor utilidad** genera una vertiente permanente de dificultades, en la necesidad de que este valor coadyuve con los otros valores a nuestro alcance, contribuyendo con los valores superiores e inferiores e integrándose con los del mismo nivel y, en cambio, no se subvierta contra valores superiores, se invierta contra valores inferiores o se arroge el material de valores del mismo nivel. Importa, por ejemplo, que la utilidad societaria no devore a la justicia, la verdad, la belleza, etc. y en definitiva que no se alce contra el más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Sin embargo, en la utilitaria “postmodernidad” esas dificultades suelen advertirse menos, pues la utilidad por lo menos ha sometido a los otros valores.

Las sociedades tienden a corresponder al descubrimiento de la justicia por las vías **consensual, comutativa** (con contraprestación), “**partial**” (proveniente de parte del conjunto), **sectorial** (dirigida a parte del conjunto), **de aislamiento**, sobre todo respecto del exterior, y **particular**, pero la sociedad global necesita utilizar también las sendas de la justicia **extraconsensual, espontánea** (sin contraprestación), **gubernamental** (proveniente del todo), **integral** (dirigida al todo), **de participación y general** (referida directamente al bien común).

En mucho la postmodernidad piensa a la sociedad global como una sociedad comercial en la que cada uno trata de aportar en la medida de su propio consenso. En las sociedades, y en mucho como consecuencia en la postmodernidad, todo se hace por contraprestación, obteniendo la mayor contraprestación posible, al punto de pretender en cambio una justicia espontánea en el propio favor. Muy poco se hace por amor a lo que se hace. Actividades tradicionalmente generosas, como el estudio y la educación, se hacen a menudo procurando obtener un título profesional con el menor esfuerzo posible, aunque sea sin preparación, o por la búsqueda de alguna remuneración.

Habitualmente una de las grandes tensiones de la relación entre las sociedades y la sociedad global es la que surge de las mayores exigencias de ésta respecto de la justicia general, pero la “postmodernidad” descubre la justicia en gran afinidad con las vías del particularista modelo societario. El bien común, que sería gran exigencia de la sociedad global, con gran frecuencia cede ante el espíritu de justicia particular de las sociedades. El Derecho Privado se identifica en última instancia por exigencias de justicia particular y el Derecho Público se caracteriza en definitiva por requerimientos de justicia general, mas en la postmodernidad diversos factores, entre los que se encuentra el predominio del paradigma societario, conducen a constituir el tiempo de las **privatizaciones**, que proyectan de manera radical al Derecho Privado abandonando su equilibrio con el Derecho Público. Cuando se privatiza un servicio público hay que interrogarse si, además de admitir el bien particular de los adquirentes, se piensa en la mejor satisfacción del bien común,

si se privatiza un servicio público con fines públicos. Hay que saber si se desarrolla de manera distinta un servicio público o en realidad se privatiza el servicio y hay que tener en cuenta que sin Derecho Público no hay verdadero Derecho Privado, hay mera privatización como sin Derecho Privado no habría verdadero Derecho Público sino simple “publicización”. Esto no excluye que las sociedades pueden ser, sin embargo, también la cuna de una nueva publicidad relativa.

La integración de las sociedades en la sociedad global requiere en principio un juego de la justicia **dialogal** (con diversidad de razones de justicia) mas la postmodernidad puede valerse del **monólogo** utilitario.

En principio, la organización de sociedades permite alcanzar más realizaciones de la “pantomomía” de la justicia (pan=todo; nomos=ley que gobierna), pero a su vez la **fracciona** por atender a los sentidos interiores y desatender a los exteriores, sobre todo, recortando el complejo personal de la humanidad para privilegiar a los propios miembros. Las sociedades ayudan a que haya más medios para realizar la justicia, el mundo nuevo es en mucho un mundo producto de sociedades, nació sobre todo cuando surgieron las sociedades anónimas, cuando el capital pudo convertirse en persona, pero las sociedades recortan el mundo, sólo ven su propio mundo y el mundo real no termina en la sociedad. Uno de los grandes interrogantes de este tiempo es si el mundo visto desde infinitas sociedades es una visión suficiente del mundo total. Parece imprescindible que, además de los trozos del mundo societario, como lo querría por ejemplo Platón haya personas que sean capaces de comprender el mundo con mente más abierta, con una sabiduría que exceda el sentido utilitario de las sociedades.

Como todos los fraccionamientos de la justicia, los cortes que originan las sociedades producen **seguridad societaria**, y ésta es una gran preocupación a la que las sociedades responden a veces hasta con medios ilegítimos. Mientras las sociedades no se sienten en peligro permiten la crítica, pero cabría preguntarse qué sucedería en caso contrario. Los fraccionamientos productores de la seguridad societaria provocan líneas de tensión díkelógica respecto de los sentidos de justicia del conjunto de la sociedad. En nuestros días de la “postmodernidad” la versión societaria es uno de los grandes sentidos de búsqueda de la seguridad y no es por azar la particular atención que recibe la sensibilidad de las cotizaciones bursátiles, mucho mayor que la que reciben la seguridad de los laboratorios, en las aulas, etc. mas cabe preguntarse si así se satisface plenamente la seguridad social.

La vocación utilitaria de las sociedades hace que, si bien tienen en sus bases proyecciones de legitimación autónoma, requieren una importante **legitimación aristocrática** por superioridad **técnica**. Las sociedades son en mucho la cuna de la legitimación tecnocrática y plutocrática de esta época. No es por casualidad que nuestro tiempo, tan signado por las sociedades, es en gran medida el de los “ejecutivos” y los directivos de sociedades. El gobernante actual es cada día menos un aspirante a “héroe” y cada día más un “**gerente**”. Pero, si bien no puede ni debe romperse el sistema, aunque sea porque no hay afuera otro viable, urge atemperarlo, desde esta perspectiva, tratando de que junto al tecnócrata y al plutócrata vivan más plenamente la **democracia** y la **sabiduría** del filósofo.

Las sociedades generan una compleja problemática de **responsabilidad** interna y externa,

entre los socios, entre éstos y las sociedades y entre los socios y las sociedades y la sociedad global. Posiblemente con el tiempo se reemplacen los criterios de responsabilidad política tradicionales por otros de responsabilidad de tipo societario. Parece que la responsabilidad política por el gobierno referido a un complejo de valores amplio suele diluirse de modo que los gobernantes sólo suelen ser reprochados si la economía, si la sociedad global como empresa no anda satisfactoriamente.

Como las sociedades suelen vender sus productos, los objetos de los repartos, o sea las potencias y las impotencias, no se consideran legitimados por su aporte a la vida, a la libertad, a la creación, etc. sino que están legitimados en la medida que sean “vendibles” a los demás, con los medios más sofisticados de la tecnología. En la postmodernidad todo vale según se pueda vender para obtener un lucro. Con frecuencia se busca penetrar a los hombres, pero a un nivel muy superficial, porque se temen las ideas profundas.

La existencia de las sociedades requiere en principio que el régimen practique el **humanismo abstencionista**, reconociendo a cada hombre como un fin en sí y permitiéndole personalizarse según la fórmula que él elija. No obstante, a través de las formaciones societarias unos individuos pueden convertir a otros en medios de ellos o de las mismas agrupaciones sociales, desarrollándose así las desviaciones del **individualismo** y del **totalitarismo sectorial**. A veces se produce un grado de lealtad societaria tan fuerte que hipoteca al ser humano, incluso los ejecutivos, que con frecuencia hacen a los otros hombres víctimas de los excesos societarios, también resultan en otros casos ellos mismos víctimas de los desbordes. Nada de esto excluye que en un mundo en que todos somos medios de todos también los gobernantes tomen a las sociedades como medios para obtener recursos, sea cual fuere el grado de legitimidad de sus actividades. Todas estas desviaciones son graves riesgos de nuestro tiempo de la “postmodernidad”.

Al recortarse del conjunto social, las sociedades permiten a menudo la satisfacción de la exigencia de **unicidad** de los seres humanos, mas pueden desatender los requerimientos de la igualdad y de la comunidad. Al fin incluso ni siquiera sirven a la unicidad, porque tienden a que todos nos parezcamos a lo que ellas necesitan. El hombre, como socio de la “sociedad anónima” global que de cierto modo tiende a formar la “postmodernidad”, es y quiere ser cada día más “anónimo”. Parece que el “capital” con que participamos en la “sociedad anónima” global nos ha sustituido y a menudo queremos que así ocurra. De cierto modo, todos nos convertimos despersonalizadamente en “uno” más.

En principio, las sociedades suelen tender al fortalecimiento de sus miembros y, como divisiones del régimen, lo debilitan, constituyéndose así en instrumentos para la protección de los individuos **contra ese mismo régimen**. De cierto modo, son instrumentos no sólo del liberalismo económico sino también del liberalismo político y no es sin motivo que la libertad de asociarse es una exigencia especialmente liberal. Sin embargo, no hay que olvidar que el complejo de las grandes sociedades puede constituir un **nuevo régimen** relativamente monolítico.

Al potenciar la actividad lucrativa las sociedades amparan a los individuos, sobre todo a los socios, contra “lo demás”, principalmente la pobreza. No obstante, suelen ser también medios para que unos individuos, fortalecidos, opriman a los demás (5).

(5) Pueden v. nuestros artículos “Notas para la caracterización axiológica de las sociedades comerciales”, en “Boletín ...” cit., Nº 14, pág. 24, “Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Nº 43, págs. 1 y ss.; “Aportes para la jusfilosofía de la empresa”, en “Derecho y Empresa”, Nº 1/2, págs. 23 y ss y “Comprensión jusfilosófica de la persona y la empresa”, en “Investigación y Docencia”, Nº 24, págs. 29 y ss.

## 2) La realidad jusprivatista internacional

5. La realidad del Derecho Internacional clásico significa **diversidad** de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y **relaciones** económicas, científicas, artísticas, etc. que exijan una importante regulación jurídica (6). Esa realidad compleja se inscribe en una relación, especialmente tensa en nuestro tiempo, que abarca también horizontes de afirmación de la identidad de los Estados y de acercamiento hacia la universalidad (7).

La época actual, de la llamada “postmodernidad”, signada por una relativamente pacífica diversidad de superficie pero una avasallante uniformidad utilitaria profunda, que desequilibra y destruye las particularidades, es en mucho producto de la expansión planetaria avasallante de las sociedades, del comercio y de la economía y hace que esa situación compleja de la internacionalidad resulte especialmente tensa. Es posible que más que una internacionalidad interestatal tengamos cada vez más una “internacionalidad” intersocietaria y sobre todo intereconómica.

Las manifestaciones universalistas actuales son múltiples y muy significativas. El mercado incluso favorece las particularidades que contribuyen a su desenvolvimiento pero, con alcances crecientemente universales, excluye todo lo que resulte “inútil”. Las empresas “transnacionales”, hace unos lustros tan criticadas, hoy son vistas incluso con beneplácito. Fuentes energéticas “no convencionales” y, sobre todo, capacidades tecnológicas (de producción, comunicación, información, etc.) muestran claros alcances universales. Una misma lengua, inevitablemente expresiva de un estilo cultural, sirve para la de cierto modo fluida comunicación en todo el planeta y, pese a diversos desafíos de cierto modo particulares, una moneda interviene como intermediaria universal en los cambios.

En el Derecho se borran las fronteras entre los diversos “sistemas”, con influencias recíprocas de los dos “subsistemas” occidentales, del ámbito quizás predominante del “common law” y el marco “romano-germánico”, y de todo el sistema occidental desdibujando caracteres de los otros sistemas. La práctica democrática y los derechos humanos, mucho menos influyentes de lo que aparentan, por la gran influencia de las orientaciones económicas, se difunden por el mundo.

En el arte, se cantan alegrías y tristezas en una lengua que quizás muchos no comprenden acabadamente y con instrumentos que reemplazan el ruido en lugar de la vibración del alma humana, todo respondiendo con frecuencia a imposiciones de empresas productoras. En la Filosofía, las corrientes analíticas y críticas, centradas de modo respectivo en la lógica, sobre todo en su vertiente simbólica, y en la teoría del lenguaje (no del mundo al que éste se refiere) y en cuestionamientos incapaces de producir cambios profundos, contribuyen al proceso de universalización.

Es más, la capacidad tecnológica hace que el mundo de la naturaleza, incluso el mundo de la naturaleza humana, pueda ser transformado según las universales necesidades del mercado y del resto de la cultura. La tecnología penetra en la genética humana y estamos en condiciones de pensar que en algún momento el hombre dejará de tener las características que le imponía la naturaleza para ganar las características que le imponga la decisión del laboratorio que muchas veces resuelve según las decisiones del mercado. Todo esto es, en mucho, producto de nuestro “mundo

(6) Es posible c. por ej. VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, trad. Antonio Truyol y Serra, 4a. ed., Madrid. Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.

(7) Cabe tener en cuenta v. gr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, 9/III/1994 (1994-I, págs. 878 y ss.).

societario". Las diferencias profundas que todavía existen en las realidades históricas, económicas, etc. de los pueblos y de los individuos son importantes, pero poco consideradas.

Aunque en la superficie hay manifestaciones de internacionalidad, en lo profundo se impone, a veces ilegítimamente, una fuerte mundialidad o universalidad. Las instituciones estatales están en crisis y con ellas la misma internacionalidad. Las realidades societarias son, en mucho, los grandes **factores de poder de la constitución material** de la comunidad internacional.

6. En cada época el Derecho Internacional Privado responde a una diferente situación de la dialéctica de los componentes internacionales de diversidad y relaciones. Al modificarse los componentes se modifica la resultante.

En su manifestación clásica el Derecho Internacional Privado se basa casi con exclusividad en la **extraterritorialidad limitada** en que, a fin de respetar las diversidades planteadas por los elementos extranjeros, los Estados se abren a la imitación de los Derechos respectivos (8). Sin embargo, el desafío contra las diversidades reflejadas en los Estados hace que éstos se remitan también a **soluciones territorialistas de aislamiento**, con la expansión de la categoría híbrida de las llamadas leyes de aplicación inmediata, mezcla de Derecho Público de leyes de policía y orden público a priori, y a **soluciones territorialistas de adaptación** a la universalidad, como las del Derecho de Extranjería ampliado a las soluciones materiales, que el propio Estado elabora atendiendo a las exigencias extranjeras de los casos, el Derecho Uniforme y el Derecho Unificado.

La más radical expresión de la "postmodernidad", época privatista, fraccionada en la superficie y universalizada en lo profundo, es la llamada "autonomía universal" (9).

El Derecho Internacional Privado ha cambiado, así, su línea axial. El que muchos de nosotros estudiamos cuando fuimos alumnos pasaba sobre todo por el Derecho Internacional Privado Civil, en nuestro país con el importante tema diferenciador del divorcio vincular; el que hoy debemos considerar pasa más por el Derecho Internacional Privado Comercial (en gran medida de las sociedades) y el Derecho Internacional Privado Procesal (incluso con sus respectivas proyecciones de Derecho Comercial Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional Privado). Es notorio que la carga de utilidad es mayor en el comercio y en el proceso que en los aspectos de la vida "civil". El comercio y el proceso responden más a las exigencias de relación entre medio y fin que tanto corresponden a nuestra época.

### **3) El régimen jusprivatista internacional de las sociedades comerciales (10)**

7. El complejo de causas que puede brindar el método analítico para el desarrollo del régimen internacional de las sociedades comerciales es muy grande. Sin embargo, cabe distinguir

(8) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel (con colaboración), "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

(9) En cuanto al Derecho Internacional Privado clásico, v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a ed., Bs. As., Depalma 1988.

(10) En relación con el régimen internacional de las sociedades comerciales pueden v. por ej. "Las agrupaciones de interés económico (Española y europea)", comentarios José María García Callejo, Madrid, Analíticas Europeas, 1991, FERNANDEZ ROZAS, José Carlos - SANCHEZ LORENZO, Sixto, "Curso de Derecho Internacional Privado", 2a ed., Madrid, Civitas, 1993, por ej. págs. 60 y ss.; LOUSSOUJARN, Yvon - BREDIN, Jean-Denis, "Droit du commerce international", Paris, Sirey, 1969, págs. 312 y ss.; BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", 3a ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, t. II, 1991, págs. 1 y ss.; GRANDCOURT, Jean de, "Sociétés", en "Répertoire de Droit International", Paris, Dalloz, t. II, 1969, págs. 844 y ss.

tres grandes preguntas que permiten reflejar las cuestiones más significativas. En primer término, corresponde resolver cuál es el Derecho que indica si una agrupación de personas y bienes posee personalidad jurídica. En segundo lugar se debe decidir qué Derecho regula la capacidad de obrar de las personas jurídicas. En tercer término se ha de resolver si la persona ha de ser reconocida en el país, es decir, si ha de tener “hospitalidad” y en qué grado (11).

Las dos primeras cuestiones se vinculan con la ubicación internacional de las sociedades comerciales, la tercera muestra cómo se encara su adaptación respecto de la sociedad propia.

8. En nuestro tiempo, el régimen jusprivatista internacional de las sociedades comerciales refleja de manera considerable los caracteres básicos universalistas de la expansión mundial de la comercialidad y de la “postmodernidad”.

En un nivel puramente **internacional**, como sucede en los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo y con especial consecuencia en la obra de 1940, que proyecta la solución al Tratado de Derecho Civil Internacional, las sociedades comerciales son más frecuentemente sometidas al Derecho del **domicilio**. En 1940 eran especialmente fuertes los sentidos nacionales e institucionales, pero la Guerra Mundial en dos etapas de este siglo, cuyo epílogo es de cierto modo el derrumbe del “telón de hierro”, concluiría con la derrota de las concepciones nacionales y estatales.

Hoy la tendencia más acorde con el espíritu de esta época desplaza la internacionalidad hacia la **universalidad** del desarrollo más fácil del comercio y, como sucede por ejemplo en nuestra ley 19550 (con sus modificaciones y ordenación, Libro II, Título III, Sección XV del Código de Comercio), en la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (12), en la Convención de La Haya sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones (13) y en la Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado de Suiza (14), la existencia y capacidad de las sociedades comerciales son sometidas básicamente al Derecho del lugar de su constitución.

Si el capital y la economía en general son mundiales, también han de serlo las sociedades. Las sociedades anónimas, de cierto modo “personalizaciones del capital”, que durante largo tiempo suscitaron importantes discusiones, ahora suelen contar con plena inserción en esta tendencia liberal. Si predominan las privatizaciones, las partes han de poder elegir indirectamente el Derecho aplicable de manera básica a sus sociedades. Mal podría constreñirse la existencia de las sociedades en un mundo que quizás se esté construyendo a pasos agigantados a través de ellas.

La tendencia universalista no significa, sin embargo, que los Estados abandonen totalmente la proyección inversa hacia la preservación de su propia identidad económica, y esto es lo que de diversas maneras ocurre v. gr. en los arts. 124 de nuestra ley, 5 de la Convención Interamericana y 2 de la Convención de La Haya. Entonces, como sucede en nuestra fuente interna, suele

(11) V. por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 234 y ss.

(12) ley 22921.

(13) V. ley 24409, no obstante tener en cuenta “Revue critique de droit international privé”, t. 84, N° 1, pág. 189.

(14) arts. 154 y ss (“Revue ...” cit., t. 77, N°2, págs. 438 y ss.)

Un panorama de base del Derecho Comparado acerca del tema puede v. por ej. en GRANDCOURT, op. cit., págs. 852 y ss.

La importancia del recurso al Derecho del lugar de constitución no significa que se abandonen las referencias a otros Derechos, incluso al de la “nacionalidad” de las sociedades (v. por ej. “Revue ...” cit., t. 83, N° 4, pág. 770 y t. 82, N° 4, págs. 752/3).

disponerse que la sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento.

9. Los problemas de la **inserción** de las personas jurídicas en países extranjeros suelen ser difíciles, ya que ella significa vincular realidades diversas. Sin embargo, sobre todo en nuestro tiempo de la comercialidad universalizada, esas cuestiones tienden a atenuarse, de modo principal cuando se trata de personas comerciales. El comercio, como ya hemos señalado, es un denominador común significativamente decisivo.

En principio, al recibir una sociedad extranjera, cuyos valores básicos utilitarios se comparten, lo que se trata es sólo de sentar antecedentes de repartos que pongan a salvo los intereses de los terceros locales. Si para comprender un reparto hay que atender a sus repartidores y recipientes, sus potencias e impotencias, su forma y sus razones, lo propio sucede para comprender los antecedentes (quizás "prerrepartos") que preparan los países receptores de sociedades extranjeras.

Así, por ejemplo, luego de referirse a la existencia y a la forma de las sociedades nuestra ley aborda la habilitación para actos aislados y estar en juicio y para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social, el tratamiento de sociedades de tipo desconocido y su contabilidad, las responsabilidades de los representantes, el emplazamiento para estar en juicio y la constitución de sociedad.

El análisis de la problemática societaria internacional efectuado en nuestra ley adolece de diversas imperfecciones (15), pero en general se advierte que las normas se refieren a la presencia de quiénes han de **repartir** y **recibir** (reconocimiento de apoderados, establecimiento de representantes y de sus responsabilidades, fijación de domicilio), a las **potencias e impotencias** (determinación de capital asignado a la sucursal), a las **formas** (acreditación de la existencia de la sociedad, publicidad e inscripción, justificación de la decisión de crear una representación permanente, elaboración de contabilidad separada, sujeción al contralor local, previsión del emplazamiento en juicio) y a las **razones** (aplicación del criterio del máximo rigor previsto en la ley para las sociedades de tipo desconocido). Tal vez pueda decirse que en estos aspectos la perspectiva de utilidad se invierte en sentido local o se integra con más exigencias de orden en los repartos, coherencia en las normas y justicia en unos y otras.

La distinción entre **actos aislados** y el **ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social** (v. párrafos 2º y 3º del art. 118 de la ley 19550) evidencia el peso del reconocimiento de requerimientos axiológicos de orden en los repartos y coherencia en las normas y de justicia integral y general, del complejo temporal y las exigencias del régimen justo como conjunto. Pese a la magnitud que pueden tener los actos aislados y la intervención procesal, el sentido de respeto al elemento extranjero, reforzado por el liberalismo económico y el liberalismo político, lleva en cuanto a ellos a una hospitalidad incondicionada.

Criterios relativamente análogos de adaptación surgen en las otras fuentes señaladas.

(15) En tal sentido v. la división en dos artículos distintos (119 y 120) de la regla de tratamiento básico de las sociedades de tipo desconocido y su contabilidad, en tanto se agrupan en un mismo artículo la ley aplicable a la existencia y el régimen de habilitación (118), o la colocación de la regla de constitución de otra sociedad (123) antes de la equiparación de la sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede o su principal objeto en la República a la sociedad local a los efectos de las formalidades de constitución o reforma y su contralor de funcionamiento (124).

10. Comprender el régimen de las sociedades comerciales y en particular sus aspectos internacionales es comprender uno de los aspectos más significativos del Derecho de nuestro tiempo. Sólo a la luz de la **Historia del Derecho Internacional Privado**, de su “**Teoría General**” (**como comprensión de su subsistema jurídico**) y de su **Filosofía** -como pretenden hacerlo estas Jornadas desde los puntos de vista de las sociedades comerciales y el arbitraje- es posible dar cuenta cabal del papel fundamental que en esta rama jurídica y en definitiva en todo el Derecho de nuestro tiempo ocupan las sociedades comerciales (16).

(16) Cada disciplina y cada parte de la ciencia jurídica debe tener la presencia de las otras. Hay que evitar los compartimientos estancos en toda la ciencia jurídica y también dentro de cada una de las disciplinas, en este caso, dentro del Derecho Internacional Privado. Por eso se debería agregar, a la par de las unidades programáticas del concepto y de la historia y la prospectiva del Derecho Internacional Privado, una unidad de **teoría general** o **sistema** de los problemas generales y especiales de la materia, abordando no sólo las perspectivas estructurales de la concepción normológica y las perspectivas funcionales de los problemas generales (calificaciones, cuestión previa, fraude a la ley, etc.) sino el sistema que forman las cuestiones especiales (de personas, forma, propiedades, matrimonio, filiación, sucesiones, obligaciones, etc.) a la luz de la historia, la prospectiva, la Filosofía, etc. Hay que saber cómo las distintas partes del Derecho Internacional Privado se interrelacionan entre sí y forman el sistema cambiante de nuestra materia, en la profundidad de la vida. Sólo así es posible, por ejemplo, dar cuenta del cambio del Derecho Internacional Privado moderno al Derecho Internacional Privado postmoderno que nos ha tocado protagonizar. Si el Derecho Internacional Privado no comprende su dinámica histórica puede ser despedazado e incluso devorado por otras materias como el Derecho Comercial o el Derecho Procesal.

# ASPECTOS JUSFILOSOFICOS DE LA PROCREACION ASISTIDA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## I. Ideas fundamentales

1. Aunque hay importantes discusiones al respecto, quizás las posibilidades abiertas por la ingeniería genética en general, sobre todo respecto de la genética humana y su vertiente de la procreación asistida, constituyen el más grande desafío que el Derecho y el hombre debieron enfrentar jamás. Tal vez por primera vez el hombre estará en condiciones de decidir cómo serán los hombres y las especies que vendrán. Las posibilidades generales de la ingeniería genética son una de las características que contribuyen a identificar la nueva edad de la historia que ya vivimos en la actualidad.

2. Entre los desafíos que significa la ingeniería genética respecto de la vida humana para las teorías jurídicas, se encuentra el que provoca a las doctrinas jusfilosóficas. Muy poco es, a nuestro entender, lo que pueden decir acerca de las cuestiones de la ingeniería genética las posiciones que consideran que el Derecho es sólo normas, únicamente realidad social o solamente una problemática abstracta de justicia, pero mucho es lo que puede esclarecerse desde las concepciones tridimensionales, que consideran que el Derecho es realidad social, normas y valores, sobre todo cuando toman el camino de la teoría trialista del mundo jurídico, según la cual éste se compone con repartos de potencia e impotencia, captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (1).

## II. La procreación asistida en el mundo jurídico

### a) Dimensión sociológica

3. En la dimensión sociológica del mundo jurídico la teoría trialista distingue adjudicaciones

(\*) Bases de la exposición del autor en las Jornadas Nacionales de Bioética sobre Proyectos Legislativos acerca de la Procreación Asistida organizadas por la Fundación Fraternitas de Rosario.

(\*\*) Coordinador de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas y profesor titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

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

de lo que favorece o perjudica al ser, y en los seres vivos a la vida, o sea adjudicaciones de potencia e impotencia. Esas adjudicaciones pueden ser **repartos**, cuando provienen de la conducta de seres humanos determinables, realizando el valor **conducción**, o **distribuciones**, originadas en la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar y satisfactorias del valor **espontaneidad**. En cuanto a las posibilidades de la procreación asistida, vale resolver conscientemente cuánto se puede y se debe conducir a través de repartos y cuánto hay que dejar juego a la espontaneidad de la naturaleza, las influencias humanas difusas (por ejemplo del juego espontáneo de la economía, la ciencia, etc.) o el azar.

En el marco de los **repartos**, provenientes de nuestra conducta, hay que diferenciar quiénes son repartidores, o sea conducen; quiénes reciben, es decir, son recipientes; qué se reparte; por qué sendero o forma se decide lo repartido y cuáles son los móviles de los repartidores, las razones alegadas por éstos para fundamentar sus repartos y las razones que atribuye la sociedad a los repartos cuando los considera valiosos. Vale tener en cuenta que los repartidores no son siempre los que aparecen en las formalizaciones, y conducciones ocultas, por ejemplo, de grandes empresarios de laboratorios, pueden intervenir en las decisiones de la procreación asistida. También es relevante advertir, por ejemplo, que estas adjudicaciones se extienden mucho más allá de los embriones, sus padres, etc., para adjudicar al fin potencia e impotencia de manera significativa a toda la vida y al universo en su conjunto.

4. Los repartos pueden ordenarse al hilo del **plan de gobierno en marcha**, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos criterios de reparto y realiza el valor previsibilidad -formalizándose v.gr. a través de constituciones y leyes- y de la **ejemplaridad**, desenvolta según el modelo y el seguimiento y satisfactoria del valor solidaridad. También en cuanto a la procreación asistida hay que resolver cuánto se planificará desde los gobiernos y cuánto se dejará a la marcha de la razonabilidad social de la ejemplaridad, sin desconocer que con frecuencia bajo la apariencia de ésta hay una planificación empresaria (por ej. de los laboratorios).

Los repartos suelen tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas, que pueden considerarse mejor desde el punto de vista de los individuos, sean los obstáculos físicos, psíquicos, lógicos o axiológicos, o desde la perspectiva de la sociedad, sean los límites socio-políticos o socio-económicos. En cuanto a la procreación asistida se han de tomar en consideración, por ejemplo, que las consecuencias en gran medida imprevisibles pueden resultar contrarias a los objetivos procurados y que las tendencias psíquicas de los hombres a tener hijos o a temer a lo desconocido pueden vencer las limitaciones puestas en las leyes o imponer restricciones ilegítimas.

### b) Dimensión normológica

5. Las normatividades describen y al propio tiempo integran la realidad de los repartos. Si describen con acierto la voluntad de los autores son **fieles**; si describen correctamente su cumplimiento son **exactas** y si integran la realidad utilizando conceptos y produciendo

“materializaciones” (2) que sirven a los fines de los autores son **adecuadas**. En caso de legislar sobre procreación asistida hay que tener muy en cuenta que las normas respectivas sean fieles, exactas y adecuadas. En mucho hay que cuidar que se cumplan, superando las tendencias de la realidad que pueden ser incontenibles y hay que procurar que sean adecuadas de modo que, por ejemplo, si se desea jerarquizar el fenómeno habrá que hablar de “procreación asistida” y no de fecundación asistida, ingeniería genética, etc.

Las posibilidades de la procreación asistida colocan ante grandes **carencias normológicas** (lagunas del ordenamiento normativo) por novedades históricas científico-técnicas que abarcan múltiples aspectos del ordenamiento normativo. Es muy difícil que esas carencias, que se refieren a cuestiones como el comienzo de la existencia de las personas, las relaciones filiatorias, matrimoniales, sucesorias, etc., puedan resolverse de manera amplia por “autointegración”, con elementos tomados de los propios ordenamientos normativos elaborados para realidades del pasado, y suele ser necesaria la “**heterointegración**”, que recurre directamente a las exigencias de justicia.

Las normatividades pueden tener mayores cargas **institucionales** (o sea de ideas -y valores- que se realizan en el tiempo) o **negociales** (con más participación libre de los protagonistas). Así, en el caso de la procreación asistida hay que resolver, por ejemplo, cuánto se dará espacio a la institucionalidad tradicional del matrimonio y cuánto se abrirán otros cauces para la generación de la vida.

6. El ordenamiento normativo se constituye **vertical** y **horizontalmente** según relaciones respectivas de **producción** y de **contenido**. Las vinculaciones verticales de producción satisfacen el valor subordinación; las relaciones verticales de contenido realizan el valor ilación; las vinculaciones horizontales de producción cumplen con el valor infalibilidad y las relaciones horizontales de contenido satisfacen el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia. En nuestro caso de la procreación asistida hay que resolver, por ejemplo, cuánto a través de **controles** y **sanciones** se procurará que las normas resulten infalibles.

### c) Dimensión **dikelógica**

7. La procreación asistida pone en cuestión las relaciones entre los valores particulares, como la salud, la utilidad, la verdad, la justicia, el amor, la santidad, etc. y el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser), cuya satisfacción mínima es característica de todo hombre. Hay que lograr que los valores contribuyan entre sí y evitar que unos secuestren el espacio correspondiente a los otros. A nuestro entender, más allá de la salud, la utilidad, la verdad, la justicia, el amor, etc., el embrión siempre realiza por lo menos en alguna medida el valor humanidad. Todas las soluciones de procreación asistida se iluminan en este sentido.

La justicia puede descubrirse por diversas vías, por ejemplo, de carácter **consensual** o **extraconsensual**; **simétrica** (con fácil comparabilidad de las potencias e impotencias, v. gr. a través de la moneda) o **asimétrica**; **particular** o **general** (tendiente al bien común). En nuestro tiempo predominan exageradamente la justicia consensual, simétrica y particular, pero en materias

(2) Las materializaciones son personas, cosas u organismos con sentidos especiales incorporados por las normas.

como la procreación asistida es importante enriquecer esas perspectivas con la justicia extraconsensual, asimétrica y general. Importa tener en cuenta, por ejemplo, que la justicia consensual y simétrica no suele alcanzar para legitimar la locación de vientres. Además del bien particular hay que tomar en profunda consideración el bien común.

Las posibilidades de la procreación asistida ponen en crisis los criterios generales orientadores tradicionales, requiriendo que se realicen valoraciones completas. Los criterios descubiertos en el pasado no orientan de manera satisfactoria. El material estimativo de la justicia en el Derecho es la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, y requiere tener en cuenta todo el complejo temporal, personal y real. Por eso la justicia es una categoría “pantónoma” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), pero como no somos ni omniscientes ni omnipotentes hay que fraccionarla cuando no se puede saber o hacer más, con cortes que producen seguridad. La procreación asistida pone en cuestión todo el pasado, el presente y el porvenir y cuestiona asimismo el complejo temporal, v. gr. para saber cuándo comienza la existencia de la persona, el complejo personal de la familia, y el complejo real de los despliegues del ser humano. Ese desafío mueve a algunos a fraccionar apresuradamente, en tanto que otros tienden a no cortar cuando es debido. Es cierto que en parte nuestra ignorancia nos lleva a depender de actitudes básicas optimistas o pesimistas (3), pero debemos esforzarnos en no fraccionar apresuradamente, con el imperio avasallante de la preocupación por la seguridad, o desfraccionar de modo exagerado, corriendo riesgos ilegítimos.

8. El principio supremo de justicia exige que cada individuo tenga la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona, mas la procreación asistida nos obliga a preguntarnos con especial intensidad qué es ser persona y a interrogarnos incluso acerca de la justicia de otras posibles especies futuras.

El reparto justo ha de serlo en todos los aspectos que señalamos precedentemente. Importa, v. gr., que haya legitimidad en cuanto a los repartidores, sea aristocrática, por superioridad moral, científica o técnica, o autónoma, por acuerdo de los interesados. La problemática de la procreación asistida obliga a tener en cuenta que la aristocracia es muy débil, porque poco podemos decidir sobre la moral y las consecuencias de la ciencia y la técnica al respecto. También exige considerar que la autonomía es casi imposible, porque muy poco puede saberse de la voluntad de los embriones, de los hombres puramente futuros, etc.

En cuanto a la legitimidad respecto de los recipientes hay que tener en consideración que los méritos superiores corresponden a los hombres y no a los otros seres. Hombres no son sólo los que viven plenamente en la actualidad, sino también los embriones y los puramente futuros.

Respecto a los objetos a repartir, hay que considerar que además del derecho a tener hijos y al conocimiento científico son legítimos los derechos a nacer y a la vida en plenitud, y que ésta es en mucho diversidad, creación, etc.

La forma justa del reparto ha de ser más procesal que de mera imposición y más negocial que de mera adhesión. El proceso y la negociación se caracterizan por la audiencia de los interesados. Sin embargo, las posibilidades de la procreación asistida en cuanto a la vida humana

(3) La preservación de la vida que ha prevalecido frente a las incalculables posibilidades destructoras de las armas atómicas es un título para esperar que los hombres sabremos controlar el poder de la ingeniería genética.

nos colocan ante sujetos que no pueden ser escuchados, respecto de los cuales no puede hablarse no sólo de autonomía sino de un verdadero proceso. Nuestra crisis de legitimidad hace así muy cuestionables las posibilidades de decidir impotencias respecto de los embriones.

9. El régimen justo ha de ser **humanista**, tomando a cada hombre como fin y no como medio. Ha de rechazar el totalitarismo, que considera a los seres humanos como medios, sea en sentido estricto respecto del conjunto social o en sentido amplio en relación con otros hombres (4). El humanismo requiere a nuestro entender que cada embrión, como ser humano, sea tomado como un fin y no como un medio, por ejemplo, rechazando su empleo para fines terapéuticos, estéticos, etc. o de mera satisfacción de otros seres humanos. Una cuestión sumamente compleja es la legitimidad de aumentar el número de embriones a producir para que se incrementen las posibilidades de lograr embarazos, ya que hay que saber si resulta un avance humanista de las propias posibilidades de cada embrión o un despliegue totalitario del interés del conjunto en cuanto a producción de la procreación buscada.

Para que el régimen sea humanista ha de proteger al individuo contra los demás individuos como tales y como régimen, respecto de sí mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). Las posibilidades de la procreación asistida permiten amparar, por ejemplo, **contra “lo demás”** de la nada del no ser, la enfermedad y la soledad, pero requieren, de manera muy significativa, la protección **contra los demás individuos**.

### III. La procreación asistida en el horizonte de política general

10. En el horizonte de la política general, las posibilidades de la procreación asistida requieren que junto a las consideraciones de política jurídica (o Derecho) y a las inevitables perspectivas de política científica y política económica se desenvuelvan las de política sanitaria, política religiosa, política erológica (referida al valor amor), etc., poniendo además en juego, por ejemplo, la política de seguridad, la política educacional y, al fin, toda la política cultural para que sea realidad la plena **convivencia humanista** (5).

(4) Pese al humanismo básico, hay que tener en cuenta que éste puede entenderse con más lealtades específicas antropocéntricas, teocéntricas, cosmocéntricas, etc.

(5) En cuanto a la bibliografía reciente acerca de la Bioética pueden v. por ej. GRODIN, Michael A. (ed.). "Meta Medical Ethics The Philosophical Foundations of Bioethics", Dordrecht, Kluwer, 1995; DWORKIN, Ronald, "Il dominio della vita", trad Carla Bagnoli, Milán, Comunità, 1994.  
Es posible c. asimismo nuestro artículo "Panorama de los fundamentos de la Bioética", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 18, págs. 33 y ss.

# BASES JURIDICAS PARA EL ANALISIS DE LA PERSONA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## I) Ideas fundamentales

1. Aunque algunas áreas del saber, como la Medicina, la Psicología, etc., han brindado especial atención al análisis de la persona, en realidad todas esas áreas y todas las perspectivas de la cultura deberían confluir para la comprensión del significado de cada persona en el universo. En este marco, también el Derecho debe interesarse por apreciar el significado de cada persona desde todos los enfoques jurídicos (1).

Desde el punto de vista jusfilosófico hemos de apoyarnos, para el presente estudio, en las enseñanzas de la teoría trialista del mundo jurídico, expuesta inicialmente por Werner Goldschmidt y luego desarrollada por nuevos aportes suyos y de otros investigadores. Dentro de la concepción tridimensional del Derecho, la teoría trialista del mundo jurídico reconoce que éste se integra con un conjunto de repartos, captados por normas y valorados - los repartos y las normas - por la justicia (2). Urge además que, aprovechando las enseñanzas de la Teoría General del Derecho (como sistema jurídico), dicha comprensión considere no sólo los roles compartimentalizados que brindan las ramas del Derecho, sino la plenitud de cada persona.

El reconocimiento del significado jurídico pleno de cada persona es altamente relevante para todo lo que ella vive en el mundo del Derecho: como contratante, propietario, víctima,

(\*) Documento para la discusión en una reunión de la cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la U N R

(\*\*) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U N R.

(1) En relación con el tema pueden v. nuestros trabajos "Comprensión jurídica de la persona", en "El Derecho", t. 142, págs. 946 y ss.; "Comprensión del "complejo personal" a través de los pronombres personales", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 14, págs. 13 y ss.; "Justicia y persona", en "Investigación y Docencia", Nº 6, págs. 69 y ss.; "La persona en el Derecho Penal argentino", en "Investigación ..." cit., Nº 7, págs. 23 y ss.; "Los perfiles de la persona en el Derecho Internacional Privado argentino", en "Investigación ..." cit., Nº 7, págs. 49 y ss.; "Il Diritto e la protezione della persona (una introduzione allo studio del Diritto)", en "Investigación ..." cit., Nº 22, págs. 31 y ss.; "Comprensión jusfilosófica de la persona y la empresa", en "Investigación ..." cit., Nº 24, págs. 29 y ss.

(2) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986. En cuanto a la Teoría General del Derecho como sistema jurídico es posible tener en cuenta v.gr. el artículo que redactamos conjuntamente con los doctores Ariel Ariza, Mario E. Chaumet, Carlos A. Hernández, Alejandro Aldo Menicocci, Alfredo M. Soto y Jorge Stähli "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho", en "El Derecho", t. 150, págs. 859 y ss.

En la realización de la tarea de reconocer los significados de la personas es mucho lo que puede descubrirse acerca del acierto de cada concepción jurídica.

delincuente, gobernado, gobernante, administrado, administrador, etc. Nada debería resolverse sin tener en cuenta la **composición integral** de las personas interesadas.

La deuda de la teoría jurídica en la referencia a la **persona concreta** es, en éste y otros aspectos, demasiado grande.

## II) La persona en el mundo jurídico en general

### a) Dimensión sociológica

2. En cuanto a la significación respecto de la **dimensión sociológica**, dado que las adjudicaciones son **repartos**, provenientes de la conducta de seres humanos determinables, o **distribuciones**, surgidas de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar, hay que reconocer cuánto la persona es receptora de repartos y distribuciones y cuánto participa en su producción.

3. Para reconocer los repartos hay que apreciar quiénes reparten (son **repartidores**), quiénes reciben (son **recipientes**), qué se reparte (cuáles son las **objetos**, es decir las potencias e impotencias que se adjudican), por qué vías se deciden los repartos (cuáles son sus **formas**) y cuáles son los **móviles**, las **razones alegadas** y las **razones sociales** de esas adjudicaciones. En todos estos sentidos hay que apreciar los repartos que las personas reciben y producen.

En relación con las formas de los repartos hay que atender, por ejemplo, a cuánto una persona es escuchada y escucha en un **proceso** o una **negociación** o está sometida y somete a la no audiencia de la mera imposición y la mera adhesión. En relación específica con los móviles se enriquece la comprensión de la **personalidad** y con referencia particular a las razones alegadas y las razones sociales el **personaje** que la persona vive.

4. Como los repartos pueden ser **autoritarios**, surgidos de la imposición y realizadores del valor poder, o **autónomos**, producidos por acuerdo y satisfactorios del valor cooperación, se ha de apreciar cuánto la persona es receptora o productora de fenómenos autoritarios o autónomos.

5. Dado que los repartos pueden ser ordenados según el **plan de gobierno en marcha**, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad, y conforme a la **ejemplaridad**, surgida del modelo y el seguimiento y satisfactoria del valor solidaridad, hay que reconocer en qué medida la persona es receptora o productora de planificación o ejemplaridad.

6. Los repartos pueden tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas, e importa saber cuánto una persona es afectada por dichos obstáculos en su posibilidad de recibir y repartir.

### **b) Dimensión normológica**

7. En relación con la significación de la persona respecto de la **dimensión normológica**, y teniendo en cuenta que las normas pueden ser **fieles**, si reflejan con acierto el contenido de la voluntad de sus autores; **exactas**, si esa voluntad se cumple y **adecuadas** si sus productos sirven a esa voluntad, hay que reconocer si las normas que captan a la persona tienen tales cualidades o no y si ella es productora de normas con dichas condiciones.

8. Las normas poseen fuentes reales, que son **materiales**, o sea los repartos mismos, o **formales**, es decir, las autobiografías de los repartos producidas por los mismos repartidores (constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.). Las fuentes de **conocimiento** de las normas constituyen la doctrina. Para apreciar el significado de la persona hay que tener en consideración cuánto es captada por las formalizaciones y cuánto puede producirlas.

9. Al captar la realidad de la vida, las normas la integran con diversos contenidos, al punto que desde cierto punto de vista persona es lo que las normas declaran tales. Los contenidos son más **institucionales o negociales** y vale reconocer si una persona es constituida de una manera o de la otra y si participa en mayor o menor medida en la producción de normas en uno u otro sentido.

10. El ordenamiento normativo puede comprenderse como una pirámide jurídica formada al hilo de relaciones **verticales** y **horizontales** entre las normas y es relevante reconocer el espacio en que una persona está situada y el ámbito que produce.

### **c) Dimensión dikelógica**

11. En relación con el significado de la persona en cuanto a la **dimensión dikelógica** hay que tener en cuenta que la justicia debe vincularse en relaciones de **coadyuvancia** y de legítima **sustitución** con otros **valores**. En tal sentido, se han de reconocer cuáles son los valores con los que la persona debe constituirse y se constituye y cuáles son los valores que debe realizar y realiza.

12. La justicia puede descubrirse por diversas **vías (clases de justicia)** y otra perspectiva relevante para la comprensión del significado de la persona es la de apreciar las vías de descubrimiento de la justicia en relación con las cuales se sitúa, es decir, por ejemplo, si debe constituirse y se constituye más en relación con la justicia consensual o extraconsensual, con o sin consideración (acepción) de personas, simétrica o asimétrica, etc. y si debe apoyarse y se apoya más en unas u otras clases.

13. La justicia es una categoría “**pantónoma**” (pan=todo; nomos=ley que gobierna) referida a la totalidad de las adjudicaciones **pasadas, presentes y futuras** y comprensiva de complejos en lo **personal, temporal y real** y de **consecuencias** más o menos proyectadas de unos

recipientarios a otros. Como no podemos satisfacerla en su totalidad, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, es necesario fraccionarla. Muy importante es reconocer los sentidos de esa pantomía con los cuales una persona debe constituirse y se constituye y los sentidos hacia los que debe proyectarse y se proyecta. Hay que saber, por ejemplo, cuál es la carga de influencias de pasado que debe asumir y efectivamente asume, que tiende a constituirla en la ancianidad, y cuál es la carga de influencias del porvenir que debe asumir y en la realidad asume, que tiende a constituirla como joven.

14. La legitimidad de los repartidores puede producirse por vías de **autonomía** o de **aristocracia** (superioridad moral, científica y técnica) y hay que reconocer cuál es la legitimidad de los repartidores que debe influir e influye en la persona y cuál es la legitimación que posee y asume para repartir.

La legitimidad de los recipientarios surge de los **merecimientos** y “**desmerecimientos**” que poseen, y hay que tener en cuenta cuáles son los que pertenecen y se tienen en cuenta en la persona y cuáles son los que debe tener y tiene en consideración.

Los objetos justos principales que pueden tener los repartos son la **vida**, la **libertad**, la **creación**, la **propiedad**, etc. y es necesario saber cuánto una persona debe recibirlos y los recibe, debe adjudicarlos y los adjudica.

Las formas de los repartos deben ser **procesales** o **negociales**, no de mera imposición o mera adhesión y para apreciar el significado de la persona hay que reconocer cuánto se la debe constituir y se la constituye en tales sentidos y cuánto debe desarrollarlos y los desarrolla.

15. Para ser justo, el régimen ha de ser **humanista** y no totalitario, teniendo al hombre como fin y no como medio. El humanismo debe ser en principio **abstencionista** y excepcionalmente **paternalista**. Para que el humanismo se realice, hay que respetar al hombre en su **unicidad**, su **igualdad** con los demás y su **comunidad** y hay que practicar la **tolerancia**. Para reconocer el significado de la persona se ha de tener en consideración cuánto debe ser tomada y es tomada como un fin y cuánto debe hacer y hace para respetar a los otros como fines; cuánto debe ser y es tomada como única, igual y comunitaria y cuánto debe hacerlo y lo hace con los demás; cuánto debe recibir y recibe tolerancia y cuánto debe ser tolerante y lo es.

Con miras a satisfacer la justicia hay que **proteger** al individuo contra los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). A fin de reconocer el significado de la persona hay que apreciar cuánto debe ser protegida en cada frente y cuánto es protegida realmente; cuánto debe proteger y cuánto quiere hacerlo.

### III) La persona en las ramas del mundo jurídico

16. En relación con las **ramas del mundo jurídico** hay que reconocer cuánto una persona es y debe ser constituida por el Derecho Internacional Público, el Constitucional, el Derecho

Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo, el Derecho Internacional Privado, etc. y cuánto contribuye y debe contribuir a constituirlos.

Mucho es lo que hay que hacer para superar las compartimentalizaciones del Derecho tradicional complementando las ramas tradicionales con otras nuevas, como el Derecho de la Salud, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, etc. y también mediante estas ramas ha de enriquecerse la constitución y la tarea de la persona.

# EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA POSTMODERNIDAD (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

**1.** Las características de la jurisdicción arbitral que la diferencian de la jurisdicción judicial coinciden ampliamente con el estilo que la llamada “postmodernidad” ha dado al Derecho Internacional Privado (1).

El mundo postmoderno responde al modelo de una diversidad de superficie y una profunda unidad utilitaria que tiende a desequilibrar y destruir todas las diversidades que se le oponen. Esta tendencia pone en crisis la intervención tradicional de los órganos estatales característica de la internacionalidad clásica y hace que las partes desde sus “partialidades” asuman sus propios problemas, respondiendo sin embargo a una honda uniformidad utilitaria.

Junto al otro tema de estas Jornadas, que refleja el papel especialmente protagónico de las sociedades comerciales, el impulso del arbitraje es en gran medida identificadorio del Derecho Internacional Privado de la época que nos toca vivir. No creemos que, por lo menos por el momento el arbitraje, se difunda excluyendo la jurisdicción judicial, cuya intervención resulta imprescindible por ejemplo cuando el arbitraje no da suficientes garantías de imparcialidad y tampoco consideramos que países como la Argentina, con fuerte tradición hispánica, del país del Caballero de la Justicia don Quijote, por el momento vayan a dar al arbitraje un desarrollo como el que ha tenido en otros marcos, pero estimamos que el fenómeno arbitral va a ganar espacio porque responde a características profundas de nuestro tiempo.

**2.** Desde el punto de vista de la **dimensión sociológica** del mundo jurídico (2), el arbitraje y la postmodernidad coinciden en sus especiales afinidades con los acuerdos de los protagonistas que dan origen a los repartos autónomos y su realización del valor cooperación, alejándose en

(\*) Comunicación presentada por el autor a las Jornadas sobre Derecho Internacional Comercial y Procesal organizadas por el Centro de Estudios Comunitarios y la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R. y el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario, con los auspicios de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, que se llevaron a cabo los días 11 y 12 de mayo de 1995.

(\*\*) Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Puede v. 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.

(2) En cuanto a la teoría trialista del mundo jurídico, en que se inspira la presente comunicación, pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

cambio de la imposición, que en la jurisdicción judicial genera repartos autoritarios y satisface el valor poder. En el arbitraje y en la postmodernidad el orden de los repartos se constituye de maneras más afines a la ejemplaridad, o sea al modelo y el seguimiento que realiza el valor solidaridad, en tanto la jurisdicción judicial pertenece más a la planificación gubernamental, que realiza el valor previsibilidad. El arbitraje permite que la intereconomía que en la postmodernidad tiende a reemplazar a la interestatalidad de la internacionalidad se exprese más acabadamente.

**3.** Desde la perspectiva de la **dimensión normológica** el arbitraje y la postmodernidad corresponden a un sentido más negocial, en tanto la jurisdicción judicial posee más carga institucional. La afinidad del arbitraje con la postmodernidad llega al punto que suele ser nombrado no como una manera de “decir el Derecho” en la jurisdicción, sino como una figura paralela a la misma. En la postmodernidad todo suele hacerse negocial, y a menudo se piensa como si el arbitraje fuese sólo el resultado de una negociación. La crisis del Estado y de la internacionalidad y la razón “débil” que son propias de la postmodernidad resultan afines a la intervención arbitral y corresponden al apartamiento de la actuación judicial.

**4.** Desde el punto de la **dimensión dikelógica**, cabe partir del reconocimiento de que el arbitraje y la postmodernidad coinciden en potenciar la referencia al valor utilidad, en tanto que la jurisdicción judicial tiene tradicionalmente más referencia a la justicia. El arbitraje y la postmodernidad son más afines a la justicia consensual y sectorial; en cambio, aunque también se refiere básicamente al caso, la jurisdicción judicial da más desarrollo a la justicia extraconsensual e integral. De cierto modo, el arbitraje y la postmodernidad brindan más atención a la justicia particular, cuyos requerimientos identifican al fin al Derecho Privado, en tanto la intervención judicial da más oportunidad a la justicia general, cuyas exigencias caracterizan en definitiva al Derecho Público.

El arbitraje y la postmodernidad son más afines a la legitimación autónoma y democrática (se habla específicamente de legitimación “paraautónoma” e “infraautónoma”) e incluso tienen particular parentesco con la tecnocracia, en tanto la jurisdicción judicial da más despliegue a la superioridad científica que caracteriza a la aristocracia. El arbitraje y la postmodernidad tienen un particular apego al abstencionismo gubernamental que, en cambio, es menor en la jurisdicción arbitral.

# EL CONTRATO Y LA JURISDICCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. La relación entre el contrato y la jurisdicción en el Derecho Internacional requiere pensar en qué medida el primero satisface el **decir** y el **hacer realidad** el Derecho, que corresponde a la “jurisdicción”, en la esfera internacional (1). A nuestro parecer, es evidente que el contrato es un instrumento **fundamental** para tales fines, pero no puede decir ni hacer realidad **todo** el Derecho, ni en lo interno ni en lo internacional.

2. En la dimensión **jurídico sociológica**, el contrato es manifestación de un reparto, adjudicación de potencia e impotencia proveniente de la conducta humana. Sin embargo, en el mundo jurídico hay muchos otros repartos y también otras adjudicaciones que no son repartos, sino distribuciones producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar (2).

El contrato es una expresión de la autonomía de los interesados, y de cierto modo es especialmente afín al orden de los repartos mediante la ejemplaridad, pero es evidente que el mundo jurídico requiere también el despliegue de la autoridad y de cierto grado de orden por planificación gubernamental.

El contrato posee condiciones de persistencia en la voluntad e incluso destacadas calidades de agilidad en las decisiones. Estos rasgos son siempre relevantes y, sobre todo los últimos, son particularmente adecuados con miras a la dinámica de la vida económica que prevalece en estos días de la “postmodernidad”. Incluso hay que reconocer que el contrato puede tener fuerza relativamente coactiva en el marco del mismo sistema económico, de modo principal, a través de la sanción en el crédito. Sin embargo, la capacidad de variación y la fuerza que requiere a veces

(\*) Nota parcial de una exposición efectuada por el autor en la Jornada de Derecho Internacional realizada en Concordia el 18 de agosto de 1995 con la organización del Colegio de Abogados de Entre Ríos ( Secc. Concordia), el Instituto de Integración Latinoamericana de la Facultad de Ciencias de la Administración de la Universidad Nacional de Entre Ríos y la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

(\*\*) Investigador del CONICET

(1) Pueden v. por ej. nuestros artículos “Bases jusfilosóficas para la comprensión de la jurisdicción internacional en materia contractual”, en “Investigación y Docencia”, N°20, págs. 15 y ss.; “Jurisdicción internacional en materia matrimonial”, en “Investigación ...” cit., N° 16, págs. 49 y ss.; “Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material. la jurisdicción internacional”, en “La Ley, 1975-A. págs. 1047 y ss.; “Bases para los regímenes de jurisdicción y ley aplicable en la integración del Mercosur”, en “Investigación ...” cit., N°21, págs. 7 y ss., “Comprensión básica de las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional”, en “Revista de la Facultad” de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 2, N°2, Nueva Serie, págs 11 y ss. e “Investigación ...” cit., N°24, págs. 9 y ss.

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

el cambio jurídico exigen, a menudo, la intervención de terceros por vía jurisdiccional e incluso de jurisdicción judicial.

La agilidad que tiene con frecuencia el contrato le permite, en muchos casos, superar los límites de las posibilidades de actuación de las jurisdicciones judiciales y de los órdenes de los Estados nacionales, como lo requiere la dinámica de la vida internacional cada día más "global" de estos días, aunque la variación de las situaciones y la ejecución del contrato dependen a veces con intensidad del equilibrio y la fuerza que puede tener la jurisdicción judicial internacional.

En la dimensión **jurídico-normológica** el contrato tiende a la elaboración de normas "negociales", mas el Derecho exige asimismo algún grado de institucionalidad. El contrato ocupa un lugar destacado en la vertiente autónoma del ordenamiento normativo, pero éste se apoya en una norma hipotética fundamental disyuntiva, que indica cumplir los pactos u obedecer al constituyente histórico.

En la dimensión **jurídico-dikelógica**, el contrato expresa una especial realización de la utilidad y puede ser una especial integración entre utilidad y justicia, pero el mundo jurídico exige además la realización de un complejo de valores que, culminando en la satisfacción de la justicia, permita satisfacer, en definitiva, todo el complejo de valores a nuestro alcance, cuya cúspide es la realización del valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser).

El contrato es afín a la justicia consensual, mas esta vía de descubrimiento de la justicia ha de ser complementada por la extraconsensual. Es especialmente idóneo para satisfacer la justicia particular, cuyas exigencias caracterizan en última instancia al Derecho Privado, pero el valor justicia se ilumina también con la justicia general, que mira al bien común, y cuyos requerimientos caracterizan en definitiva al Derecho Público.

El contrato es afín a la satisfacción del humanismo abstencionista, mas en ciertas circunstancias es exigible la realización del humanismo intervencionista, con frecuencia denominado paternalista.

**3. La mayor aproximación entre contrato y jurisdicción se produce en la jurisdicción arbitral, pero a la luz de las consideraciones que anteceden puede advertirse que, pese a la importancia del contrato y del arbitraje, no es legítimo prescindir del todo de la jurisdicción judicial. Ni el Derecho Interno ni el Derecho Internacional pueden construirse legítimamente sin contratos o sólo con contratos.**

**4. En definitiva, el contrato y también la jurisdicción, en lo interno y lo internacional, son piezas del Derecho y de la cultura toda y han de ser comprendidos en relación con éstos, sin pretender que queden completamente absorbidos en él.**

# EL MONOLOGO DE HAMLET Y LA PROBLEMATICA BASICA DEL DERECHO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

"To be, or not to be: that is the question:  
Wheteher 'tis nobler in the mind to suffer  
The slings and arrows of outrageous fortune,  
Or to take arms against a sea of troubles,  
And by opposing end them? To die: to sleep;  
No more; and by a sleep to say we end  
The heart-ache and the thousand natural shocks  
That flesh is heir to, 'tis a consummation  
Devoutly to be wish'd. To die, to sleep;  
To sleep: perchance to dream: ay, there's the rub;  
For in that sleep of death what dreams may come  
When we have shuffled off this mortal coil,  
Must give us pause: there's the respect  
That makes calamity of so long life;  
For who would bear the whips and scorns of time,  
The oppressor's wrong, the proud man's contumely,  
The pangs of despised love, the law's delay,  
The insolence of office, and the spurns  
That patient merit of the unworthy takes,  
When he himself might his quietus  
With a bare bodkin; who would fardels bear,  
To grunt and sweat under a weary life,  
But that the dread of something after death,  
The undiscover'd country from whose bourn  
No traveller returns, puzzles the will,  
And makes us rather bear those ills we have  
Than fly to others that we know not of?  
Thus conscience does make coward of us all;  
And thus the native hue of resolution  
Is sicklied o'er with the pale cast of thought,  
And enterprises of great pith and moment  
With this regard their currents turn awry,  
And lose the name of action.- Soft you now!  
The fair Ophelia! Nymph, in thy orisons  
Be all my sins remember'd."

(SHAKESPEARE, "Hamlet, Prince of Denmark", act III, scene I) (1)

(\*) Comunicación presentada por el autor a la Jornada Interdisciplinaria sobre Contenidos Jurídicos de las Tragedias de William Shakespeare organizadas por la Cátedra Interdisciplinaria "Profesor doctor Werner Goldschmidt" y las Cátedras III de Filosofía del Derecho y I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la U. N. R., conjuntamente con el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados, en homenaje al profesor Werner Goldschmidt y en adhesión al Mes del Abogado (25 de agosto de 1995).

(\*\*) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.  
(1) "The works of William Shakespeare", London and Melbourne, Ward, Lock & Co., págs. 1212/13; también puede ver SHAKESPEARE, William, "Tragedias" (rec.), trad. José María Valverde, Barcelona, RBA, 1994, págs. 43/4. Asimismo véase por ej. "Historia de la Literatura Mundial - Del Renacimiento al siglo XVIII - I Renacimiento y Humanismo", Bs. As., Centro Editor de América Latina 1970, esp. "Shakespeare y el teatro isabelino", págs. 217 y ss.

1. Las tragedias de William Shakespeare plantean las más significativas pasiones del hombre. Puede decirse, de acuerdo con Goethe, que Shakespeare fue no sólo un literato sino un filósofo y que abordó toda la naturaleza humana, en todas las direcciones y en todas las alturas.

Así, por ejemplo, "Hamlet" muestra la corrupción, la traición, la duda existencial y el deber filial de la venganza. "Macbeth" plantea la ambición desmedida en la búsqueda del poder, la traición y el remordimiento. De modo considerable, se trata en "Macbeth" de la comprensión psicológica del hombre del que había hablado el renacentista Maquiavelo, aunque en el clima inglés de la época de Shakespeare el ilustre florentino haya sido objeto de muy duros ataques. En "El Rey Lear" se exponen la traición, la piedad y la desesperación. "Othello, el Moro de Venecia" manifiesta la maldad en su grado de extrema pureza, la traición y los celos. "Romeo y Julieta" evidencia la enorme fuerza del amor y el juego del azar. "Antonio y Cleopatra" muestra al hombre de acción languideciendo conscientemente por la lujuria que lo domina. En cambio, además de la permanente presencia de la traición, "Julio César" expresa el conflicto entre las ansias de libertad y la búsqueda del poder (2).

Diversas pasiones son presentadas magistralmente por Shakespeare, aunque sea diversamente en sus versiones sanas o corrompidas. El amor de pareja, respectivamente en "Romeo y Julieta" y en "Othello"; el amor filial, de manera respectiva en "El Rey Lear" y en la incontenible sed de venganza de Hamlet; el poder, respectivamente en la actitud de Bruto, en "Julio César", y en "Marco Antonio y Cleopatra" y "Macbeth".

Todo quien haya amado profundamente sabe que el amor se mueve siempre entre los extremos de la identificación amorosa de Romeo y el sentido posesivo de los celos de Othello, entre la piedad de Cordelia, la hija amante de Lear, y la tensión entre varios amores que Hamlet resuelve de manera enfermiza, entre la lealtad al amigo y la sed de ideales del Bruto de Julio César. Todo el que haya sentido el poder sabrá de la tensión entre la necesidad de ponerle freno que vive Bruto y las tentaciones de corromperlo por aspiraciones paralelas, como en el caso de Marco Antonio, o de radicalizar su búsqueda, según sucede en Macbeth. Siempre los hombres nos preguntaremos, como lo sugiere "Othello", por nuestra tensión entre el sentido del bien que encarna la inocente Desdémona y el sentido casi puro del mal en Yago. Mucho es lo que vale la fe en el hombre, que siempre importa resguardar y servir, y por eso el debate permanente sobre la traición, tan presente en la obra shakespeareana.

2. Múltiples párrafos de las distintas tragedias de Shakespeare tienen profunda significación filosófica, pero creemos oportuno referirnos especialmente en esta oportunidad al célebre monólogo de la Escena Primera del Acto Tercero que comienza con la célebre expresión "To be or not to be: that is the question".

El interrogante "ser o no ser" (3) es una de las características fundamentales del hombre. Para Dios la cuestión sería imposible, porque su existencia sería necesaria; los seres inferiores no

(2) En general acerca de las tragedias de Shakespeare pueden c., v. gr., las ediciones de la nota 1. Acerca de la tragedia como género literario es posible v. las consideraciones de nuestro libro "Comprensión jusfilosófica del 'Martín Fierro'", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984. Asimismo, en relación con el tema, puede c. nuestro artículo "Tragedia griega y Derecho", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 18, págs. 61 y ss.

(3) V. el texto inglés en el encabezamiento de la comunicación. Además puede c. SHAKESPEARE, "Hamlet", en "Tragedias" cits., pág. 43.

se plantean la disyunción.

Para que el hombre o cualquier otro ser existan son exigibles una gran cantidad de despliegues de deber ser, que corresponden al deber ser propio de su respectivo ser. Así, por ejemplo, el hombre ha de realizar un complejo de valores que culmina en el valor humanidad, que es el deber ser cabal de su ser. Sin embargo, el ser no genera el deber ser de su ser, de modo que desde un punto de vista humano, Hamlet se pregunta legítimamente si debe ser o no ser.

La no fundamentación del deber ser del ser es uno de los motivos por los que algunos hombres de visión antropocéntrica optan por el suicidio, en tanto otros consideran, a la luz de valores de referencia divina o cósmica que exigen su ser, que el suicidio es ilegítimo.

Para el teocentrismo medieval era “natural” que el hombre debía ser. Pese a cierto sentido de la ley natural, el planteo hamletiano de “ser o no ser” es una de las expresiones más características del tiempo antropocéntrico que entonces comenzaba de manera conflictiva.

3. Para resolver el problema de ser o no ser, Shakespeare presenta los argumentos que inducirían a **rechazar la vida** y los que nos inclinan a **evitar la muerte**. En cuanto al rechazo de la vida, el monólogo hamletiano se refiere a la **crisis** del orden desde una perspectiva de cierto modo humana en las **tres dimensiones del mundo jurídico** (4).

En la **dimensión sociológica** se advierte la crisis del hombre por la limitación de su capacidad de conducción repartidora, ceñida por las distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. El Príncipe de Dinamarca se pregunta “... si es más noble sufrir en el ánimo los tiros y flechazos de la insultante Fortuna, o alzarse en armas contra un mar de agitaciones, y, enfrentándose con ellas, acabarlas: morir, dormir, nada más, y, con un sueño, decir que acabamos el sufrimiento del corazón y los mil golpes naturales que son herencia de la carne” (5).

Más adelante en el curso de la obra dirá Hamlet “... bienaventurados aquellos cuya sangre y juicio están tan bien mezclados que no son una flauta en que el dedo de la Fortuna puede tocar el agujero que le place.”(6).

La problemática de la conducción queda reflejada también, en el mismo curso del monólogo que nos ocupa, cuando Shakespeare indica que la conciencia de la muerte “... nos hace cobardes a todos, y el colorido natural de la resolución queda debilitado por la pálida cobertura de la preocupación, y las empresas de gran profundidad y empuje desvían sus corrientes con esta consideración y pierden el nombre de acción ...” (7). Ante el sumergirse en la muerte de todas las alternativas, la conducción pierde su sentido.

La **dimensión normológica** de la crítica de la vida no está nítidamente configurada, pero puede reconocerse a través de la denuncia contra el agravio del opresor y la insolencia de los que mandan (8), que suelen desembocar en la infidelidad, la inexactitud y la inadecuación de las normas.

En cuanto a la **dimensión dikelógica**, se advierte la alta jerarquía que Shakespeare reconoce a la **justicia** y al **amor**. De aquí que se queje de los espasmos del amor despreciado y la tardanza

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

(5) SHAKESPEARE, “Hamlet” cit., pág. 43.

(6) id., pág. 47.

(7) id., pág. 43.

(8) id.

de la justicia (9). El amor despreciado y la justicia tardía son dos de los grandes desórdenes del universo.

Un sector de la crítica actual considera que la clave para interpretar el pensamiento de Shakespeare está en la noción de **orden cósmico jerarquizado**, en el respeto de la estructura del complejo de valores. Aunque excede el marco de nuestra principal referencia, vale tener en cuenta que esa concepción se pone de manifiesto, por ejemplo, en el discurso de Ulises en “Troilo y Crésida”. El legendario rey dice: “Cuando la distinción de las categorías está enmascarada, la más indigna puede parecer noble bajo la máscara. Los cielos mismos, los planetas y este globo terrestre observan con orden invariable las leyes de categoría, de la prioridad, de la distancia, de la posición, del movimiento, de las estaciones, de la forma, de las funciones y de la regularidad; ... ¡Oh! Una empresa padece bastante cuando se quebranta la jerarquía, escala de todos los grandes designios. ¿Por qué otro medio si no la jerarquía, las sociedades, la autoridad en las escuelas, la asociación en las ciudades, el comercio tranquilo entre las orillas separadas, los derechos de primogenitura y de nacimiento, las prerrogativas de la edad, de la corona, del cetro, del laurel, podrían debidamente existir? Quitar la jerarquía, desconcertar esa sola cuerda, y escuchad la cacofonía que sigue. ... la fuerza sería el derecho; o más bien, el derecho y la culpa, cuya eterna querella está contenida por la interposición de la justicia, que establece su residencia entre ellos, perderían sus nombres, y así haría la justicia. Entonces, todas las cosas se concentrarían en el poder, el poder se concentraría en la voluntad, la voluntad en el apetito, y el apetito, lobo universal, doblemente secundado por la voluntad y el poder, haría necesariamente su presa del universo entero, hasta que al fin se devorase a sí mismo” (10).

Sólo un hombre con conciencia fuerte de un orden jerárquico, como la que tuvo Shakespeare, pudo sentirse desgarrado por las tensiones en el mundo al punto de escribir las tragedias que escribió. Al fin, la pretensión del complejo de valores o el abandono total de él, como el que parece mostrarse en la postmodernidad, suelen ser cauces para llegar a la pregunta por “ser o no ser”.

Shakespeare criticó también a la vida por la crisis en los tres grandes **complejos** en que el hombre se halla contenido en la “pantomomía” de la justicia (11): el **complejo real**, el **complejo temporal** y el **complejo personal**.

El **complejo real** ya está presente en el propio cuestionamiento referido del ser o no ser. La propia problemática del complejo real encuentra asimismo manifestación en “... las patadas que recibe de los indignos el mérito del paciente, ...” (12).

En cuanto al **complejo temporal**, Shakespeare muestra la tensión de los momentos de la vida entre la vocación de pasado, presente y futuro, por ejemplo, al denunciar “... los latigazos y los insultos del tiempo, ...” (13) y la tardanza de la justicia.

Análoga remisión a las tensiones de lo temporal expone al decir, como ya señalamos, que “... el colorido natural de la resolución queda debilitado por la pálida cobertura de la preocupación, ...” (14). La resolución, que significa proyección desde el presente al porvenir, es absorbida por la “pre-ocupación”, en que con frecuencia el porvenir hipoteca al presente. Si bien el hombre es

(9) id.

(10) trad. de Luis Astrana Marín, en “Del Renacimiento ...” cit., pág. 231. También v. “Troilus and Cressida”, en “The works ...” cit., pág. 918, Act. I, Scene III.

(11) Pan=todo; nomos=ley que gobierna

(12) SHAKESPEARE, “Hamlet” cit., pág. 43.

(13) id.

(14) id.

un ser que resuelve, es también un ser que se preocupa y la preocupación suele bloquearlo. Hay que ocuparse del porvenir, pero sin “preocuparse” al punto de perder la capacidad de resolver desde el presente.

También se ocupa Shakespeare del **complejo personal**, en que el hombre es “con” el hombre, por ejemplo, al denunciar “... el agravio del opresor, ...” (15), “... la insolencia de los que mandan, ...” (16), “...la burla del orgulloso, ...” (17) y “... los espasmos del amor despreciado, ...” (18). La opresión, la insolencia y el orgullo son manifestaciones de la ruptura de las relaciones debidas dentro del complejo de valores. Haciéndose eco -como señalamos- de la corriente inglesa que cuestionaba las ideas de Maquiavelo y a veces con cierto sentido de utopismo, Shakespeare los condena energicamente.

En la opresión el poder se desborda por el cauce de otros valores, cercenando la esfera de personalización de las víctimas; en la insolencia se produce una arrogación, una subversión o incluso una inversión del espacio de un valor por otro valor; en el orgullo hay una desmesura falsificadora de los valores del propio sujeto, que al fin se alza siempre contra el valor humanidad. Una de las expresiones mayores de la superioridad de este valor relativamente igualitario y de su sentido de bloquear el orgullo se produce cuando, el miércoles de Ceniza, en recuerdo de las palabras del Génesis el sacerdote dice “Memento, homo, quia pulvis es et in pulverem reverteris”.

Shakespeare reclama para el descubrimiento alcanzar las valoraciones de justicia la confluencia necesaria entre **sentimiento y razón**. Por eso Hamlet dice: “Dadme al hombre que no sea esclavo de la pasión, y yo le llevaré en las entretelas del corazón, sí, en el corazón de mi corazón, como hago contigo.” (19).

El monólogo de Hamlet contiene críticas notorias respecto de la **legitimidad de los repartos** por la ruptura del equilibrio de justicia de sus elementos. Con la denuncia de la opresión, la insolencia y el orgullo cuestiona la legitimidad de muchos repartidores. Al señalar los agravios que recibe de los indignos el mérito paciente, se opone a la ruptura del equilibrio entre los merecimientos de los recipientes y lo que reciben. La inclinación a morir, dormir, nada más, es una muestra de la escasa significación de las potencias recibidas. En cierto lugar dirá Hamlet “Vuestro gordo Rey y vuestro flaco mendigo no son más que servicio variado, dos platos, pero para una misma mesa: ése es el final.” (20)

4. En contraste con lo que nos inclinaría a rechazar la vida, se encuentra todo lo que nos lleva a **evitar la muerte**. Se trata del temor al “... país sin descubrir, de cuyos confines no vuelve ningún viajero, que desconcierta la voluntad, y nos hace soportar los males que tenemos mejor que volar a otros de que no sabemos ...” (21). El hombre es un ser contradictorio, que busca al propio tiempo lo conocido y lo desconocido, lo provisorio y lo definitivo. Es un ser que conoce y se proyecta, que conscientemente se remite del ser al deber ser, pero la muerte se le presenta, de manera

(15) id.

(16) id.

(17) id.

(18) id.

(19) id., pág. 47

(20) id., pág. 67.

Puede v. por ej., acerca de las ideas de Shakespeare sobre la justicia en “El mercader de Venecia” y en “La tempestad”, “Del Renacimiento ...” cit., págs. 234/35. En cuanto a la justicia en “Medida por Medida” es posible c. porej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978, págs. 124 y ss.

(21) SHAKESPEARE, “Hamlet” cit., pág. 43.

insopportable, como lo radicalmente desconocido y definitivo y como la entronización de un ser distinto que para él, como hombre, no tiene valor. Por esto las religiones, en cuanto agregan a la muerte lo conocido y lo definitivamente valioso, la hacen más soportable.

El planteo shakespeareano de la muerte evidencia nuevamente la concepción antropocéntrica que entonces se formaba. Nada hay aquí del “muero porque no muero” de la literatura mística española. Por eso hay en Hamlet un sentido de tragedia del no querer vivir y menos querer morir. Siempre deberemos preguntarnos si optamos por vivir porque no queremos morir o porque amamos la vida. Por eso, como suele ocurrir en las tragedias, la obra acaba, de una manera que desde su propia perspectiva es grandiosa, con la muerte de todos sus personajes centrales. Mueren porque en la lógica de la obra debían morir, mas al mismo tiempo se sabe que, al menos como hombres, no debían morir. Quizás para no ser nada, como vacío o -de cierto modo- como mero ser, los hombres debemos ser trágicos.

5. Epocas como la actual de la “postmodernidad” y sobre todo países como el nuestro, especialmente carentes de criterios de jerarquización y a menudo desbarrancados por las sendas de la corrupción, necesitan meditar especialmente respecto de la comprensión jusfilosófica de Shakespeare (22). El humanismo profundo que subyace en su obra es imprescindible para evitar los patrones de valoración casi exclusivamente utilitaria que va desarrollando la postmodernidad y que en nuestro país, desprovisto de modernidad, asumen caracteres a veces especialmente graves.

Los hombres de este tiempo hemos roto las fronteras de la materia con el poder atómico, las fronteras del espacio con los viajes supersónicos e interplanetarios, los límites de la información con la informática y, sobre todo, las fronteras de la vida con la ingeniería genética, pero esos límites rotos parecen haber abierto camino a un sistema economicista tal vez más cerrado que ningún otro. El poder sobre la materia, el espacio, la información y la vida misma responden, de manera quizás cerrada, a las necesidades económicas. Planteos humanistas como los de Shakespeare y nuestro homenajeado profesor Werner Goldschmidt contribuyen a que esos límites sean superados.

(22) Puede v. nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín ...” cit., N° 19, págs. 9 y ss; también es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel - CHAUMET, Mario E., “Perspectivas jurídicas “dialécticas” de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, N°21, págs. 67 y ss.

# FILOSOFIA DEL DERECHO E INTERNACIONALIDAD

(Meditaciones sobre la elaboración de los tratados, la norma hipotética fundamental y la inmunidad de los Estados y los organismos internacionales) (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. La problemática de la vida de este tiempo evidencia la crisis de las concepciones positivistas del Derecho y la imprescindible necesidad del recurso a la Filosofía Jurídica. Basta tener presente, al respecto, los enormes interrogantes acerca del medio ambiente y de la ingeniería genética referida a la vida humana, que no pueden resolverse lúcidamente en los marcos jurídicos del positivismo. En modo alguno el porvenir de la Tierra y de la vida puede ser abandonado a lo que establezcan los autores del Derecho Positivo.

Entre los múltiples otros problemas que requieren de modo imprescindible el cultivo de la Filosofía del Derecho se encuentran numerosas cuestiones del Derecho Internacional y, en este marco, hemos de referirnos a los problemas de la representatividad de los tratados, la ubicación de la norma hipotética fundamental y las inmunidades de los Estados y de los organismos internacionales.

2. El procedimiento actual para la elaboración de los **tratados** refleja los criterios de excepcionalidad de las relaciones que correspondía al mundo tradicional de la internacionalidad. Entonces era más legítimo que para ese tipo de vinculaciones fuera el poder ejecutivo el que elaborara los tratados y luego el poder legislativo, de cierto modo “a libro cerrado”, le brindara su aprobación para abrir cauce a la ratificación. Ese era el punto de equilibrio que correspondió al mundo de las democracias nacionales. Sin embargo, hoy las vinculaciones más allá de las fronteras estatales se han hecho tan frecuentes e importantes que ese procedimiento resulta insuficiente para garantizar el despliegue de la democracia. Aunque el poder ejecutivo tenga origen democrático, parece digna de consideración la posibilidad de otorgar otras vías de participación popular en la elaboración de los tratados. No es legítimo que si los tratados tienen efectos de leyes e incluso son superiores a ellas el grado de participación popular en la elaboración respectiva sea tan diverso. Una perspectiva de aproximación a la solución de esta cuestión, aunque insuficiente, es la que ahora surge de los párrafos segundo y tercero del inc. 22 y del inciso 24 del art. 75 de nuestra Constitución Nacional.

2. Mucho se discute acerca de la **jerarquía** de los tratados en relación con las constituciones y las leyes, sobre todo en cuanto a los procesos de integración. Nuestro país ha encarado la solución

(\*) Nota de una exposición del autor en la Jornada de Derecho Internacional llevada a cabo en Concordia el 18 de agosto de 1995 con la organización del Colegio de Abogados de Entre Ríos (Secc. Concordia), el Instituto de Integración Latinoamericana de la Facultad de Ciencias de la Administración de la Universidad Nacional de Entre Ríos y la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

(\*\*) Investigador del CONICET.

de estas cuestiones agregando a la regla del art. 31 de la Constitución Nacional las de los incisos 22 y 24 del art. 75 (1). Es cierto que en este tiempo no suelen admitirse procesos revolucionarios que desplacen las normas hipotéticas fundamentales interrumpiendo así el curso piramidal y que una de las características de los procesos de integración y comunitarios suele ser que las facultades sean delegadas por los Estados. Mas vale no olvidar que la norma hipotética fundamental puede reconocerse tanto en el Derecho Internacional como en los Derechos nacionales, que en nuestro tiempo de la “globalización” y de la problemática común del porvenir de la Tierra y de la vida suele resultar no sólo fáctica sino dikelógicamente sostenible que dicha norma esté en el primero y que, en este supuesto, la misma constitución tendría la jerarquía surgida del Derecho Internacional, con más posibilidades de prioridad de los tratados.

3. Como consecuencia del incremento de la actividad económica de los Estados se ha difundido la solución de otorgarles **inmunidad jurisdiccional** sólo respecto de los actos iure imperii, pero no acerca de los actos iure gestionis. Si se tiene en cuenta que los Estados suelen ser considerados en mucho como si fueran empresas se comprende todo lo que esto significa. Incluso nuestro país acaba de aceptar esa solución mediante la ley 24.488. Sin embargo, ahora se suscita un relativo desequilibrio que vale la pena considerar: en tanto las inmunidades estatales, por ser declaradas por ley, quedan reducidas, no ocurre lo propio con las inmunidades de los organismos internacionales otorgadas por tratados, aunque también en el caso de éstos se protejan actos iure gestionis.

4. Los tres problemas internacionales que acabamos de analizar plantean problemas sociológicos, normológicos y dikelógicos que no pueden resolverse legítimamente sino a la luz de la consideración de todo el panorama de la **cultura** y de la **Filosofía del Derecho** (2).

(1) Puede v. nuestro artículo “Los acuerdos internacionales en la reforma constitucional”, en “Jurisprudencia Argentina” del 8 II/1995.

(2) En cuanto a las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica del mundo jurídico pueden c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.

# FILOSOFIA DE LA EMPRESA Y MERCOSUR (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. Con gran frecuencia el Derecho Internacional, el Derecho de la Integración y el Derecho Comunitario necesitan saber cuál es la inserción de un fenómeno jurídico. Para hacerlo vale tener en cuenta la ubicación del fenómeno de referencia según los distintos enfoques **sociológicos, normológicos y dikelógicos** que señala la teoría trialista del mundo jurídico (1). En nuestro caso, es relevante considerar desde estas perspectivas cuál es la ubicación de una empresa en relación con el Mercosur.

Desde un punto de vista relativamente estático la **empresa** puede ser caracterizada como la integración de naturaleza, capital y trabajo con fines utilitarios de producción o distribución; desde una perspectiva más dinámica hay que considerarla en términos de un proyecto cuya realización significa riesgo. La empresa es utilitaria y pretende un lucro, pero no todo el que gana es un empresario y no lo es, v. gr., el que se impone por el mero dominio del mercado.

2. En la relación entre empresa y Mercosur cabe preguntarse en primer término si el Mercosur es una empresa, si es más que una empresa o si puede prescindir de la empresa. Creemos que pese a la gran importancia de la economía en los procesos de integración es legítimo sostener que el Mercosur no es una empresa sino mucho más, aunque no puede existir sin un amplio desarrollo empresario. Nuestro problema, en estas líneas, es sin embargo la determinación de si una empresa pertenece al Mercosur.

Una empresa pertenece **económicamente** al Mercosur en cuanto se vincula con los países de la región, considerados separada o integradamente, respecto a la producción y sus elementos, a la distribución y al consumo. Para determinar si una empresa pertenece **jurídicamente** al Mercosur, que es nuestra perspectiva de especial interés, existen diversos criterios relacionados, como ya señalamos, con las **dimensiones** del mundo Derecho (2).

(\*) Nota de una exposición del autor en la Jornada de Derecho Internacional realizada en Concordia el 18 de agosto de 1995 con la organización del Colegio de Abogados de Entre Ríos (Secc. Concordia), el Instituto de Integración Latinoamericana de la Facultad de Ciencias de la Administración de la Universidad Nacional de Entre Ríos y la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

(\*\*) Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Pueden v. nuestros artículos "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", N°43, págs. 1 y ss., "Comprensión jusfilosófica de la persona y la empresa", en "Investigación y Docencia", N°24, págs. 29 y ss. y "Aportes para la jusfilosofía de la empresa", en "Derecho y Empresa", N°1/2, págs. 23 y ss.

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

**3. En cuanto a la dimensión sociológica** del mundo jurídico se encuentran, por ejemplo, distintos criterios de pertenencia en relación con las clases de adjudicaciones y las características de los repartos: cuánto surge de influencias humanas difusas o de la conducta de empresarios provenientes de los países de la región separadamente considerados o del Mercosur como conjunto integrado; cuánto se benefician o se perjudican con ella los recipientes de los países separados o integrados de la región; si las potencias y las impotencias pertenecen a unos u otro; si surge de una forma, sobre todo negocial, producida en los países por separado o en el conjunto de la región; si los móviles, las razones alegadas y las razones sociales que pueda tener pertenecen a uno u otro ámbito. Se ha de tener en cuenta si una empresa es del y por el Mercosur; si el proyecto y el riesgo la vinculan con los países de la región, etc.

En relación con el orden de repartos hay que considerar si corresponde a una ejemplaridad o a una planificación gubernamental desarrolladas en los países del Mercosur separada o conjuntamente. En analogía con lo que es legítimo considerar para la nacionalidad, a los criterios más objetivos, de pertenencia a los órdenes de repartos, se agrega el criterio más subjetivo de querer pertenecer a los mismos.

La gradualidad del proceso integrador exige tener en cuenta las diferentes posibilidades empresarias que pueden relacionarse con las diversas realidades que componen la región. El proceso integrador ha de concluir en la medida que se llegue a una empresa plenamente comunitaria, aunque esto no significa que toda empresa deba ser comunitaria.

**4. En cuanto a la dimensión normológica** del mundo jurídico la pertenencia al Mercosur ha de determinarse, v.gr., según que las formalizaciones de su constitución y funcionamiento surjan de los países del Mercosur separada o conjuntamente considerados y de que las normas respectivas pertenezcan a los ordenamientos de dichos países o al ordenamiento mercosureño de conjunto.

En esta perspectiva, a la pertenencia normológica objetiva o relativamente "material" al Mercosur, sobre todo porque la empresa se desenvuelve dentro del ordenamiento de los países separada o conjuntamente considerados, cabe agregar la pertenencia formal, porque la normatividad la considera tal.

**5. En cuanto a la dimensión dikelógica**, que entendemos ha de ser la decisiva, entre los criterios de pertenencia a los países del Mercosur, considerados separadamente o en su conjunto, se encuentran la ubicación de las realizaciones de los valores que se satisfacen, respecto a justicia, salud, utilidad, verdad, belleza, amor, etc, para culminar en el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser); los patrones de legitimación en cuanto a la justicia respecto del Mercosur, sea en la perspectivas de sus países separados o en conjunto, etc.

En esta dimensión, la empresa pertenece al Mercosur como derecho, por su aporte para la realización de la justicia en la región, y como responsabilidad, por lo que se beneficie o sea necesaria en la región.

**6. A título de ejemplo: no es la misma la pertenencia al Mercosur de una empresa que**

beneficia a sectores extraños a él y responde a criterios no provenientes de la región y la de otra que en ambos aspectos se refiere a la región. ¿Son igualmente “mercosureñas” las empresas que producen artículos de consumo impuestos por la cultura de la sociedad global que las que sirven a la más plena personalización de los hombres de la región?

# FILOSOFIA DE LA HISTORIA DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

La historia de las fuentes del Derecho Internacional Privado (1) evidencia una clara correspondencia con la historia de la materia y, con particular relación directa, con la historia de la dimensión sociológica de la misma. Es notorio que en nuestro tiempo, de la llamada “postmodernidad” (2), el Derecho Internacional Privado se encuentra en una situación tensa entre la **nacionalidad** y la **internacionalidad tradicional**, por una parte, y la **internacionalidad** en vías de convertirse en **universalidad** y quizás en **globalidad**.

En este contexto puede comprenderse el refuerzo de la internacionalidad, con tendencia a la globalidad, que evidencian las fuentes del Derecho Internacional Privado de nuestra época.

En cuanto a las **fuentes formales de origen interno**, vale tener en cuenta que a un proceso de escaso interés por lo jusprivatista internacional, evidenciado en la **dispersión** de las disposiciones de nuestra materia en fuentes referidas a otras áreas (desde el Codex Maximilianaeus Bavanicus de 1756, el Derecho Territorial General Prusiano de 1794, el Código Napoleón de 1804, etc., incluyendo nuestro Código Civil de 1869), le ha sucedido un creciente interés de los países por definir su **perfil internacional** mediante sistematizaciones formales, que incluso contrastan con el sentido de la “descodificación” característica del Derecho interno (v.gr. desde la ley polaca de 1926 y la ley de Tailandia de 1939, pasando por la ley checa de 1948, etc., hasta el brillante ciclo que se abre con la Ley Federal Suiza sobre el Derecho Internacional Privado de 1987 -3- y llega a la reciente Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995 -4-, ciclo que incluye reformas en la Ley de Introducción al Código Civil alemán -5-, en el Código Civil de Quebec -6- y en el Código Civil de Luisiana -7-). El Código Civil de Luisiana significa incluso una crisis de la técnica de uso de puntos de conexión determinados, remitiéndose a la ley del Estado cuyos objetivos de

(\*) Nota de una clase de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(\*\*) Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) Pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 8a. ed., Bs. As., Depalma, 1992, págs. 76 y ss e “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 215 y ss.

(2) Puede v. nuestro artículo “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1994-I, págs. 878 y ss; también puede v. “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss

(3) Puede v. por ej. “Revue critique de droit international privé”, t. 77, págs. 409 y ss.

(4) Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale, n. 128 del 3 giugno 1995 - Serie generale.

(5) “Revue ...” cit., t. 76, págs. 171 y ss.

(6) id., t. 81, págs. 574 y ss.

(7) “Revue ...” cit., t. 81, págs. 394 y ss

política legislativa se encontrarían más gravemente entorpecidos si esta ley no fuese aplicada a la cuestión, crisis que parece ya superada por la Ley italiana.

En cuanto a las fuentes formales de origen **convencional**, la actual preocupación por lo internacional se manifiesta en la tendencia que pasa desde la elaboración de tratados por ramas parciales, con el criterio que adoptó el Congreso Sudamericano de Montevideo de 1888-89 (Derecho Civil Internacional, Derecho Comercial Internacional, etc.) o incluso con la amplia proyección del Código Bustamante, tratados cuya ratificación tiene en principio menos posibilidades de ser extensa, a la elaboración de convenios más específicos, con miras a obtener mayor marco de ratificaciones.

Es evidente cierto predominio actual de la referencia a áreas específicas muy vinculadas a lo económico, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, o a cuestiones procesales, según corresponde a las necesidades del capitalismo. Importa comparar los alcances efectivos principalmente rioplatenses de los Tratados de Montevideo y las proyecciones regionales más amplias, como las de las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado de la OEA (CIDIP), o también mundiales, como en el caso de la obra de la ONU, que son en alguna medida características de estos días. Vale señalar, además, el avance que en ciertos países tiene la jerarquía de los tratados internacionales, de modo que, por ejemplo en nuestro país, se ha consagrado su predominio sobre las leyes.

Otra de las manifestaciones de la internacionalización de las fuentes formales es el avance del papel de los **contratos**, que se consideran como fuentes jurídicas “paraestatales”, más allá de las fronteras.

En cuanto a las **fuentes de conocimiento**, el sentido práctico de la postmodernidad se manifiesta en el paso de los grandes **tratados**, como el “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado” de Werner Goldschmidt, de mediados de siglo (8), a obras que procuran resolver más directamente los problemas prácticos profesionales, como las de Antonio Boggiano (9), Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo (10), etc.

(8) Puede v. 2a ed., Bs. As.; EJEA, 1952/54.

(9) C. por ej. BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1983/88

(10) FERNANDEZ ROZAS, José Carlos - SANCHEZ LORENZO, Sixto, “Curso de Derecho Internacional Privado”, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1993. También v. por ej. GONZALEZ CAMPOS, Julio D. - FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, y otros, “Derecho Internacional Privado Parte Especial, 6a ed., Madrid, Eurolex, 1995

# LAS FRONTERAS DE LA RECOMPOSICION JURIDICA

## (Sobre la destreza jurídica y sus límites) (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. El reconocimiento de la riqueza del **complejo de valores**, de las diversas **clases** o vías para el descubrimiento de la justicia (consensual y extraconsensual, con o sin “acepción” - consideración- de personas, simétrica o asimétrica, etc.) y de la “**pantomomía**” de este valor (según la cual para realizarlo de manera plena hay que tener en cuenta influencias de todo el pasado, el presente y el porvenir, de los antecedentes y las consecuencias y de todo el complejo personal, temporal y real) (1) permite al jurista, o sea a quien a sabiendas reparte con justicia, comprender mejor que existen infinitas posibilidades de plantear los **casos** y sus **soluciones**, en base a las cuales se constituyen las sendas de la **táctica** y la **estrategia** jurídicas (2).

Contando con el conocimiento de tal diversidad de valores y de tales clases e influencias de justicia es más viable el desarrollo de la **destreza** que debe tener todo verdadero jurista para **componer** y **recomponer** los planteos y las respuestas.

El jurista ha de saber reemplazar las realizaciones de unos valores por otros, las referencias a unas clases de justicia por otras y la atención de unas influencias de justicia por otras (v. gr., en este caso, cambiando atención al pasado por atención al porvenir). Para hacerlo ha de recurrir, cuando sea necesario, al método de las variaciones, consistente en que se varía mentalmente el caso mediante modificaciones irreales, a fin de averiguar cuáles circunstancias son dikelógicamente importantes y en qué se cifra dicha importancia (3).

En esa destreza del jurista se basan, en gran medida, las posibilidades de desarrollar debidamente el proceso y la negociación, las ricas perspectivas de la transacción, la mediación, etc. y, en definitiva, el mejor aprovechamiento de las **oportunidades** para realizar la justicia. La importancia de la destreza es tan grande que hay quienes consideran que su realización es la política. Sin embargo, la destreza jurídica es un valor importante, pero un **valor relativo**.

2. La destreza no es un valor absoluto, de modo que ha de ser **para la justicia** y, en definitiva,

(\*) Meditación para una reunión de la Cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) Pan=todo, nomos=ley que gobierna.

(2) En general es toda la **teoría trialista del mundo Jurídico**, no sólo en su versión originaria sino en los contenidos que la han ido enriqueciendo a través del tiempo, la que permite comprender mejor los casos y las soluciones. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico y la teoría de la justicia en especial pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”. Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

(3) GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 396/397.

**para la humanidad**, que es el valor supremo para nuestra especie, donde se exige el deber ser cabal de nuestro ser.

Los valores no pueden sustituirse en todos los casos, las clases de justicia no pueden emplearse caprichosamente y la justicia no puede fraccionarse con legitimidad sino cuando no se puede saber o hacer más. La composición y la recomposición no han de ser tomadas como fines en sí, ni sólo como medios para valores inferiores, como el poder, la cooperación, el orden, etc., que si bien suelen brindar contribuciones imprescindibles para satisfacer la justicia y la humanidad no deben subvertirse contra éstas.

Si bien es frecuente que desde la justicia y la humanidad invertidas se desconozca la importancia de la destreza componedora y recomponedora de casos y soluciones, también lo son las posiciones que subvierten la destreza y a través de ella el poder, la cooperación, el orden, etc. en contra de la justicia y la humanidad.

El poder y la cooperación no son por sí corruptos, pero en cuanto no tienen límites corresponden a condiciones especialmente favorables a la **corrupción**. Lo que se dice tradicionalmente en este sentido del poder, también vale para la cooperación. Al fin en ambos casos los valores superiores son mediatisados ilegítimamente.

El abuso en la composición y la recomposición axiológica produce **confusión** en la que todo pierde sus sentidos, debilita la posibilidad de decisión, desborda la **utilidad**, rompe las lealtades legítimas, convierte todo en **mercancía** y es **antihumanista** (puede decirse totalitario), pues hace del hombre un medio y no un fin. Es más: incluso en una especie de dialéctica la propia destreza para nada pierde su empuje. El abuso de la “destreza” destruye primero las instituciones, pero al fin destruye a la misma negociación.

El jurista ha de saber que su obrar y su destreza tienen **límites necesarios**, que surgen de la naturaleza de las cosas, y entre ellos hay **límites axiológicos**, de modo que no puede convertir lo valioso en “desvalioso” o a la inversa. Chocar contra esos límites suele generar consecuencias contraproducentes.

3. En todo momento y lugar, con más o menos conciencia, se ha practicado la destreza jurídica, con alcances legítimos e ilegítimos, mas **nuestro tiempo**, dominado por sofistas que abusan de la destreza, requiere con gran intensidad de un Sócrates y de una síntesis que recorra y supere los caminos de Platón y Aristóteles para que la destreza se cultive legítimamente.

La conversión de la democracia en fin y no en medio del humanismo; la hipócrita desjerarquización absoluta del conflicto, a menudo esgrimida por quienes pretenden destruir el mismo sistema minando sus raíces, y la confusión axiológica de la llamada “postmodernidad”, que muestra una pluralidad de superficie y un totalitarismo profundo de sentido utilitario (4), figuran entre las causas que conducen a que, como todo se compra y se vende, se desintegren todas las lealtades legítimas y el sistema jurídico y cultural gire en el vacío.

La radicalización extraconsensualista del uso extremo de la oposición “amigo-enemigo”, que como tal es ilegítima, pero marca una perspectiva real cuya comprensión es valiosa, es sustituida por la radicalización consensualista, que como tal también es ilegítima. Hombres de

(4) Es posible v. nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 19, págs. 9 y ss.

vocación científica, artística, religiosa, educativa, etc. son cotidianamente vendidos y comprados por quienes abusan del juego de la destreza. Se llega así a hacer en cierto sentido realidad la denuncia marxista de la conversión de todo, incluso del propio sujeto que negocia, en mercancía. El valor de la mercancía es en gran medida en relación a la fuerza del sujeto: ante un sujeto disuelto y hecho mercancía, la propia mercancía pierde su valor. Con sorprendente frecuencia el abuso actual de la negociación genera no sólo corrupción, porque los valores son mediatisados ilegítimamente, sino confusión, porque todo pierde sus sentidos.

Se trata de desvíos propios de los sentidos no sólo de **civilización** sino de **decadencia** de la postmodernidad, en que se habla incluso del fin de la historia. Es posible afirmar que todo cambia mas en profundidad nada cambia, y en especial quizás nada mejora. Sin embargo, estos caracteres pueden conducir también a la explosión de la **violencia**, a menudo irracional, que asume asimismo rasgos preocupantes.

4. Dichas realidades de abuso de la destreza en la composición y la recomposición son muy notorias en países como la **Argentina** de nuestros días. Es cierto que los argentinos debemos agradecer a ciertos dirigentes políticos con destreza parte de la salida de un autoritarismo de rasgos frecuentemente criminales, pero el abuso en la recomposición de los casos y las soluciones, transando todo y rompiendo las lealtades más legítimas, ha hecho que además de contar con altos índices de corrupción vivamos al fin un importante grado de confusión que está asfixiando todos los valores. En países como el nuestro, con sistemas económicos y culturales híbridos -en mucho todavía feudales y en parte con proyección capitalista (principalmente "consumista")- se generan recomposiciones en que todos los valores se venden y se debilitan, incluyendo el propio poder.

5. Comprender estas ideas puede ayudar a ver si consciente o inconscientemente se está haciendo realidad que de cierto modo el sistema genera su propia destrucción. En su caso, advertirlo puede contribuir a evitarlo.

# LAS FUENTES FORMALES DE LAS NORMAS EN LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO COMO SISTEMA JURIDICO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. La vieja denominación “Teoría General del Derecho” resulta a nuestro parecer idónea para señalar la comprensión del Derecho como **sistema**, superando las disciplinas referidas a las ramas específicas (1). Además del orden de repartos, del ordenamiento normativo y del régimen de justicia, que se reflejan en visiones sistemáticas en las tres dimensiones del mundo jurídico, es posible reconocer así muchas otras perspectivas **sistemáticas**, superadoras de los compartimientos estancos en que tradicionalmente se vienen estudiando las ramas jurídicas. Incluso es posible advertir de este modo la necesidad de abordar otras **ramas jurídicas nuevas**, complementando los planteos tradicionales, como el Derecho de la Salud, el Derecho de la Ciencia, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ancianidad, etc. No se trata de volver a una complejidad impura que ignore las diferencias de las distintas áreas, sino de superar los compartimientos estancos de las simplicidades puras desde una perspectiva de **complejidad pura**.

En esta comunicación nos ocuparemos del sistema de las **fuentes formales** del Derecho, a menudo desconocido por la visión frecuente que las considera por separado (2). A la luz de esta perspectiva, el complejo de las fuentes formales del Derecho se manifiesta como un todo más o menos ordenado, que refleja, con mayor o menor acierto, la realidad y los valores de un orden jurídico. Cada **sistema de fuentes** es en relación con un sistema jurídico y un sistema cultural.

2. Desde el punto de vista de la teoría trialista del mundo jurídico, éste se constituye con un orden de repartos, captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (3).

(\*) Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor a las Décimas Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social.

(\*\*) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Pueden v. por ej. nuestros artículos “Dos perspectivas de Teoría General del Derecho”, en el “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 13, págs. 17 y ss., “Una nota de Teoría General del Derecho: comparación entre el Derecho Civil y el Derecho Penal por la noción de delito”, en “Boletín ...” cit., Nº 16, págs. 53 y ss., “Los derechos y deberes como perspectivas de la Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, Nº 17, págs. 77 y ss.; “La nueva “Teoría General del Derecho” y las tendencias del porvenir”, en “Investigación ...” cit., Nº 20, págs. 45 y ss., “Dos notas de Teoría General del Derecho (Sobre valores naturales y fabricados y significado “vicario” del Derecho Internacional Privado)”, en “Boletín ...” cit., Nº 1, págs. 35 y ss. y el artículo que redactamos en colaboración con los doctores Ariel Ariza, Mario E. Chaumet, Carlos A. Hernández, Alejandro Aldo Menicocci, Alfredo M. Soto y Jorge Stähli “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, publicado en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss. y la bibliografía allí citada.

(2) Puede v. nuestro artículo “Las fuentes de las normas” en “Revista de la Facultad de Derecho” de la Universidad Nacional de Rosario, Nº 4/6, págs. 232 y ss. y en “Zeus”, t. 32, págs. 103 y ss.

(3) Es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.

Las normas son captaciones lógicas neutrales de repartos proyectados y las fuentes formales son autobiografías de los repartos que preparan los mismos repartidores con miras a la elaboración de las normas (v. gr. en constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, resoluciones administrativas, contratos, testamentos, etc.) (\*\*\*) . Las formalizaciones son, a su vez, repartos de potencia e impotencia, o sea de lo que favorece o perjudica al ser y la vida.

Como todo reparto, la formalización ha de estudiarse atendiendo a quiénes reparten, quiénes reciben, qué potencias e impotencias se reparten, por qué camino se reparte y cuáles son las razones, como móviles, razones alegadas y razones sociales; hay que considerar si se ejerce autoridad o autonomía y atender a si existe un orden surgido de la planificación gubernamental en marcha o de la ejemplaridad.

En nuestro caso, de las formalizaciones, hay que ocuparse específicamente de quiénes formalizan, quiénes se benefician o perjudican con las formalizaciones, qué beneficios y perjuicios se reparten al formalizar, en qué forma se deciden las formalizaciones y cuáles son los móviles, las razones alegadas y las razones sociales de los formalizadores; hay que saber si las formalizaciones se producen de manera autoritaria o autónoma y si se resuelven de manera ordenada por un plan de gobierno en marcha o por ejemplaridad.

3. Sin embargo, al pasar revista en particular a las distintas fuentes formales se advierte que éstas van constituyendo un **conjunto**, casi siempre sistemático, que guarda relaciones de influencias recíprocas con la realidad social y se vincula también estrechamente con los valores. A la actual consideración de las fuentes formales como compartimientos estancos, en simplicidad pura, ha de sucederle su estudio superador en **complejidad pura**. Las fuentes formales preparan la elaboración de las normas, pero surgen también en relación con requerimientos sociológicos y dikelógicos. La necesidad de la formalización depende en mucho de las **otras dimensiones jurídicas**.

En general, la formalización suele ser una manera de **estabilizar** o incluso de **falsificar** la realidad social. A veces se pretende que a través de ella se aseguren soluciones socialmente débiles o se oculten realidades que interesa encubrir. Para apreciar el grado de estabilización de la realidad que se procura, hay que tener en cuenta que según la mayor o menor facilidad con la que se las elabora o incluso atendiendo a la imposibilidad de su reelaboración, las formalizaciones pueden ser **flexibles**, **rígidas** o incluso **pétreas**. Para comprender el grado de falsificación que puede producirse, hay que tomar en cuenta, por ejemplo, que las formalizaciones pueden ser “**pangenéticas**”, cuando las redactan todos los interesados, e “**infragenéticas**”, si sólo lo hacen algunos.

Quien conoce el complejo de las fuentes formales de un país tiene una perspectiva válida para comprender mejor la vida jurídica de ese país y eso es lo que haremos, en concreto, respecto de la Argentina.

4. La **constitución formal** es la expresión de un plan de gobierno, de modo que es el modo vertical de formación del orden de repartos; expresa los niveles supremos de la legalidad interna y de la legitimidad de los repartos. Su necesidad se hizo por primera vez especialmente intensa

(\*\*\*) En cierta correlación con la comunicación expuesta en las Jornadas por el profesor Abel Arístegui cabe señalar que las normas son captaciones de repartos “pro-yectados” en tanto las fuentes formales, por lo menos en cuanto son escritas, constituyen “pro-gramas”.

en los Estados Unidos de América en 1787 cuando, ya debilitado el marco constitutivo jusnaturalista que, v. gr. en la Edad Media, concebía las soluciones positivas de la ley humana como vías de ejecución de la ley natural, el nuevo país dejó de contar con la referencia social de tipo histórico que aún hoy constituye la base de la vida jurídica inglesa. Dicho en términos de las **dimensiones jurídicas**: la constitución formal norteamericana se hizo particularmente necesaria como manera normológica de colmar una “vacancia” en las dimensiones dikelógica y sociológica.

De manera creciente, la legitimidad constitucional se ha ido remitiendo a criterios **democráticos** y pretende jerarquizarse por la importancia de los **objetos** abordados. Incluso suele contener consolidaciones de la realidad que fraccionan las referencias al porvenir, generando así **seguridad jurídica**. De aquí que se procure que las formalizaciones constitucionales sean en la mayor medida posible pangenéticas y de algún modo rígidas.

Esos criterios de legitimación, de fraccionamiento y de elaboración se muestran en disposiciones como la del artículo 30 de nuestra Constitución Nacional (CN), que exigen un doble juego democrático muy intenso con la declaración de la necesidad de la reforma por el Congreso con el voto de las dos terceras partes al menos de sus miembros y la convocatoria de una convención especial al efecto (4) y consagra la discontinuidad del funcionamiento del poder constituyente.

La suprema necesidad de legitimación, con referencia al pasado, al presente y el porvenir, ha llevado a nuestros constituyentes a dotar a su obra de un **Preámbulo** que sirve como engarce supremo de vocación de justicia.

5. En la ley se advierten una menor importancia en los objetos y una mayor necesidad de dinámica de las soluciones. En nuestro caso, hay una amplia exigencia de legitimación **democrática** acentuada, por ejemplo, por los requerimientos de algunas mayorías especiales (v. art. 99 inc. 3 in fine de la CN). Existe una posibilidad más **futuriza** que en la Constitución, por la permanencia del Poder Legislativo, acentuada por ejemplo, al establecer la mayor duración de las sesiones parlamentarias, que han pasado a un período que va desde el primero de marzo hasta el treinta de noviembre (art. 63 de la CN) y al admitir trámites legislativos simplificados (c. la delegación de la aprobación de proyectos en particular en las comisiones, art. 79 de la C. N.). Tales características conducen a que las leyes sean fuentes pangenéticas y de rigidez decreciente.

La necesidad de la participación de ambas cámaras de nuestro Congreso es un complejo reflejo del sentido democrático igualitario y del sentido liberal federalista que anima a nuestro régimen.

La individualización de las leyes argentinas, con una **numeración corrida** que arranca en 1862, con la incorporación definitiva de Buenos Aires a la Confederación dejando de lado las llamadas leyes del Congreso de Paraná, es una muestra no sólo de la complejidad innombrable y la permanencia de los asuntos a tratar y del menor número de fuentes legales en relación a los decretos, sino del país centralizado que allí se consagró (5).

(4) La doble referencia a la voluntad popular significa una referencia que podría denominarse de alguna manera “superdemocrática” o “suprademocrática”.

(5) No deja de tener significación que, tratando de destacar la ausencia de participación popular, las “leyes” de los períodos de gobiernos militares suelen ser designadas con la indicación prácticamente innecesaria del año en que fueron dictadas, como es requisito de los decretos, sin embargo tal vez tampoco sea irrelevante que esas leyes al fin permanecen en el curso de la individualización de las leyes.

6. En los **decretos** del Poder Ejecutivo la legitimación democrática es menos plural, requiriéndose en consecuencia más a menudo aportes legitimantes de **aristocracia** por superioridad **técnica**; los objetos son menos importantes y más **cotidianos y cambiantes**. El Poder que los emite tiene presencia permanente y puede desfraccionar el **futuro** con carácter más constante, de modo que su marco no es reducto de seguridad comparable a la Constitución ni a las leyes. Estos caracteres hacen que los decretos sean fuentes formales relativamente infragenéticas y flexibles.

La menor legitimidad democrática y la mayor exigencia de aristocracia de los repartidores de los decretos y la mayor proximidad con los casos concretos suelen hacer también que se les exija la formulación de **considerandos**.

El carácter menos importante, más cotidiano y cambiante de los decretos conduce a que sean reconocidos por una **numeración** que es **anual** y se reinicia al cambiar el Presidente. El avance de las necesidades prácticas, incluso en detrimento de la racionalidad, suele ser el fundamento de los llamados decretos de **necesidad y urgencia** y de las **promulgaciones parciales** que, surgidos de la imposición de los hechos, han alcanzado en nuestro país consagración constitucional (art. 99 inc. 3 y art. 80 de la CN) (6).

Los caracteres señalados para los decretos suelen acentuarse en las resoluciones administrativas.

7. En las **sentencias** se plantean casos concretos, pero en países como el nuestro sus repartidores no tienen ya los fuertes caracteres de legitimación democrática que poseen los constituyentes, los legisladores e incluso el Presidente de la República y se pretende, en cambio, una importante legitimación **aristocrática** de superioridad moral, científica y técnica en cuanto a los valores jurídicos (7). Existe, además, un vasto y fuerte marco de formalización pre establecida a respetar. Las sentencias provienen de "terceros" ajenos a las partes y son, en consecuencia, infragenéticas (o quizás "paragenéticas"). Estas características hacen que se les exija un complejo proceso de elaboración, es decir un alto grado de rigidez, y una legitimación demostrada a través de **vistos y considerandos**.

El carácter individual y la complejidad de las materias de las sentencias conduce a que se las individualice numéricamente en los protocolos, pero en el lenguaje general por **tribunales, nombres de las partes y causas**.

El desplazamiento de los ámbitos de las sentencias por los **laudos arbitrales** que se produce en ciertos casos, sobre todo en nuestro tiempo, es una manifestación de la crisis de la aristocracia judicial que caracteriza al período actual de la llamada "postmodernidad".

8. Los **tratados internacionales** suelen representar una legitimación **autónoma** por la libre decisión de las partes, pero la trascendencia de las cuestiones a abordar y la dificultad para cambiarlos sin consenso de aquéllas, que de alguna manera fracciona el futuro produciendo seguridad, requiere un complejo procedimiento que incluye la firma, la aprobación según lo indique el Derecho Constitucional de cada país, la ratificación y el canje o depósito de los instrumentos de ratificación. Los tratados son fuentes relativamente infragenéticas y rígidas. Esa

(6) En nuestro país las tensiones en cuanto a la legitimidad de los gobiernos han hecho que surgieran híbridos de baja legitimación subjetiva y pretendida legitimación objetiva que son los decretos leyes.

(7) Quien comprenda la diferente legitimación aristocrática del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, por ejemplo, en un caso más utilitaria y en el otro más referida a la justicia, advertirá mejor la gravedad que puede tener que éste quede sometido a aqué-

complejidad muestra la línea de tensión tradicional entre el mundo internacional y el mundo interno.

La excepcionalidad de las materias abordadas por tratados en la comunidad internacional tradicional hizo que bastara su aprobación parlamentaria “a libro cerrado”, sin que en ella se pudieran modificar los alcances de lo acordado, pero el carácter más cotidiano de los temas de los tratados en la comunidad actual hace relativamente cuestionable que los pueblos no puedan participar de manera directa a través de sus parlamentos en su elaboración. Vale tener en cuenta, por ejemplo, que para dictar en el Código de Comercio una reglamentación de la compraventa se requiere el más participativo trámite de formación de las leyes, pero para aprobar la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ha bastado con una aprobación parlamentaria de conjunto. La posibilidad de aprobar y ratificar con reservas no alcanza para corregir esa nueva situación. Un reconocimiento relativo de dicha carencia de proyección democrática es ahora, en nuestro medio, la exigencia de mayorías especiales para aprobar tratados con jerarquía constitucional o de integración (art. 75, incisos 22 y 24).

El carácter relativamente excepcional de los tratados ha hecho que de manera tradicional se los designe con los nombres de su **objeto** y de las **partes** que intervienen en ellos.

Las relaciones a veces tensas entre los órganos de los procesos de integración y los Estados han conducido a que en ellos se desarrollen nuevas fuentes formales, cuya expresión más llamativa pueden ser las **directivas** de la Unión Europea.

9. Los **contratos** son formalizaciones de repartos autónomos que, en la medida que sólo interesen a partes plenamente capaces y libres, pueden hacerse legítimamente con escasas formalidades. Son básicamente pangenéticos y flexibles. Sin embargo, las dificultades en la voluntad de las partes y la proyección de intereses a terceros suelen exigir el paso de los contratos tácitos a los expresos y de los instrumentos privados a los instrumentos públicos (8). Aunque las escrituras públicas sean individualizadas también por números, es significativo que dado su carácter de referencia concreta se utilicen nombres de **partes** y **causas**.

Tradicionalmente, en la medida que se ha pensado que la obligatoriedad de los contratos surgía de la libre voluntad de las partes y sin control de los objetos, se los ha redactado sin fundamentación. Sin embargo, las tendencias actuales que procuran controlar esa voluntad suelen motivar que se los preceda con una fundamentación. Vale tener en cuenta que la crisis de la autonomía de las partes ha llevado en ciertas circunstancias, como ha sucedido en nuestro país, a la elaboración de contratos “marcos”, por ejemplo, con carácter colectivo en el ámbito laboral.

10. Los **testamentos** se legitiman en principio por la voluntad de los testadores, que pueden cambiarla con libertad y tienen siempre carácter futurizo. De aquí que para garantizar dicha libertad se admitan, v. gr., la facilidad de los testamentos ológrafos y las exigencias de los testamentos públicos y cerrados. De aquí también que en materia de testamentos se ponga a menudo especial cuidado en favorecer su validez formal. La libertad del testador, hace que salvo circunstancias excepcionales, como las de la desheredación, resulte innecesario exigirle algún tipo de

(8) Cabe tener en cuenta, sin embargo, la infragenesia de las cláusulas predispostas “partialmente”.

fundamentación. Los testamentos son fuentes formales relativamente infragenéticas, si se considera a todos los interesados, aunque son pangénéticas desde el punto de vista del repartidor

Pese a la numeración que pueda tener el instrumento, dado su carácter individual el testamento es normalmente individualizado por el nombre del testador y la fecha.

11. Las fuentes formales vinculadas al ordenamiento normativo en su conjunto son las **recopilaciones** y los **códigos**. La edad de la codificación que tuvo su momento más importante en el siglo pasado fue expresión de la culminación “moderna” de la cultura burguesa en la llamada “contemporaneidad”. Aunque en nuestros días hay rasgos recodificadores, la “descodificación” de la época actual es una de las muestras más características de la llamada “postmodernidad”. Es significativo que en el tiempo de la descodificación de los Derechos internos la comunidad internacional protagonice importantes procesos de codificación del Derecho Internacional Privado.

Nuestro país también vivió el tiempo de la codificación y hoy ocurre también aquí la descodificación. Los proyectos de recodificación absorbente de la codificación comercial en el nuevo Código Civil son, no obstante estos nombres, expresiones del imperio de la economía, al punto que el que quedaría absorbido es el Derecho Civil.

12. La consideración de las fuentes formales y de su desarrollo permite reconocer los distintos sentidos en que el régimen se apoya en la democracia o en la autonomía, se abre al pasado, al presente o al porvenir, se consolida de maneras pétreas o rígida o se hace más dinámico en la flexibilidad, se expresa de manera pangénética o infragenética, etc.

Se hace notorio que en la vertiente de los repartos **autoritarios gubernamentales** en sentido amplio se pasa de cierto modo, en cuanto se desciende en la pirámide, de la democracia de la constitución y las leyes (9) a la aristocracia que sobre todo se requiere en las sentencias; del sentido de permanencia de la constitución, a las proyecciones crecientemente futurizas de las leyes y los decretos y a la mayor referencia al pasado de las sentencias; de la rigidez constitucional a la elasticidad de las resoluciones administrativas aunque, a nivel de sentencias, otra vez se encuentra la vía de formulación rígida; de la pangenesia de la constitución a la infragenesia última de la sentencia, etc.

No es por azar que la elaboración constitucional y las leyes en el extremo superior y las sentencias en el último nivel inferior se alcanzan por trámites especialmente complejos, en tanto los decretos y las resoluciones administrativas pueden dictarse con más facilidad. No es por casualidad que el gobierno al fin acabe en la infragenesia de la sentencia (10).

En la vertiente de los repartos **autónomos** la libertad de las partes suele coincidir con los requerimientos formales limitados, que sólo se complican cuando es necesario proteger a una parte, como en el caso de los convenios colectivos de trabajo, o a las partes y los terceros en los requerimientos de instrumentos públicos. El reino de la autonomía pretende ser lo más posible el de la pangenesia, aunque haya momentos críticos como la infragenesia relativa de los testamentos.

A la luz de las consideraciones que anteceden puede determinarse que hay casos en que las formalizaciones son **adecuadas** a las necesidades sociológicas y dikelógicas. En otros casos hay

(9) O incluso “superdemocracia” constitucional.

(10) En cierto sentido, el discurso referido a la justicia, desplegado en la constitución, acaba en la ejecución de la sentencia, que es un acto de poder.

“**hiperformalización**”, como ocurre cuando se pretende constitucionalizar cuestiones de significado cotidiano, con el fin de que la forma dé estabilidad a la realidad social respectiva y como sucedía, v. gr., en el trámite de elaboración de las leyes anterior a la reforma constitucional argentina de 1994. A su vez, en otros casos se produce una “**hipoformalización**”, según sucede en la actualidad, desde el punto de vista de la propia normatividad constitucional, en tanto no se ha dictado la ley necesaria para regular los alcances de la intervención del Congreso en los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 de la C. N.)

# LA “HIPOCRESIA” DE TURNO EN LA FILOSOFIA DE NUESTRO TIEMPO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

El hombre ha evidenciado a través de su historia un temor a menudo decisivo para referirse a sí mismo de manera directa. Por eso con frecuencia lo ha hecho remitiéndose a otros objetos. A veces se ha referido a sí mismo a través de la consideración de la divinidad y hoy lo hace ocultándose en la lógica y en el derecho al discurso (1). Este ocultamiento del objeto constituye una falsedad que, de cierto modo, puede incluirse en el marco de la “**hipocresía**”, como ocultamiento de los verdaderos criterios con que se piensa, de alguna manera, como si se desempeñara un papel teatral (2).

Es así que en nuestros días las investigaciones de justicia van repitiendo caminos anteriores, pero no con referencia a aquéllo de lo que realmente se habla, que es la naturaleza del ser humano y sus derechos, sino a lo que es “lógico” que éste posea o a lo que tiene derecho en el marco del discurso, omitiendo decir que es lógico o tiene derecho porque posee cierta naturaleza, como ocurre respectivamente en los estilos de pensamiento “rawlsiano” y “apeliano”. Es de este modo que, con

(\*) Nota para una reunión de la Cátedra III de Filosofía del Derecho de la U. N. R.

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

(1) Acerca de la actual época de la postmodernidad puede 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”, Nº 19, págs. 9 y ss. También c. v. gr. SIMPSON, Lorenzo C., “Technology, time, and the conversations of modernity”, Nueva York - Londres. Routledge, 1995; BEST, Steven - KELLNER, Douglas, “Postmodern theory: critical interrogations”, Nueva York, Guilford, 1991.

No negamos la posibilidad de que a su vez Dios hable su propio lenguaje y haga su propia obra a través del lenguaje y de la obra del hombre, pero nos parece verdadera la repetida afirmación de que cada religión corresponde a un estilo de cultura, a un estilo de aspiraciones del hombre. La cultura Occidental, por ejemplo, tiene su Dios omnisciente y omnipotente en relación con las aspiraciones respectivas del hombre de Occidente.

(2) Puede c. por ej. COROMINAS, Joan (con la colaboración de PASCUAL, José A.), “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. II, 1980, págs. 245/6 (“crisis”).

sorprendente ingenuidad, se repiten, sin mayor nivel e incluso con notorias carencias, descubrimientos dikelógicos (o sea de ciencia de la justicia) que ya hace tiempo están formulados (3).

En una época de enormes desafíos tecnológicos y económicos como la actual, resulta importante que sin caer en apriorismos se hable frontalmente del hombre, que a nuestro parecer es el más valioso objeto de conocimiento al que podemos referirnos (4).

- (3) Puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "La ciencia de la Justicia (Dikelogía)", Madrid, Aguilar, 1958 (2a. ed. Bs. As., Depalma, 1986); también cabe tener en cuenta v. gr. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84.
- (4) En cuanto a los requerimientos morales respecto de la tecnología en su más desafiante manifestación, que se constituye en la ingeniería genética, pueden v. por ej. nuestros artículos "Panorama de los fundamentos de la Bioética", en "Boletín ..." cit., Nº 18, págs. 33 y ss.; "La abogacía, la medicina y la genética humana", en "Boletín ..." cit., Nº 11, págs. 15/16; "La genética humana y los elementos dionisíacos y apolíneos de la cultura", en "Boletín ..." cit., Nº 11, págs. 17 y ss. y "Dikelogía básica e ingeniería genética", en "Boletín ..." cit., Nº 12, págs. 49 y ss., también, v. gr., GRODIN, Michael A. (ed.), "Meta Medical Ethics: The Philosophical Foundations of Bioethics", Dordrecht - Boston - Londres, Kluwer, 1995. En relación con los requerimientos morales acerca de la economía puede c. por ej. MINUS, Paul M. (ed.), "The Ethics of business in a global economy", Boston - Dordrecht - Londres, Kluwer, 1993.

# LA PANTONOMIA DE LA VERDAD Y LOS GENEROS LITERARIOS DE LA CIENCIA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. La verdad es una categoría “pantónoma” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), referida a la totalidad de sus realizaciones. Exige, por ejemplo, la consideración de todo el pasado, el presente y el porvenir, todo el complejo de la realidad, todo el complejo personal de la humanidad que puede satisfacerla e incluso todas las consecuencias. Sin embargo, sólo podemos realizarla mediante **fraccionamientos** productores de certeza (1).

Las formalizaciones en que se expresan literariamente los trabajos científicos pueden ser mejor comprendidas cuando se las ubica en relación con los sentidos de la pantonomía de la verdad. Tienen a formar, de manera espontánea, un “sistema” que suele responder no sólo a los despliegues de la verdad sino al contenido y al tipo de desarrollo de la ciencia de que se trate, en nuestro caso de la ciencia jurídica, y al estilo de la cultura de cada momento y lugar.

2. Como su nombre lo indica, el **artículo** es una parte generalmente breve, dotada de unidad, que se “articula” en un periódico o en una “re-vista”, en los que se va expresando la permanente renovación de la ciencia (2). El artículo difiere del capítulo de un libro porque él mismo es una unidad. Su protagonismo es mayor en la medida que los avances científicos son más acelerados. Por esto los investigadores suelen manifestarse predominantemente a través de ellos. En la superficialmente fraccionada “postmodernidad” que nos toca vivir (3), los artículos son una de las maneras predominantes de la expresión científica.

A veces las “revistas” reciben denominación específica por su periodicidad fija y, por ejemplo, cuando a la anualidad en la aparición se agrega una relativa aproximación a la idea de libro, son “anuarios”. Las “re-vistas” plantean siempre el **desfraccionamiento del futuro**; en cambio, cuando preparan la “memoria del porvenir” y tienen incluso cierta significación de

(\*) Nota del desarrollo de un tema en el curso sobre Metodología de la investigación dictado por el autor en la Maestría en Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

(\*\*) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Pueden v. por ej. nuestros trabajos “La justice et la vérité dans le monde juridique” (versión francesa en colaboración), en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, LXIX, fasc. 4, págs. 446 y ss.; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 76 y ss.; “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en “Revista de la Facultad de Derecho” de la Universidad Nacional de Rosario, Nos. 2/3, págs. 89 y ss. y Palabras de presentación “Simposio “La ciencia jurídica en Argentina””, en “Revista de la Facultad ...” cit., Nº 2/3, págs. 69 y ss.

(2) Puede v. COROMINAS, Joan (con la colaboración de José A. Pascual), “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. I, 1980, págs. 365/66 (“artículo”).

(3) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía social”, Nº 19, págs. 9 y ss.

planificación científica relativamente “gubernamental”, suelen denominarse “archivos” (4). La especialidad de los temas, unida a algunas perspectivas de agilidad y especialidad en la materia, hace que las revistas a veces sean llamadas “boletines”. Vale tener en cuenta, sin embargo, que en ciertos casos nombres ya prestigiados continúan cubriendo realidades que han evolucionado hacia otras formas como, por ejemplo, el nombre de “boletín” puede servir para denominar a una revista.

3. Según lo indica su nombre, la **comunicación** a reuniones científicas posee un sentido de “correspondencia”, una perspectiva de cierto modo “dialogal”. Con frecuencia su desarrollo tiene menos extensión que el de los artículos. El propósito de **difusión** pretende **fraccionar las consecuencias** de la verdad, haciendo que ésta llegue al mayor número posible de personas. Este sentido social provoca que a veces las comunicaciones sean menos estimadas desde el punto de vista de la investigación que los artículos. Cuando las reuniones científicas no sólo deliberan, sino emiten pronunciamientos, las comunicaciones suelen contener **ponencias** para que sirvan de base a los mismos. Dados el sentido de la socialidad y el imperio del discurso que evidencia la “postmodernidad”, el género de la comunicación es muy frecuente e incluso los artículos se asemejan a veces a él porque las revistas se convierten en marcos para los debates.

4. La **monografía** es un estudio profundo limitado a un tema determinado. Ha de agotar sistemáticamente el estado de la ciencia en el área de que se trata y puede tener algunos aportes nuevos al conocimiento. En la monografía se **fracciona el complejo real**, brindando celeridad y certeza en el conocimiento de la materia abordada. En tiempos como el de la “postmodernidad” de estos días, cuya cultura es superficialmente recortada y profundamente utilitaria, la monografía es un género muy frecuente.

5. El **manual** contiene abreviadas las nociones de una materia. Está al “alcance de la mano”, es “manejable”, física e intelectualmente. Por esto difiere de la **suma**, que se caracteriza por presentar la esencia de una materia. El manual suele ser previo a la aparición de una recopilación mayor o de un tratado; la suma suele ser la culminación del tratado. Con frecuencia el manual es la expresión de las perspectivas científicas de **difusión**, no de investigación, y muchas veces posee finalidades docentes.

En general el manual tiende a **fraccionar las consecuencias** de la verdad haciendo que llegue a más cantidad de personas y a recortar el **complejo real**, pero aunque “consolida” la ciencia lo hace con el riesgo de que la verdad arribe relativamente desfigurada. En nuestros días de predominio de las multitudes y de la comunicación el manual tiene mucha importancia, mas vale advertir que en ciertos casos es una interposición entre las fuentes originarias del saber científico y los estudiantes, con grave desmedro de la comprensión de los contenidos. Por otra parte, en las áreas de la enseñanza se vive a menudo el “estallido” del libro en el uso de fotocopias parciales, desarticuladas de los conjuntos a los que pertenecen. Acosada por la arrogancia de la utilidad la verdad se resume en el manual y al fin se despedaza en las fotocopias.

(4) V. id., pág. 317 (“archivo”).

6. La tesis significa “poner” una nueva verdad que ha de defenderse (5). No sólo ha de dar cuenta del panorama científico en cuanto al tema, para dar prueba de su novedad, sino que ha de tener un aporte significativo al conocimiento. Es un **desfraccionamiento del complejo real** y por eso brinda la inseguridad inicial, que requiere su defensa. Cuando se la considera con una exigencia relativamente menor es una “**tesina**”. La tesis es la prueba del avance de la sabiduría que significa el doctorado (6); la tesina suele corresponder a una maestría. En la utilitaria “postmodernidad” la fuerte vocación por este valor hace que a menudo se reduzcan los alcances de tesis y tesinas e incluso se las confunda con monografías.

7. Aunque el origen de la expresión se vincula con “traer”, “tratar” y “manejar”, se entiende por **tratado** la exposición sistemática de una materia (7). De aquí su diferencia con la mera **recopilación** científica. A veces sus autores prescinden de la palabra “tratado” y utilizan directamente la voz “sistema”, como ha ocurrido, por ejemplo, con el “Sistema del Derecho Romano actual” de Savigny y el “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado” de Werner Goldschmidt (8).

La pretensión del tratado es el **desfraccionamiento del complejo real** a través de una racionalidad fuerte, pero con frecuencia, sobre todo por el largo lapso que requiere su redacción, suele significar un **fraccionamiento de las influencias del porvenir**.

En el horizonte docente, con el **fraccionamiento de las consecuencias** de la verdad para que sea abordable por un mayor número de personas y el recorte del complejo real, los tratados llegan a poseer cierta afinidad con los **cursos**, en los que la ciencia “corre” o “discurre” a través del tiempo en común (9). En los cursos las divisiones en libros y capítulos son reemplazadas por **lecciones**. No es sin motivo que el estilo de más racionalidad abstracta de la cultura jurídica alemana tuvo especial relación con los tratados, en tanto el de mayor apego a la ley como razón mandada hizo que en la cultura jurídica francesa hubiese cursos muy especialmente célebres.

Los caracteres de desfraccionamiento del complejo real y de fraccionamiento de las influencias del porvenir y la pretensión de compromiso perdurable con la verdad hacen que el tratado sea un género menos cultivado en la época de racionalidad débil, de tiempo indefinido y de sentido utilitario de la “postmodernidad”. Quizás el lugar de los tratados sea ocupado por la informática (10).

(5) Puede c. COROMINAS, op. cit., t. V, 1983, págs. 475/76 (“tesis”). También cabe recordar por ejemplo los aportes hechos por Capitant, Bascuñán Valdés, Eco, etc.

(6) Es posible v. nuestro artículo “Doctorado, Universidad y Derecho”, en “Boletín ...” cit., Nº 7, págs. 103 y ss.

(7) Puede v. COROMINAS, op. cit., t. V, págs. 612 y 575 y ss. (“traer”).

(8) A medida que se pasa de los artículos y las comunicaciones a las monografías y los manuales, a las tesinas y tesis y a los tratados se va incrementando la pretensión de sistematicidad.

(9) Puede v. COROMINAS, op. cit., t. II, 1980, págs. 301 y 208 y ss. (“correr”).

(10) En los artículos y las revistas y en las comunicaciones el orden de realización de la verdad suele depender más de la razonabilidad social productora de ejemplaridad, pero ese orden se va haciendo más planificado en otras formalizaciones como las monografías, las tesinas y tesis y los manuales hasta llegar a la gran planificación requerida en los tratados.

# **LAS TEORIAS ACERCA DE LA INTERPRETACION, SU DINAMICA HISTORICA Y EL LUGAR DEL DERECHO PRIVADO (\*)**

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## **a) Las teorías de la interpretación, su dinámica histórica y el lugar del Derecho Privado**

1. Las teorías tradicionales acerca de la interpretación corresponden en gran medida a las soluciones que se desean obtener. Si bien desde un punto de vista estrictamente comunicativo corresponden ciertas soluciones interpretativas caracterizadas al fin por la justicia en la comunicación (1), en cuanto a la “hermenéutica”, como “arte” de interpretar, hay -como lo señalaría Kelsen (2)- un espacio de desenvolvimiento para las decisiones interpretativas. Este espacio, sin embargo, no es libre y responde a las situaciones sociales. Cada situación social invita a determinadas soluciones interpretativas.

Se trata, en el sentido hermenéutico, de un juego de intereses en el que se defiende la posición que más conviene a los que se quiere hacer triunfar. Por eso las grandes tendencias interpretativas se repiten, sean cuales fueren sus nombres, a lo largo de la historia. Se va produciendo así una dinámica en la que se asumen diversas posiciones de seguridad o de riesgo y de presión sobre las fuerzas sociales o de liberación de sus tendencias.

2. La posición de la escuela de la exégesis, con su apego a la intención concreta del legislador manifestada en la ley, su pretensión de recortar la intervención judicial considerando al juez “la boca de la ley” y su desjerarquización de la costumbre, corresponde a una actitud extrema de quienes habían conquistado el poder legislativo pero no confiaban ni en los jueces ni en el conjunto social y deseaban obtener la máxima seguridad en las reglas de juego, para que los intereses privados pudieran calcular los riesgos y decidir en definitiva por sí mismos (3).

(\*) Notas parciales de clases de Filosofía del Derecho Privado dictadas por el autor en la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(\*\*) Director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado.

(1) Pueden v. nuestros artículos “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, t. 72, págs. 811 y ss., “Relato sobre el funcionamiento de la norma”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 11, págs. 23 y ss y “Reconstrucción y construcción en la interpretación”, en “Boletín ...” cit., N° 16, págs. 31 y ss.

(2) V. por ej. KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, págs. 166 y ss.

(3) Un panorama general de las teorías acerca de la interpretación puede obtenerse por ej. de las partes pertinentes de GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987 y CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94.

Se trataba de aherrojar a los jueces para que no interfirieran en la propiedad privada y la libertad de contratación, consagradas por el legislador. De aquí que había profesores que declaraban con orgullo que no sabían “Derecho Civil” y sólo explicaban el Código que llevaba nada menos que el nombre de Napoleón, el gobernante que en mucho hizo la guerra para que ese Código rigiera en la semifeudal Rusia. De aquí también que a veces los textos doctrinarios se denominaban “cursos de Código” y no “tratados de Derecho”.

3. La posición de la escuela **dogmática**, con sus sentidos conceptualistas y sistemáticos corresponde, en cambio, a la actitud de quienes no controlan el poder legislativo pero dominan el marco doctrinario donde se elaboran los conceptos y las estructuras lógicas. Esta posición tiende a someter al legislador y al juez a los enfoques de la doctrina. Por eso aquí la doctrina se pertrecha a través de su expresión en tratados que no se remiten a la intención del legislador, sino al “Derecho”. En este marco, la construcción del Derecho Privado como ciencia desarrolló su sistematización ahora clásica. Su último resguardo estaba en la conciencia privatista de los autores de la doctrina.

4. La liberación dogmática no corresponde, sin embargo, a una posibilidad dinámica, que permita la adaptación a los cambios sociales. Esto explica que con el tiempo, en gran medida siguiendo las enseñanzas del último Ihering y en un marco de mayor confianza en los jueces, se pasara a la posición de la jurisprudencia **teleológica**, no referida a los conceptos y el sistema, ni a la intención del legislador, sino a su fin abstracto.

El fin va provocando la adaptación de los medios según lo requieran las circunstancias y, si se cuenta con esa confiabilidad de los jueces, no significa en última instancia riesgos para la voluntad del legislador ni para los intereses privados que éste haya consagrado.

5. En un panorama relativamente análogo, pero quizás más distanciado del legislador, que ha quedado atrás en el tiempo, y con mayor confianza en los jueces y en la sociedad en su conjunto, se desenvuelve la tendencia a utilizar los datos reales, históricos, ideales y racionales e ir por el Código más allá del Código. Así lo propone, en su célebre polémica opuesta a la exégesis y centrada en el Derecho Privado, la posición de la escuela de la **libre investigación científica**.

6. Una confianza todavía mayor en los jueces, a los que a menudo con el tiempo se ha ido formando y condicionando socialmente, es la que refleja la posición de la **teoría pura del Derecho**, de referencia a un marco de posibilidades para la decisión judicial. En ella se pretende, de cierta manera, superar la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, tal vez porque éste implícito, en su ámbito de nacimiento, que existen seguridades de que no se afectarán los intereses privados.

7. La máxima posición de alejamiento sin ruptura formal con el legislador histórico y de sujeción al legislador actual, consagratoria de los nuevos intereses que se consideran mejores, es

la que, también en un clima de muy alta confianza en los jueces, propone la escuela del **Derecho libre**. Aquí la situación del Derecho Privado, en cuanto se lo tenga como obra de los propios interesados que calculan sus riesgos, resulta más amenazada. Sin embargo, para un juicio definitivo respecto de la condición de tales intereses, hay que tener en cuenta las actitudes privatistas que pueden poseer los legisladores nuevos y los jueces.

8. Tal vez más allá de la posición de la escuela del Derecho libre ya se encuentren sólo las referencias lisas y llanas a la **elaboración** de nuevas normas, sea al nivel judicial, mediante la producción de carencias por razones axiológicas -que en última instancia deben ser dikelógicas- o al mismo nivel de los autores de las normas a interpretar.

9. La máxima pretensión de **seguridad** y la más elevada **presión** sobre las fuerzas sociales se produce en la exégesis, en tanto el mayor **riesgo** y el deseo de dejar más **espontaneidad** a las fuerzas sociales -aunque no esté consagrado por el juego de las vías propuestas, que someten al legislador actual- corresponde al Derecho libre.

La posición exegética refleja un autoritarismo **revolucionario**, y de cierta manera lo hace también la del Derecho libre. Las otras posiciones interpretativas manifiestan, en diversos grados, tendencias más **evolutivas**.

La dinámica histórica suele hacer que los tipos de interpretación se sucedan en **cursos** y **retornos**, desde momentos de más apego a la normatividad existente hasta otros de prescindencia de ella, y a la inversa.

### **b) Horizontes normológico y dikelógico**

10. La dinámica histórica de las distintas posiciones interpretativas y los lugares que en ellas tiene el Derecho Privado se manifiestan no sólo en la dimensión sociológica sino en los horizontes constituidos por las dimensiones **normológica** y **dikelógica**. Lo que hacemos en esos despliegues sociales produce consecuencias en las otras dos dimensiones del mundo jurídico.

11. En lo **normológico** las posiciones interpretativas significan, v. gr., diferentes equilibrios entre las **fuentes formales**. Por ejemplo, se muestran el predominio de la ley y del contrato y la limitación de la sentencia, que corresponde a la exégesis, o el mayor protagonismo de la sentencia en la teoría pura y de cierto modo en el Derecho libre.

Se presentan distintas **vinculaciones** entre las normas, con más relaciones verticales de producción y de contenido entre las normatividades de las leyes y las sentencias, en la exégesis, y de modo hipotético en el Derecho libre, y más dependencia de las vinculaciones verticales de producción en la teoría pura. Como consecuencia de estas relaciones, por los valores que las caracterizan, en la exégesis hay gran apego a la subordinación y la ilación y en la teoría pura a menudo sólo predomina la subordinación.

En cuanto a la formación de la **pirámide jurídica**, por ejemplo en la exégesis se procura

que el cuerpo normativo tenga una relativa “prismatización” a nivel de las sentencias, en tanto que este nivel se amplía, v. gr., en la teoría pura del Derecho.

12. En cuanto a la dimensión **dikelógica**, la exégesis tiende a **mediatizar** al juez al extremo, desconectándolo de los **resultados de justicia** y, en cambio, las otras posiciones lo acercan en diversos grados a los resultados que, con mayores referencias al autor de la normatividad a interpretar, al autor actual o a sus propios criterios (a veces tenidos como meramente subjetivos) considera justos (4).

En relación con la “**pantomomía**” (pan=todo; nomos=ley que gobierna) de la justicia, en la exégesis los jueces son impulsados a fraccionar la justicia, para lograr seguridad jurídica, en tanto que, sobre todo a medida que se pasa de la jurisprudencia teleológica y la libre investigación científica a la teoría pura y el Derecho libre hay más desfraccionamientos, en esta última posición, principalmente respecto de las influencias del porvenir.

En atención a los tres **despliegues** de la justicia como valor, la exégesis y en alguna medida el Derecho libre son muestras de más referencia a los criterios generales orientadores consagrados en las leyes, en el primer caso, sobre todo con miras a que las valoraciones puedan hacerlas los interesados. En cambio, la teoría pura deja más espacio a las valoraciones judiciales.

Acerca de los medios para **proteger** al individuo contra el régimen, la exégesis es, por ejemplo, expresión radical pero no eficiente del amparo contra el gobierno, mediante la división de poderes. La teoría pura es muestra de un fortalecimiento del régimen a nivel judicial, que también puede significar en otro sentido una división de poderes. Si bien distingue al legislador histórico del actual para evitar que aquél nos oprima, el Derecho libre indica la mayor fuerza del régimen a nivel de las posibilidades de un cambio legislativo quizás avasallante.

(4) En nuestro tiempo utilitario de la postmodernidad es importante reflexionar sobre la relación entre los medios y los fines, sobre todo porque desde siempre, pero quizás ahora de modo especial, se pretende desarticularlos limitándose a creer que basta con los medios o, sobre todo, que el fin justifica los medios (en cuanto a las características de nuestro tiempo, puede v. por ejemplo nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín ...” cit., Nº 19, págs. 9 y ss.). El funcionamiento de la norma, en el que se integra la interpretación, ha de tener en cuenta de manera debida los valores medios realizados por las normas a interpretar y el valor fin de la justicia.

# MEDITACION SOBRE LA PATOLOGIA AMBIENTAL (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

Cada tipo de relación del hombre con el medio ambiente “natural”, así como en definitiva cada estilo de vida, realiza un complejo de valores. Es significativo que durante largo tiempo, sobre todo en la Edad Media, la vinculación del hombre con el ambiente se produjera sobre todo en términos de “re-ligiosidad”, con la correspondiente referencia al valor *santidad*, y que durante la modernidad esa vinculación fuera evolucionando en un complejo científico y económico, primero dominado quizás por la primera y su valor *verdad*, pero luego claramente encabezado por la *economía* y su valor *utilidad*. A la figura paradigmática de San Francisco de Asís le han sucedido las de Galileo y Stephenson. En definitiva, el hombre moderno ha creído que el medio ambiente debía serle útil.

Hoy, en lo profundo de la llamada “postmodernidad”, sobrevive un sentido de relación con el ambiente también económico y consecuentemente utilitario. Sin embargo, por lo menos en la superficie y para muchos incluso como profunda “contracultura”, aunque quizás sea una manifestación económica y utilitaria oculta, se desarrolla una vinculación de significado sanitario, con el correspondiente valor *salud*. De aquí que se habla de **patología ambiental**. A las ideas teológicas de *virtud* y de *pecado* y económicas de *utilidad* e *inutilidad* le han sucedido, en alguna medida, las ideas sanitarias de *salud* y *enfermedad*. A las figuras paradigmáticas de Galileo y Stephenson cabe agregar, v. gr., la de Schweitzer y la de la en estos días especialmente notoria institución Greenpeace.

La integración y la crisis ambientales pueden significar diversos sentidos más o menos teocéntricos, cosmocéntricos o antropocéntricos. Además, la patología ambiental puede ser de enfermedad del ambiente con referencia a la salud propia del mismo ambiente o a la salud del ser humano. Es imprescindible aclarar la perspectiva desde la que se habla antes de referirse a la patología ambiental.

Urge tener en cuenta que la patología ambiental puede ser una referencia legítima al valor

(\*) En relación con el tema puede v. nuestro artículo “Aspectos jusfilosóficos del Derecho Ecológico”, en “Investigación y Docencia”, Nº 20, págs. 9 y ss.

(\*\*) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

salud o una referencia ilegítima en que la salud falsificada se arroga el lugar de los valores justicia, verdad, etc. y se subvierte contra el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser).

La noción de patología ambiental puede ser una senda para superar la tendencia idealista genética antropocéntrica, que caracterizó al hombre moderno, según la cual el sujeto humano crea al objeto, y para hallar la posición correcta del realismo genético, conforme a la cual el hombre no crea sino descubre o cuanto más fabrica al objeto.

# **MEDITACIONES SOBRE LOS MEDIOS Y LOS FINES**

## **En especial sobre el gobernante maquiavélico (\*)**

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

### **I) Presentación del tema**

1. En nuestro tiempo utilitario llamado de la “postmodernidad” se hace particularmente importante meditar sobre la difícil relación entre **medios** y **fines**, que desde siempre ha merecido profunda atención y ha sido también marco de graves desviaciones. Aunque está presente en todos los aspectos de la cultura, esa relación tiene un despliegue de destacada significación en el marco jurídico. En ella se inspiran, por ejemplo, las nociones a las que nos referimos en especial en estas meditaciones, de **maquiavelismo** y **utopía**.

2. Para la cabal comprensión de la tensión entre medios y fines es necesario reconocer que no somos ni **omniscientes** ni **omnipotentes**, y este reconocimiento depende de que se parte del **realismo genético**, según el cual el sujeto no crea sino descubre al objeto. Si en cambio se parte del idealismo genético en su perspectiva antropocéntrica, conforme a la cual el sujeto humano crea al objeto, esa conciencia de nuestras limitaciones y la comprensión de la tensión entre medios y fines desaparecen.

El **hombre** es un ser especialmente referido a la vivencia de medios y de fines. Si Dios existe, tal vez podría prescindir de los medios, y los seres inferiores tienen menos conciencia de los medios y de los fines.

La vinculación entre medios y fines se comprende de manera integral cuando se la aborda en la **tridimensionalidad** de los despliegues **fácticos, lógicos** y **axiológicos** y, en el Derecho, éstos son en última instancia sentidos **dikelógicos**.

### **II) La tridimensionalidad de la relación entre los medios y los fines**

#### **a) Dimensión fáctica**

3. Desde el punto de vista **fáctico** la relación entre los medios y los fines nos instala en una referencia **teleológica**. Se trata de una vinculación al hilo de la **finalidad subjetiva**, ya que somos

(\*) Para una reunión de la cátedra III de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

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

los seres humanos como sujetos conscientes quienes la disponemos, aunque dicha finalidad subjetiva está referida a la **finalidad objetiva** de los acontecimientos (1).

Conforme a la finalidad subjetiva los hombres establecemos límites voluntarios a nuestras conductas y a nuestros repartos, mas de la finalidad objetiva surgen **límites necesarios**, producidos por la naturaleza de las cosas. En función de tales límites necesarios nos vemos en la necesidad de reconocer la tensión entre los medios que podemos arbitrar y los fines que podemos lograr.

4. Si bien la finalidad subjetiva es “**monónoma**” (monos=único; nomos = ley que gobierna), la finalidad objetiva es “**pantónoma**” (pan=todo), de modo que como no podemos abarcarla cabalmente la **fraccionamos**, produciendo **certeza**. Los fraccionamientos de la finalidad objetiva nos permiten construir nuestros medios y nuestros fines eligiendo los espacios de finalidad que nos parezcan mejores, pero nunca es acertado desarticularse del sentido objetivo de los hechos.

En razón del encadenamiento teleológico, no es posible comprender de modo cabal a los medios sino **en relación** con sus fines, ni a los fines sino en vinculación con sus medios.

### b) Dimensión lógica

5. Desde el punto de vista **lógico** la relación teleológica entre medio y fin se muestra como una relativa “inversión” de la relación de causalidad, que corresponde al intento del hombre de liberarse de ésta. Si en la causalidad la jerarquía principal se halla en la causa, que es anterior, y no en el efecto, que es posterior, en la finalidad la jerarquía principal está en el fin, que es posterior, y no en el medio, que es anterior. La causa domina al efecto; el fin “**domina**” al medio.

6. La vinculación de dominación de los fines sobre los medios puede comprenderse a la luz de la teoría general de los **contactos** entre distintos elementos culturales, que ha iluminado la doctrina tradicional del Derecho Internacional Privado (2). Como elemento dominante, el fin **califica** los medios, determinando sus alcances, y por esto la sabiduría tradicional dice que quien quiere el fin quiere los medios. Cuando el fin es servido con medios que no le corresponden o es convertido en medio, se produce el **fraude teleológico**. La dominación que el fin ejerce sobre los medios hace que éstos no puedan **remitir** a otro fin sin dejar de ser lo que son, pero el fin **puede** remitir a otros medios sin dejar de ser lo que es. En el **control** que ejerce sobre los medios, el fin **puede** rechazar los que no le correspondan, pero en cambio no puede legitimar cualquier medio.

### c) Dimensión axiológica

7. La relación **axiológica** entre medios y fines vincula a los **valores relativos** con los **valores absolutos**. En principio los valores relativos valen por sí mismos, pero a su vez se presentan

- (1) Pueden v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico U.N.L., 1967; “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976, esp. págs. 60 y ss. y 80 y ss. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, en que se apoyan muchas de las afirmaciones del texto, es posible consultar v. gr. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Derecho...” cit.
- (2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976.

como medios para la realización de los valores absolutos y están sometidos a éstos.

Para mantener la debida relación entre medios y fines hay que lograr que los valores relativos y los valores absolutos guarden vinculaciones de **contribución**, y evitar que los primeros se **subvientan** contra los segundos, convirtiéndose en fines, y que los segundos se **inviertan** contra los primeros, destruyendo los medios en que han de apoyarse. La conversión de medios en fines es subversión axiológica y la conversión de los fines en medios, tratando de prescindir de éstos, es inversión de valores.

La legitimidad de los valores relativos depende de los valores absolutos con los que se relacionan, mas éstos no pueden legitimar ni desvalorizar del todo a los valores relativos.

Todo ese complejo de contribución entre valores de diverso nivel debe realizar una vinculación utilitaria entre medios y fines. Al deber ser medios, los valores relativos se vinculan con especial intensidad con la utilidad. En cambio, a excepción de la misma utilidad, los valores absolutos, por deber ser fines, significan perspectivas de utilidad no ignorada, pero sí consumada.

El más alto de los valores absolutos es para los hombres el deber ser cabal de nuestro ser, el valor **humanidad**, que abarca todos los otros valores que debemos realizar y todos los medios y los fines, pero no se agota en ninguno de ellos. Todos los otros valores a nuestro alcance distintos de la humanidad han de contribuir a su satisfacción y ella ha de contribuir a que todos los otros valores se realicen (3). En cierto sentido, la plenitud de la humanidad la habilita para legitimar todos los otros valores, pero a su vez ella incrementa su legitimidad por todos los otros valores. La humanidad es el gran medio y el gran fin.

Creemos que puede sostenerse que la utilidad es un valor absoluto, pero en todo caso el nivel más alto que puede alcanzar es de integración, sin arrogancia, con los otros valores absolutos parciales y de contribución, sin subversión ni inversión, con el supremo valor absoluto que es la humanidad. Nuestro fin último ha de ser la satisfacción del valor humanidad y no ningún otro valor.

Si bien los valores jurídicos como el poder, la cooperación, la previsibilidad, la solidaridad, el orden, la fidelidad, la exactitud, la legalidad, la coherencia, etc., por su carácter de valores relativos y de valores que deben ser medios, pueden ser más influidos por la utilidad, la relación de ésta con la justicia, el valor absoluto del Derecho, que ha de ser fin de todo lo jurídico, debe ser sólo de integración y en ningún caso de la arrogancia utilitaria que se manifiesta con frecuencia.

8. La relación entre medios y fines se comprende mejor al referirla a la **pantomomía** de la justicia, que debemos fraccionar cuando no podemos conocer o hacer más, produciendo **seguridad jurídica**. Los medios y los fines son perspectivas diversas e indisolublemente interrelacionadas en el complejo de la pantomomía de la justicia, de modo que al construirlos mediante fraccionamientos no debemos recortarlos de maneras ilegítimas. Es cierto que si sólo atendemos a los medios o a los fines obtenemos seguridad, pero la seguridad no es la justicia.

9. En virtud de la distinción entre medios y fines se advierte la jerarquía que, en especial en cuanto a los primeros, suele tener la **aristocracia**. Si bien en general la aristocracia se apoya en una superioridad moral, científica o técnica respecto a medios y fines, con particular frecuencia lo

(3) Entendemos que sea que se sostengan concepciones teocéntricas, antropocéntricas o cosmocéntricas, lo que varía es sólo el sentido que ha de tener la humanidad.

que la diferencia del resto de los hombres es la calificación en cuanto a los primeros. La jerarquización de los medios y de los fines se manifiesta, v. gr., en la tensión, grande en nuestro tiempo, entre la **tecnocracia**, más referida a los primeros, y la **democracia**, que ha de fijar los segundos.

La misma diferenciación de los medios y los fines es importante para apreciar nuestra **justificación** y nuestra **responsabilidad**. Podemos justificarnos y ser responsables por unos y otros. Aunque en principio en la justificación y en la responsabilidad deben jugar los medios y los fines, en algunos casos podemos remitirnos sólo a los primeros o a los segundos. Si desconocemos la diferenciación podemos imposibilitar o desbordar la justificación o la responsabilidad que correspondan según las circunstancias.

En estas perspectivas se comprenden los excesos que producen los **gobernantes maquiavélicos**, a los que nos referiremos en detalle en el punto III, por pretender justificarse sólo por los fines, sin atender a los medios.

Desde este punto de vista de la distinción entre medios y fines se percibe asimismo la importancia de mantener, sin exageraciones que destruyan la comprensión del proceso vital, la diferenciación entre **obligaciones de medios y de resultados**. La tendencia a constituir todas las obligaciones en obligaciones de resultados puede hacer estallar la responsabilidad y con esto la propia condición humana. Esa inclinación resulta a menudo de no utilizar los criterios de responsabilidad que, superando la referencia a la culpa, reconocen la legitimidad de la redistribución de los bienes. La tendencia a constituir todas las obligaciones como meras obligaciones de medios reduciría la responsabilidad y haría imposible la afirmación del hombre.

La distinción entre los medios y los fines es indispensable para la comprensión plena de la diferenciación entre la **culpa** y el **dolo**, de la que no se puede prescindir si se quiere adaptar el reproche a los despliegues de la personalidad.

En el reconocimiento del juego de los medios y los fines se decide en mucho que los hombres recibamos las **potencias e impotencias** que se nos deben adjudicar y no seamos destruidos por la exagerada referencia a unos u otros. Quien no dispone de medios no puede alcanzar los fines; quien no tiene fines legítimos no merece los medios.

10. La diversidad entre fines y medios es significativa para caracterizar a los regímenes justos. La justicia exige que los regímenes sean **humanistas** y no totalitarios, tomando a los hombres como fines y no como medios. El humanismo es una relación legítima entre medios y fines que, en cambio, el totalitarismo perverso.

11. Nada ha de ser apreciado sólo por los medios empleados o por los fines alcanzados, aunque debemos ir ordenando de manera valiosa la atención a unos y a otros.

### **III) La relación entre los medios y los fines en el maquiavelismo y la utopía**

12. El **maquiavelismo** es el sometimiento de los medios a los fines, al punto que se dice que el fin justifica los medios, pero desde otra perspectiva se reconoce en él también la conversión de

medios en fines. La **utopía** pretende liberar a los fines de los medios, prescindiendo de éstos.

Aunque haga gala de realismo, el maquiavelismo es una posición idealista genética que pretende crear los valores a su capricho. En la utopía el idealismo genético lleva a prescindir de la realidad fáctica.

Las lógicas de los dos fenómenos abusan de la dominación de los fines sobre los medios. En el maquiavelismo se desarrolla sobre todo la pretensión axiológicamente subversiva de imponer los valores relativos permitiéndoles deshacerse del control de los valores absolutos, aunque sea disfrazándolos con el ropaje de éstos. La utopía es el anhelo axiológicamente inversivo de liberar a los valores absolutos de los valores relativos en que deben apoyarse.

El maquiavelismo y la utopía desconocen la interrelación entre los elementos del complejo axiológico y lo destrozan, sin tener en consideración que así desbordan y falsifican los valores que pretenden alcanzar, sean éstos relativos, como en la legitimación absoluta del poder, o absolutos, según ocurre cuando se busca, por ejemplo, realizar la justicia sin atender a los medios.

Quienes sabemos lo que es ser vendidos por gobernantes maquiavélicos que compran votos y poder a cualquier precio y ser sacrificados por pensadores utópicos ciegos, tenemos clara conciencia de cuánto se destruye de esos modos. El maquiavelismo y la utopía destruyen los valores de los hombres de carne y hueso y, con gran frecuencia, terminan pactando entre sí. Incluso a menudo los discursos utópicos son ardides maquiavélicos para alcanzar privilegios personales.

#### IV) Horizonte histórico

13. En los períodos de “**cultura**”, cuando el complejo axiológico es más fuerte, suelen predominar la consideración de los fines. En los tiempos de “**civilización**”, cuando el complejo axiológico es más débil, suele atenderse más a los medios. En las épocas de **decadencia** las relaciones entre medios y fines se desorientan (4).

Al ir abandonando las referencias metafísicas y ontológicas, que eran puntos de vista últimos acerca de los fines, a partir de la modernidad se ha tendido a hacer que los medios adquieran jerarquía de fines. Ello condujo a un rigor metódico, o sea acerca de los caminos para llegar a las metas, pero éstas fueron perdiendo significación.

En la postmodernidad los medios abundan como antes quizás ni siquiera se imaginó, mas se han desnaturalizado por haberse esfumado los fines, quizás en parte porque la finalidad objetiva del porvenir se ha hecho particularmente misteriosa. Ahora de cierta manera tampoco existe el rigor metódico que caracterizó a la modernidad. Por ejemplo: vivimos en un tiempo de los grandes medios de comunicación, pero parece que en última instancia la comunicación no interesa y en definitiva no se produce. El hombre de la época de los medios de comunicación más maravillosos que jamás existieron es un gran incomunicado.

14. No es por casualidad que el maquiavelismo y la utopía se difundieron de manera muy destacada a partir del **Renacimiento**, cuando con la radicalización del avance en principio legítimo del antropocentrismo, la finalidad subjetiva acentuó el intento de liberarse de la realidad axiológica y de la realidad fáctica.

(4) Es posible ver nuestro artículo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº5, págs. 9 y ss

# NOTAS DE FILOSOFIA DE LA TECNOLOGIA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. Merece ser destacado que cuando se caracterizaba nuestro tiempo con rasgos ya relativamente nítidos, Goethe escribía “*El aprendiz de brujo*”, llamándonos la atención sobre los riesgos de poner en marcha instrumentos que no sabemos controlar. Sin embargo, también vale tener en cuenta que entre las posibilidades de caracterizar a la especie humana está la de que el hombre es un ser “*audaz*”, de modo que vale rescatar la permanente puesta en marcha de nuevos medios, con la esperanza de que al fin serán encauzados para fines valiosos. En este marco, se halla la “Filosofía de la Tecnología”.

La expresión “**Filosofía de la Tecnología**” designa una Filosofía regional que, como tal, puede ser cultivada desde las dos perspectivas centrales: una que parte de la “Filosofía” y otra que arranca de la “región”, en este caso, de la “Tecnología”. Las filosofías de nuestra región que parten de la Filosofía, como las de Mumford, Ortega y Gasset, Heidegger y Ellul -a menudo inspiradas en el romanticismo, el existencialismo o el movimiento crítico-, son en general más negativas respecto del fenómeno tecnológico; las que arrancan de la consideración tecnológica, “ingenieril”, como las de Kapp, Engelmeier, Bunge y Dessauer, suelen ser más favorables.

En el marco de la Filosofía de la Tecnología se discuten temas de gran interés, como los del significado de los instrumentos, para saber si son meras expresiones a valorar según los procesos mentales que los producen e incluso limitaciones de nuestros órganos, o proyecciones que los perfeccionan. Se discute asimismo, por ejemplo, si la tecnología desoculta o en definitiva oculta al mundo; si junto a la filosofía del “poder” hay que desarrollar una ética y una filosofía del “no-poder”; si la tecnología tiene un predominante sentido antropológico o es una participación en la creatividad divina, etc.

Se ha destacado, por ejemplo, en la obra de Jacques Ellul, que la Tecnología es una de las características de nuestro siglo. Es más: puede sostenerse que en nuestros días de la llamada “postmodernidad” hemos dejado de ser una época de la ciencia para convertirnos en un **tiempo de la Tecnología**. El hombre de estos días no se enfrenta a una Tecnología que tiene frente a sí, como ocurría en el tiempo caracterizado por el uso de las máquinas y por las fábricas, sino por que se encuentra “dentro” de ella y es incluso objeto de su desarrollo. La inauguración de un

(\*) Parte de la base de la disertación del autor pronunciada el 5 de mayo de 1995 con la organización de la Secretaría de Post Grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. En cuanto al resto de las bases de la disertación, puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “*Informática, Derecho y Sociedad*”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 17, págs. 21 y ss. Puede c. un panorama del tema en MITCHAM, Carl, “*¿Qué es la Filosofía de la Tecnología?*”, trad. César Cuello Nieto y Roberto Méndez Stingl, Barcelona, Anthropos, 1989.

(\*\*) Investigador del CONICET

“shopping” en el edificio en el que funcionó una vieja escuela, producida en el centro de la ciudad de Córdoba, es una muestra de que la tecnología de la sociedad de consumo va originando un enorme avance de este nuevo estilo de vida.

2. Tal vez, la superación de las discrepancias de las dos corrientes dependa del enriquecimiento de la “**Filosofía Mayor de la Tecnología**”, que relaciona el fenómeno tecnológico con el resto del mundo, con la “**Filosofía Menor de la Tecnología**” (o sea de alcance menor), que estudia el fenómeno tecnológico en sí mismo. En este último sentido, importa el reconocimiento “**tridimensional**” de la tecnología, apreciando sus despliegues fácticos, lógicos y axiológicos, y culminando en reconocer que la utilidad que procura la relación tecnológica de medio a fin debe producirse en vinculación de coadyuvancia con todo el resto del complejo axiológico que debemos realizar, culminante en el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). Es esclarecedor desarrollar, al respecto, una “**teoría trialista**” del fenómeno tecnológico (1). A través de ésta la Tecnología puede ser objeto de valoraciones más detalladas, atendiendo a las particularidades de los casos.

3. En la dimensión **fáctica**, la teoría trialista del fenómeno tecnológico ha de reconocer los **actos tecnológicos**, promovidos por la conducta humana. Hay que descubrir quiénes los realizan y los reciben, qué resultados poseen, cómo son decididos y cuáles son sus razones. A su vez, existe un marco de hechos tecnológicos, constituidos sobre todo por influencias humanas difusas. Vale apreciar que en general los actos tecnológicos son también repartos y los hechos tecnológicos resultan distribuciones de potencia e impotencia.

El fenómeno tecnológico es un fenómeno de poder, aunque a veces se vuelve contra los que lo utilizan.

4. En la perspectiva **lógica** el acto tecnológico es captado por **juicios** que pueden ser fieles, si expresan los contenidos de la voluntad de sus autores, exactos, si se cumplen, y adecuados, si utilizan los instrumentos conceptuales más idóneos para servir a los fines de sus autores. A su vez, como en general los actos tecnológicos son repartos, y las captaciones lógicas de los repartos son normas, los juicios tecnológicos tienen sentidos normativos.

5. En la dimensión **axiológica** cabe reconocer, como hemos adelantado, que la tecnología tiene un fuerte sentido de realización del valor utilidad, pero éste ha de coadyuvar con otros valores del complejo que debemos realizar, como la justicia y en definitiva la humanidad.

La tecnología tiende a recortar las perspectivas problemáticas, provocando fraccionamientos de la verdad y la justicia (que son categorías “pantónomas” -pan=todo; nomos=ley que gobierna). A través de esos fraccionamientos produce certeza y seguridad, pero ambas pueden responder a cortes ilegítimos y ser “desvaliosas”. La tecnología “contrae” el tiempo, porque acelera la relación entre medio y fin, y contribuye así, no sólo a una proyección futuriza, sino al radical sentido de

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

presente, sin pasado ni futuro, que de cierto modo caracteriza a la “postmodernidad”.

En los hechos por debajo de las apariencias de legitimación democrática y de cierto modo desviando la legitimación aristocrática (de la superioridad moral, científica o técnica) el poder de la tecnología ha dado un espacio profundo y muy amplio a la pretensión de legitimación **tecnocrática**. A diferencia de la “sofocracia” platónica, hoy las grandes decisiones adoptadas por las empresas muestran un enorme desarrollo de las aspiraciones de legitimación tecnocráctica y plutocrática, pero ni técnicos ni ricos tienen la “mente abierta” a la perfección que defendió el filósofo griego.

El empleo de los medios tecnológicos engendra una gran problemática de **responsabilidad**, que motiva, por ejemplo, múltiples planteos jurídicos, incluso con aspiraciones a veces excesivas de constituir áreas disciplinarias específicas.

La Tecnología nos protege, sobre todo contra las amenazas de “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.), pero también nos agrede, por ejemplo, provocando alienación, desempleo no resuelto humanamente, etc. Hay que amparar al individuo **con** y **contra** la Tecnología.

# NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LA AUTONOMIA DEL DERECHO DE MENORES (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. El Derecho de nuestro tiempo suele ser considerado en compartimientos estancos que responden en gran medida a criterios utilitarios, pero urge enriquecer ese enfoque con otros planteos que, a menudo “transversalmente”, rescaten aspectos profundos de la persona, ahora ocultos por esa compartmentalización (1). Entre estas nuevas “ramas” jurídicas, que en modo alguno deben ignorar sino complementar los estudios tradicionales, se encuentra el **Derecho de Menores**, cuya sentido de unidad hoy no se advierte con suficiente claridad por los excesivos fraccionamientos del Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo, etc.

A través del Derecho de Menores se advierte mucho **más** que el Derecho de Menores (2). Se advierten las posibilidades de enriquecer las ramas jurídicas tradicionales; de descubrir otras ramas nuevas, como el Derecho de la Ancianidad, y la unidad de lo jurídico, ya que sólo será buen especialista en Derecho de Menores o civilista, penalista, procesalista, constitucionalista, etc., quien sea en definitiva un buen jurista, quien al fin comprenda el deber de repartir a sabiendas con justicia (3).

Como es habitual, la noción de “**autonomía**” no debe ser confundida con la de “**soberanía**”. En la autonomía se trata de principios propios, al fin de soluciones propias, que se manifiestan en las tres dimensiones del mundo jurídico y se proyectan, desde lo material, sobre todo a requerimientos científicos, legislativos, jurisdiccionales, docentes, pedagógicos. Sin embargo, urge tener en cuenta que se trata al fin de perspectivas del Derecho, que ha de responder siempre

(\*) Ideas básicas de la exposición del autor del 28 de julio de 1995 en el Curso de Formación Superior en Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Homenaje del autor a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL y en especial a la memoria del profesor doctor Luciano Molinas (h.) y a la profesora doctora María Josefina Méndez Costa, en el recuerdo luminoso del Preseminario que cursó con su orientación.

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

(1) Cabe c. por ej. el artículo que escribimos en colaboración con los doctores Ariel Ariza, Mario E. Chaumet, Carlos A. Hernández Alejandro Aldo Menicocci, Alfredo M. Soto y Jorge Stähli “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

(2) Pueden v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La noción de autonomía material en el mundo jurídico y en el Derecho de Menores”, en AS. VS., “Derecho de Menores”, Rosario, Juris, 1992, págs. 65 y ss., “Tensiones en la condición de los menores (La identidad, entre pasado y porvenir - Las cuestiones vitales y la vida cotidiana - Los derechos políticos y la incapacidad de Derecho Privado)”, en “Investigación y Docencia”, N° 24, págs. 57 y ss.

(3) Acerca de la relación con el Derecho de la Ancianidad puede v. por ej. nuestro artículo “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 7 y ss.

Respecto de la noción de jurista v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a ed 5a reimpr. Bs As., Depalma, 1987, esp. pág. VII.

a la exigencia integral de justicia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona (4).

A semejanza del trabajador, del “extranjero” y del anciano, el menor es un ser especialmente débil y necesitado de protección. En el trabajador la debilidad se plantea en cuanto a la materia, en el extranjero surge de la distancia de la cultura en el espacio, y en la minoridad y la ancianidad de los extremos de la vida en el tiempo.

### a) Dimensión sociológica

2. La realidad social del Derecho se constituye con adjudicaciones relacionadas con los hombres, que son repartos, cuando provienen de su conducta, o distribuciones, cuando se originan en la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. Los repartos ocupan la zona nuclear de lo jurídico, pero sólo son comprendidos y realizables en relación con las distribuciones. Los menores se encuentran en condiciones muy limitadas para conducirse y repartir, porque pueden conocer menos las posibilidades y porque tienen menos fuerza para influir en la realidad, y están en mayor medida que los adultos a merced de las distribuciones, no sólo de la naturaleza o el azar, sino de las influencias humanas difusas, que se expresan principalmente en un complejo cultural que ellos reciben, pero en el que pueden influir mucho menos que los adultos. Resultan introducidos sin su voluntad en una cultura hecha por los adultos, que incluso puede resultarles aplastante.

3. Los repartos pueden surgir de la imposición o del acuerdo, constituyéndose así en autoritarios, realizadores del valor poder, o autónomos, satisfactorios del valor cooperación. Ni en unos ni en otros los menores pueden tener protagonismo. No poseen poder y ni siquiera tienen información suficiente para llegar a acuerdos, en parte porque sus intereses pertenecen a un mundo todavía desconocido.

4. Los repartos pueden ordenarse al hilo del plan de gobierno en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realizan el valor previsibilidad, y de la ejemplaridad, desenvuelta según el ritmo modelo y seguimiento y satisfactoria del valor solidaridad. Una de las expresiones de ejemplaridad más importantes es la costumbre. Los menores no participan en la planificación gubernamental y son sólo receptores, no generadores, de la ejemplaridad existente, sobre todo de las costumbres elaboradas en épocas anteriores.

5. Los repartos pueden tropezar con límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas. Si bien son muy importantes los límites que pueden encontrar los repartos de los adultos respecto de los menores, también cabe destacar los límites que encuentran los menores en su voluntad repartidora. Sus fuerzas físicas y psíquicas son inferiores y su participación sociopolítica y sus recursos económicos son inferiores. En la democracia se vota, pero los menores no votan.

(4) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico en que se basan estas reflexiones, cabe tener en c. 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, 1982/84.

Por lo general están sometidos a la provisión de recursos económicos por los adultos, quienes a menudo se valen de ellos para corromperlos.

### b) Dimensión normológica

6. Las normas son captaciones lógicas neutrales de los repartos proyectados, que como tales tienen fuentes reales en los repartos, sean las fuentes materiales de los propios repartos o las **fuentes formales** de las autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, etc.). También existen **fuentes de conocimiento** que constituyen la doctrina. Poco esfuerzo es necesario para advertir que no sólo la producción de los repartos, sino más todavía la de las fuentes formales y las fuentes de conocimiento, no están al alcance de los menores. A ellos no les es posible participar en la elaboración de constituciones, tratados, leyes, etc. ni tampoco en la producción de obras doctrinarias.

7. Las normas se valen de conceptos que pueden poseer contenidos más **institucionales** o **negociales**, mas a los menores las ideas de las instituciones les suelen ser impuestas con más autoridad que a los adultos y habitualmente no les es dado participar en esa negociación. En nuestra época las instituciones están a menudo en crisis y lo están de manera especial la familia y la escuela, que deben ser vías de protección del menor pero éste suele recibir, con frecuencia con acierto, como meras vías de opresión.

Las normas constituyen una dimensión de **lógica y discurso** del Derecho y, a través de éste, del conjunto de la vida social, pero esa lógica y ese discurso son patrimonio de los adultos. Los menores están sometidos a la conceptualización, los juicios y el decir de los mayores.

8. El ordenamiento normativo puede ser pensado como una **pirámide**, mas esa pirámide puede ser recorrida sin encontrar en ninguno de sus niveles la participación de los menores.

### c) Dimensión dikelógica

9. Los repartos y las normas deben ser justos, de aquí el nombre de la dimensión dikelógica, referida a una de las divinidades griegas de la justicia. El valor justicia ha de realizarse en relaciones legítimas de coadyuvancia o sustitución con otros valores, como la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, el amor, la santidad, etc. y, en definitiva, el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). De entre estos valores, la persona distinta y frágil del menor necesita especialmente la satisfacción del **valor amor**, en la que el amante se abre a la persona del amado, se personaliza porque el amado se personaliza. El niño requiere ser amado y vivir en un clima de amor, como el de la familia. Sin entrar a cuestiones religiosas, que escapan a los fines de nuestra exposición, consideraremos que al respecto es aleccionador el sentido del amor en “trinidad”.

En nuestra época predomina, en cambio, el valor utilidad que, desbordado, todo lo refiere

a la relación de medio a fin y se atribuye el lugar de los otros valores. Nuestro tiempo rechaza a los “inútiles”, sin atender a sus otros posibles valores, ni siquiera al valor humanidad que los hombres siempre realizamos por lo menos en alguna medida. De aquí que el menor, en cuanto es a menudo inútil, si no interesa como productor o consumidor presente o futuro, es marginado e incluso eliminado (5). En muchos casos el menor es un instrumento también de sus propios padres.

La época que tiende a “matar” el domingo, el día del ocio y el gozo, el de otros valores distintos de la utilidad, toma pocas cosas en serio, pero no puede comprender cabalmente el tiempo del juego, que sobre todo es la minoridad. También el juego es atrapado por el consumo.

10. La justicia puede descubrirse por diversas vías (“clases de justicia”), entre las que se encuentran la justicia **consensual** y la **extraconsensual**. Nuestro tiempo se refiere con frecuencia de modo radical a la primera clase, mas respecto del menor ella es muy difícil, aunque más no sea porque es muy difícil saber cuál puede ser el consenso respecto de un mundo futuro y desconocido.

11. Las estimaciones de justicia pueden hacerse por **valoraciones** completas o por **criterios generales orientadores**, imprescindibles para simplificar la tarea, pero que a menudo son falsos o por lo menos no legítimos para ciertos casos. Respecto de los menores, tan diversos de los mayores tenidos en cuenta en los criterios generales y proyectados a un mundo desconocido, esos criterios suelen resultar inadecuados.

La justicia se refiere a la totalidad de las adjudicaciones **pasadas, presentes y futuras**, por lo que se dice que es una categoría “pantónoma” (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como no somos ni omniscientes ni omnipotentes, cuando no podemos saber o hacer más debemos fraccionar las influencias de justicia, obteniendo así seguridad jurídica. Los menores son seres especialmente referidos al futuro, respecto del cual los mayores, más comprometidos por el pasado y el presente, pueden saber y hacer poco; de aquí que los mayores suelen comportarse de dos maneras ilegítimas, que al fin les brindan una seguridad indebida: o tendiendo a “prohibirlo todo”, para obtener una seguridad cargada de contenidos, o tendiendo a “permitirlo todo”, para lograr la seguridad vacía de no equivocarse.

La pantomomía de la justicia exige tener en cuenta también otras perspectivas, como el **complejo personal** de la humanidad y la individualización de las **consecuencias**. Sin embargo, los menores suelen ser víctimas del fraccionamiento del complejo personal, desconociendo que son en mucho productos de la sociedad, y del corte en las consecuencias, haciéndoles recipientes de impotencias que corresponden a otros. Las tendencias a reducir demasiado la edad de imputabilidad y las agresiones de los padres a través de sus hijos son muestras de esos desvíos. La sociedad que exagera la imputabilidad y los padres agresores se preocupan por su seguridad, prescindiendo del debido desarrollo de la justicia.

12. La justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de **libertad** necesaria para que se

(5) En este sentido suele ser todavía peor la condición de los ancianos, respecto de los cuales suele pretenderse mejorar la expresión “asilo”, que al fin es un amparo de los dolores de la vida, con el término “guardería” que, en la realidad, corresponde a la guarda de personas convertidas en cosas inútiles o el vocablo “residencia”, que indica sólo un lugar donde se está.

convierta en persona. Esto es particularmente necesario respecto de los menores, mas a veces se confunde la libertad con el abandono y en ciertos casos se pretende disimularlo con la corrupción mediante bienes que esclavizan.

13. La justicia exige legitimidad de los repartidores, que puede conseguirse por la **autonomía** (el acuerdo de los interesados) o por la **aristocracia** (superioridad moral, científica o técnica). Ya hemos observado que la autonomía de los menores es muy limitada, pero quizás a su respecto sea posible la legitimación “criptoautónoma”, que obra como el interesado querría que se obrara. Hay que tratar a los menores como ellos desearían ser tratados. Una de las vías para hacerlo es que nos acerquemos a la condición de menores conservando de alguna manera los menores que alguna vez fuimos.

Si bien en general los menores no son aristócratas, vale reconocer que a veces los mayores exageramos nuestra legitimación aristocrática creyéndonos dotados de una superioridad que no tenemos. Baste recordar que el porvenir en que los menores han de vivir nos es en gran medida desconocido. Para que la aristocracia aumente, es necesario desarrollar en la escuela, la familia y la sociedad toda, el conocimiento “pedagógico”, a fin de que la ciencia también contribuya a la guía en la educación del menor.

Entre los objetos repartidores exigidos por la justicia se encuentra la **creación**, opuesta a la rutina. Los menores y su mundo del porvenir requieren una justicia especialmente referida a la creación, diversa del mundo de la rutina en que con frecuencia tendemos a sumergirnos los adultos.

La justicia exige que en los repartos, autoritarios y autónomos, haya audiencia de los interesados, respectivamente a través del **proceso** y la **negociación**. No obstante, como ya señalamos, los menores están en inferiores condiciones para ser realmente escuchados.

14. El régimen justo ha de ser **humanista** y no totalitario, tomando al hombre como fin y no como medio. El humanismo debe ser preferentemente abstencionista, pero subsidiariamente intervencionista (paternalista). Sin embargo, para los menores se hace necesaria de manera particular la intervención de los demás hombres, como tales o como régimen, con el consiguiente riesgo de que sean mediatizados en derivaciones no humanistas sino totalitarias (“totalitarias” individualistas o en sentido estricto), sobre cuya gravedad y frecuencia no es necesario explayarse.

El humanismo requiere que los hombres seamos respetados en nuestra **unicidad**, nuestra **igualdad** y nuestra **comunidad** y que se practique la **tolerancia**, en que podemos elegir entre alcanzar la verdad por un título de fe o de razón. En nuestro tiempo, la utilidad suele excluir al fin la unicidad, quebrar la igualdad, disolver la comunidad y desplegar, en lugar de la tolerancia, la indiferencia o la autoridad. Los menores, especialmente necesitados de todas esas maneras de respeto, son a menudo víctimas de tales desviaciones.

La realización del régimen de justicia requiere proteger al individuo contra **los demás**, como individuos y como régimen, respecto de **sí mismo** y frente a todo “**lo demás**” (enfermedad, miseria, soledad, ignorancia, etc.). Todas estas maneras de la protección suelen hacerse particularmente necesarias respecto de los menores. El **amparo** puede provenir de diversos factores, sea de los otros

individuos como tales o como régimen, de los mismos protegidos, etc., pero en relación con los menores la situación resulta más difícil por su escasa capacidad de participar en su propia protección.

15. Al hilo de las observaciones que anteceden se advierte por qué, como dijimos al principio, a través del Derecho de Menores se sabe mucho más que Derecho de Menores.

# ORIGEN Y DECADENCIA DEL SENTIDO JURIDICO DE LA MODERNIDAD (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. En gran medida la modernidad, que abarcó la Edad Moderna y su epílogo en la Edad Contemporánea, se formó en relación con el fuerte despegue del capitalismo y el avance de una concepción antropocéntrica, que sustituyeron al sentido feudal y el teocentrismo. El hombre quiso dominar el mundo y distanciarse de él para lograr mejor su propósito. En tanto en el ámbito anglosajón se fue desarrollando especialmente el sentido de la experiencia, en el área continental europea la postura cartesiana contribuyó en gran medida a dar papel descollante al pensamiento del sujeto consciente. La Edad Moderna fue el tiempo de la experiencia y de la razón, quizás preparando ya la “postmodernidad” la Edad Contemporánea agregó la preocupación histórica que debilitaba al sujeto (1).

2. Desde el punto de vista jurídico la modernidad significó sobre todo la formación de los Estados en sus perspectivas prácticas y teóricas, con la consiguiente ruptura de los moldes universalistas del Sacro Imperio y de la Iglesia y el avance de los “derechos particulares” sobre el “derecho común”, que fue perdiendo incluso su primacía teórica. La burguesía, ansiosa de contar con los mercados nacionales, se alió primero con los reyes, desde fines de la medievalidad, para vencer las trabas de la organización feudal. Para eso los fue dotando de un poder sin escisiones e incontrastable, hasta que al fin para desatar más los mercados de las injerencias reales abrió cauces al pensamiento y las realizaciones liberales y democráticas.

Los Estados fueron teorizados, por ejemplo, por Maquiavelo, Bodin y Hobbes. Maquiavelo acuñó el término “Estado”, que reemplazaría al más medieval “República”, y afirmó el protagonismo del principio, liberándolo de las reglas morales tradicionales; Bodin planteó la noción de soberanía, ajena a los moldes jusnaturalistas medievales que hacían del gobernante un mero juez encargado de aplicarlos y Hobbes sostuvo el monopolio del poder en manos del gobierno. El burgués Locke, el noble de provincia Montesquieu y el relativamente marginal Rousseau confluirían en debilitar el poder real y en preparar la transferencia del poder al pueblo, que está más próximo al mercado.

(\*) Notas básicas de clases de Filosofía del Derecho dictadas por el autor en la Facultad de Derecho de la U N R.

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

(1) Pueden ver nuestras “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, t. II 1993

Sin embargo, este proceso de particularización no excluyó que ya desde utopías como la de Tomás Moro y luego desde el racionalismo se fueran desplegando grandes ideales, a menudo de proyección universalista. Las revoluciones inglesas, norteamericana y francesa, surgieron en diversos grados de los conflictos entre los ideales y la realidad. La máxima expresión de la particularidad, cargada sin embargo a menudo de una razón con aspiraciones universales, se produjo en la constitucionalización y codificación de los derechos nacionales. Las primeras constituciones formales que partieron de la obra norteamericana y las codificaciones básicamente promovidas por quien sería llamado el “emperador burgués” formaron el estilo jurídico final de la modernidad, que se difundió sobre la base de fenómenos sociales real o pretendidamente análogos, por vía de recepción voluntaria o forzada en muchos otros países.

3. La consolidación del Estado moderno se mostró en su monopolio creciente de las fuerzas armadas, de la administración de justicia y de su racionalidad procesal e incluso de la legislación. La técnica del poder requirió el desarrollo de ramas jurídicas orientadas a su mayor eficiencia como el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal. Al servicio de las vinculaciones entre los Estados se formaron el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado.

4. Sin embargo, hoy el desarrollo de un capitalismo de “sistema” más que de protagonistas y la disolución del sentido de la individualidad, dominado por fuerzas del mercado, por medios de comunicación de masas, por recursos técnicos, etc., responde a un régimen superficialmente diverso pero profundamente monolítico en su excluyente orientación utilitaria, que significa un nuevo período, llamado como anticipamos de la “postmodernidad” (2).

La razón fue impotente para encauzar la universalización de manera satisfactoria, o sea en términos de no beligerancia armada, como lo requiere el sistema, y hoy el capitalismo se procura sus objetivos de expansión a través de la disolución material. El sentido empírico de la cultura anglosajona triunfante, convertido a menudo en pragmatismo apenas conscientizado, tiende a destruir todas las particularidades humanamente significativas, desarrollando sólo las que sirven al logro de un lucro mayor.

(2) Es posible v. 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.

# PANORAMA GENERAL DE LOS RECURSOS PARA PROMOVER EN LOS ALUMNOS LA FORMACION PARA LA INVESTIGACION EN LAS MATERIAS DE DERECHO POSITIVO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

## a) El trayecto de la investigación: sujeto, método, meta

1. En cierto sentido investigar es “des-vestir”, desenmascarar la realidad. Se trata de que desde su inmarginable subjetividad el investigador penetre en la realidad para reconocerla. Para que se realice este “trayecto” investigativo es necesario que confluya la satisfacción de requerimientos respecto del **sujeto**, el “**camino**” o **método** y la **meta**, de modo que los recursos para promover la investigación han de atender a estas tres perspectivas.

## b) Recursos para promover la formación para la investigación en cuanto a su meta

2. En primer lugar, la **meta** de la investigación ha de ser “interesante”, lo que significa que ha de evidenciarse como valiosa. Para que haya ciencia, ha de realizarse como meta la **verdad**, que no es mera erudición sino conocimiento humanizante (1). En el Derecho el conocimiento humanizante supone apreciar los **valores jurídicos**, que constituyen un plexo muy rico, específicamente culminante en la justicia, como exigencia última de la esfera de libertad para la plena realización de cada hombre. Sin embargo, para que haya investigación ha de tratarse de una **verdad nueva** por conquistar, motivante de una **pregunta** y no de una verdad ya dada. El **positivismo** y el **jusnaturalismo apriorista** suelen confluir en bloquear los caminos de la investigación: el primero en cuanto oculta los significados axiológicos del Derecho, el segundo en la medida que presenta un complejo ya dado, que se remite a una respuesta de tipo más o menos dogmático.

3. El desinterés por la investigación en el Derecho suele ser el precio que se paga por la **subversión**, la **arrogancia** e incluso la **inversión** de otros valores como el poder, el orden o la

(\*) Comunicación presentada por el autor a la Jornada sobre recursos para promover en los alumnos la formación para la investigación en las materias de Derecho Positivo organizada por el Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

(\*\*) Responsable del Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) En los horizontes del tema cabe tener en cuenta por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La justice et la vérité dans le monde juridique” (versión francesa en colaboración), en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, LXIX, fasc. 4, págs. 446 y ss.; CABRAL, César A. (Dr.), “Motivación”, Bs. As., sibalba-Boedo, 1976; HABERMAS, Jürgen, “Conocimiento e interés”, trad. Manuel Jiménez, José F. Ivars y Luis Martín Santos, Madrid, Taurus, 1982, etc.

coherencia, la utilidad o la misma humanidad que, falsificados, se dirigen contra la justicia. Sin embargo, también puede tratarse de la **inversión**, la **subversión** y la **arrogancia** de la justicia que, desviada, se dirige contra esos otros valores (2). Si, por ejemplo, el Derecho no debe ser más que la consagración de la voluntad de los poderosos, un medio para lucrar de la manera más fácil posible, o la ejecución de ciertos dogmas, es muy poco lo que hay que investigar; nada es lo que ha de abordarse científicamente.

4. Para que la meta de la investigación en el Derecho resulte importante urge que se comprenda que éste siempre requiere verdades nuevas que se hacen imprescindibles, sobre todo, en el **funcionamiento** (3) de las normas con sus tareas principales de interpretación, determinación, conjetura, elaboración, aplicación y síntesis.

En el mundo jurídico la investigación no es sólo necesaria para el saber **teórico** acerca del objeto sino para hacer su realidad, a través de la **práctica**.

5. Es relevante que la meta del conocimiento del Derecho se evidencie en su **plenitud tridimensional**, sea como **fenómeno jurídico** o como **fenómeno científico**. Han de reconocerse en su integridad tridimensional las adjudicaciones captadas por normas y valoradas por la justicia (4) y los actos y hechos de conocimiento captados por juicios y valorados por la verdad (5).

6. Desde la perspectiva **jurídica**, en las materias de Derecho Positivo es decisivo reconocer que más allá de la **fachada normativa** existen la realidad social y las exigencias de justicia. Hay que advertir que el Derecho es en gran parte un “objeto enmascarado” por las normas. Es necesario mostrar que es una manifestación de la **vida**, que al repartir “potencia” e “impotencia” reparte lo que favorece o perjudica a la vida, y en mucho la vida se interesa por ella misma.

7. Cada noción jurídica ha de ser estudiada tridimensionalmente, destacando sobre todo los valores en juego. Algunas nociones como las de **fidelidad**, **exactitud** y **adecuación** de las normas, que corresponden respectivamente al reflejo de la auténtica voluntad de los autores, al cumplimiento de esta voluntad y a la contribución normativa al cumplimiento de los fines de los mismos, son muy relevantes para enriquecer la investigación jurídico-normológica con la jurídico-sociológica.

Nociones jurídico-sociológicas como las de **repartidores**, **recipiendoarios**, **objetos**, **formas**, **móviles**, **razones alegadas** y **razones sociales** poseen gran significación para abrirse a la investigación de los despliegues jurídico-dikelógicos.

Perspectivas como las de **relaciones entre los valores**, de las **clases** o vías para el descubrimiento de la justicia, de superación de los meros criterios generales orientadores de valor hacia la valencia del valor y las **valoraciones completas**, contando en este caso con el auxilio del

(2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 16 y ss.

(3) Es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 251 y ss.

(4) V. en general GOLDSCHMIDT, op. cit. También pueden tenerse en cuenta nuestros “Estudios de Filosofía ...” cit., y “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para la Investigaciones Jurídicas, 1986.

(5) Es posible v. nuestras “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en “Revista de la Facultad de Derecho” de la Universidad Nacional de Rosario, Nos. 2/3, págs. 89 y ss.; también “Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia”, en “Zeus”, t. 29, págs. D. 175 y ss.

método de las variaciones que cambia imaginariamente los casos para encontrar sus elementos más significativos, y la comprensión de la “**pantomomía**” de la justicia, referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, pero necesitada de fraccionamientos, poseen gran relieve para abrir la investigación axiológica a la plenitud del valor.

8. Para que la meta de la investigación sea interesante ha de evitarse el despedazamiento del mundo jurídico en disciplinas constituidas en compartimientos estancos, mediante el desarrollo de la comprensión del **sistema jurídico** en una “Teoría General del Derecho”. Poco puede atraer una realidad que, por ejemplo, entre nosotros está escindida en alrededor de treinta “derechos”.

Asimismo hay que superar la mera circunstancialidad con horizontes vitales de **Historia del Derecho, de Prospectiva Jurídica y Derecho Comparado**.

9. En relación con la perspectiva **científica**, para promover el interés vale apreciar que cada acto de conocimiento con su estructura real, de sujeto cognoscente, objeto conocido, forma, razones, etc., captado por juicios y valorado por la verdad, es a su vez una adjudicación de potencia e impotencia.

Se dice hace tiempo que ciencia es potencia en el sentido de poder, pero también **ciencia es Derecho**. Investigar es repartir potencia e impotencia y esos repartos, captados por normas, han de ser justos. Realizar la ciencia del Derecho es un **deber jurídico**, al fin también una exigencia de justicia. El Derecho requiere ciencia y la ciencia es Derecho.

10. Si no se aprecian los valores a los que ha de tender la investigación ésta puede caer, como muy a menudo sucede, en la mera **falsificación** en que se simula investigar cuando, por ejemplo, sólo se desarrolla una tarea **burocrática**. La falsificación de la investigación, frecuente sobre todo en países con limitada tradición en el desarrollo del saber, es uno de los riesgos mayores de la tarea científica.

11. Los recursos básicos para la formación para la investigación consisten en gran medida en la nítida y cabal comprensión de todas sus metas. En la medida que se pretenda un compromiso ya pleno con la investigación es necesario que el sujeto cuente con nociones de **epistemología, política científica y filosofía de la ciencia**.

En nuestro caso, de la investigación jurídica, importa decisivamente que todo estudiante pueda adentrarse sin extravíos en los **horizontes sociológicos, lógicos y filosóficos del Derecho**. Es más: vale reconocer, sobre todo a la luz de la conciencia de este tiempo, que la investigación en cualquier rama científica ha de desarrollar, sin confusiones, su proyección **interdisciplinaria**.

c) **Recursos para promover la formación para la investigación relacionados con el método**

12. Si bien es verdad que no existe “el método” para la investigación y que en gran medida -como se dice poéticamente- no hay camino y se hace camino al andar, mucho es lo que puede aportar a la investigación la disponibilidad de buenos recursos **metodológicos**, como son, según hemos experimentado, los de la teoría trialista del mundo jurídico. El método es resultado de investigaciones anteriores que contribuyen a facilitar la propia investigación.

Según señalamos, la exclusividad del **método normológico**, desprovisto de las perspectivas de los **métodos sociológico y dikelógico**, suele privar de resultados interesantes a la investigación jurídica y desalentarla.

13. Sólo con un adecuado instrumental **conceptual** y **expresivo** capaz de superar los moldes doctrinarios decimonónicos que aún predominan y de dar cuenta de la realidad, con disponibilidades **bibliográficas** adecuadas, mayores que las que poseemos, y con recursos técnicos en nuestro medio todavía casi marginados como los de la **informática**, puede asegurarse el éxito en la tarea de investigación.

Para participar en la tarea de investigación como hecho social se ha de contar con recursos para la **propia expresión**, a través de revistas, boletines, anuarios, etc. y al hilo de posibilidades de colaboración en la labor docente, en cierto grado, también a partir de la condición de estudiantes que aprenden a investigar. El desarrollo de la capacidad para **proyectar** investigaciones resulta altamente significativo, de modo que la formación de los alumnos al respecto ha de merecer amplia atención.

#### **d) Recursos para promover la formación para la investigación relacionados con el sujeto**

14. Para que haya investigación es, sin embargo, decisiva la actitud del **sujeto**. En diversos grados **todo** universitario ha de estar internamente iluminado por la llama de la investigación y es mucho lo que hay que lograr en el sujeto alumno para promover la investigación. Algunos estudiantes serán investigadores profesionales y otros no, pero todos necesitan en cierta medida una “dimensión de investigación”, aunque sea para reconocer la específica perspectiva de la verdad que sólo puede advertirse desde su propio punto de vista.

En realidad nuestra educación tradicional, desde los niveles inferiores hasta la Universidad, no educa. Cuanto más pretende **informar** pero no **forma** y es en gran medida responsable de la defeción en la investigación.

Nos parece claro que la conciencia general de investigación se ha deteriorado especialmente en nuestros días de la “razón débil” y del radical utilitarismo profundo que reinan en la “postmodernidad”, pero debemos reconocer que la conciencia de la investigación jurídica ha sido siempre una de las más escasas.

15. La investigación requiere movilizar todas las facultades mentales, exige superar el bloqueo en la **memoria** abriéndose a la plenitud que incluye la **inteligencia**, el **sentimiento** y la **voluntad**. Supone que, en definitiva, el sujeto sienta la pregunta desde su interior. El motor último

de la investigación está en la **mente abierta** del investigador. Para que haya investigación hay que evitar todos los desvíos de la **indiferencia** y del **fanatismo**.

16. Como suele ocurrir con todas las actividades muy cargadas de experiencia, a investigar se aprende **investigando**, aunque al principio los resultados sean ya conocidos por la sociedad. Urge “invertir” el proceso autoritario, que desde afuera imparte conocimientos, para promover el **descubrimiento** por el propio sujeto. Una valiosa regla de tradición pestalozziana, muchas veces declamada y pocas veces cumplida, es no enseñar al alumno lo que éste puede aprender por sí solo.

17. Para formar mejor para la investigación hay que introducir ciertos cambios en los **programas** y los **planes de estudios**, pero sobre todo hay que modificar la **formación de los docentes** y el proceso de **enseñanza-aprendizaje**.

Importa evitar el enciclopedismo y seleccionar las materias a estudiar teniendo en cuenta su **autonomía científica**, en especial desde el sistema del saber, y su **autonomía educativa**, en este caso, por su aptitud para educar para la investigación. Hay que superar la complejidad impura, que mezclaría las disciplinas de estudio, pero también la simplicidad pura que pretende compartmentalizarlas, llegando así a una **complejidad pura** que al propio tiempo las diferencia y las integre. Las materias tienen valor especial en la medida que abren a nuevas perspectivas de lo jurídico. Debe reconocerse también el significado de los capítulos y las unidades de los programas para promover la aptitud para la investigación: por ejemplo, los que se refieren al **espíritu** de la materia que se estudie y al manejo de **fuentes** tienen particular relieve.

La idoneidad del docente como profesional, en nuestro caso como abogado litigante, magistrado, etc., puede contribuir a mejorar su desempeño en ciertas circunstancias, pero en modo alguno lo exime de asumir su responsabilidad como **educador**. Importa que quien enseñe a investigar haya investigado, y si es posible esté investigando. Quien sabe qué es investigar conoce mejor qué se necesita para hacerlo. Es relevante que existan **centros de investigaciones** abiertos al acceso de los alumnos. La investigación requiere una especie de “**mística**” y una exigente ética de adhesión a la verdad que se desarrollan más fácilmente en contacto con investigadores.

Es importante que confluyan en el proceso educativo todos los **contenidos y métodos** que las circunstancias requieran, sin preferencias apriorísticas: planteos teóricos y prácticos, clases “frontales” o grupales, seminarios, etc. En nuestra Facultad urge mejorar los resultados de los seminarios que se desarrollan en el Ciclo de Orientación Definida e importa que las cátedras organicen **seminarios paralelos** a los cursos, para los alumnos con más vocación. En la cátedra I de Introducción al Derecho tenemos satisfactoria experiencia en la organización de seminarios de profundización.

Para la preparación de los alumnos para la investigación tiene destacada importancia la adecuada formación de postgrado de los nuevos docentes e investigadores. En particular hay que potenciar el dictado de maestrías y el doctorado, aspecto éste en que nuestra Facultad posee una obligación pendiente.

18. Muy especial consideración merece la **evaluación** con miras a jerarquizar las aptitudes para la investigación. Nuestra evaluación frecuentemente memorista es una de las claves de la clausura a la investigación. Aprender a investigar suele valer más que recibir información sobre muchos temas, pero quizás debamos reconocer que -por ejemplo por la masividad de los cursos- estamos lejos de hallarnos en condiciones satisfactorias para evaluar la formación para la investigación.

19. En última instancia la preparación para la investigación requiere que el propio **alumno** se haga consciente de la responsabilidad que le corresponde en su propia formación. Hay que destruir lo que parecería ser una confabulación contra la inteligencia, quizás en partes surgida de la comodidad de los docentes y los propios alumnos y promovida para la preservación de intereses privilegiados frecuentemente ocultos.

20. Todo el proceso de la educación jurídica, incluyendo de modo especial las difíciles áreas del Derecho Positivo, ha de confluir, en suma, para lograr las condiciones de **información, originalidad, perseverancia, confiabilidad**, etc. que caracterizan a los verdaderos investigadores.

#### **e) Recursos para promover la formación para la investigación relacionados con la institución y la sociedad**

21. Lo expuesto exige, en gran medida, un replanteo efectivo de los fines de la **Universidad**. Hay que tomar conciencia de que una Universidad que no educa o no investiga no satisface las exigencias básicas de la vida de nuestro tiempo y no es verdaderamente tal (6). Para potenciar la presencia de la investigación en la Universidad son importantes las **carreras específicas** como las del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas y el Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario y los **consejos asesores** como el que en la materia tiene nuestra Facultad.

Es notorio que en países como el nuestro uno de los obstáculos importantes para la investigación en todos los niveles es la escasez de recursos económicos, pero no hay que caer en la mera ilusión de que con recursos económicos mágicamente se conseguiría el desarrollo de la investigación.

La ciencia y la práctica del Derecho son imposibles sin investigación y la declinación de la ciencia y la práctica del Derecho es uno de los riesgos que, sobre todo en la economista postmodernidad, más amenazan a la condición humana (7).

(6) Estamos informados de que sobre este aspecto ha de versar la comunicación de la profesora doctora Ada Lattuca.  
(7) Un horizonte de las posiciones actuales acerca de la ciencia puede v. en nuestro "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 19, págs. 9 y ss.

# PERSPECTIVAS PARA UNA COMPRENSION FACTICA, LOGICA Y AXIOLOGICA DE LA BIOETICA

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

1. La época que nos toca vivir es protagonista de la ruptura de varias de las grandes fronteras que limitaban las posibilidades humanas. Se destacan, así, la quiebra de la frontera **atómica**, manifestada de manera imponente con el estallido de la primera bomba de ese carácter, que quizás marcó el comienzo de una nueva edad o tal vez una nueva era histórica; la ruptura de la frontera del **espacio**, lograda espectacularmente con el alunizaje; la superación de las fronteras de la **información**, obtenida con la informática, y hoy la quizás más significativa ruptura de la frontera **genética**.

La magnitud de las posibilidades surgidas de la superación de los límites genéticos, que marca la más grande línea de crisis en la relación entre la **naturaleza** y la **cultura**, ha promovido, junto a otros factores como la explosión de las posibilidades de la medicina positivista, enormemente desarrollada y notoriamente insuficiente, la formación de una nueva disciplina: la **Bioética** (1).

La crisis entre naturaleza y cultura que promueve la formación de la Bioética no debe entenderse, sin embargo, en el sentido de confundir la cultura con la ética. La cultura es siempre proyección hacia valores, pero la ética es teoría acerca de lo valioso y lo “desvalioso” de nuestras acciones. Vivimos un tiempo de enorme avance de lo cultural sobre lo natural, mas el problema de la Bioética consiste en determinar la relación de la ética con el resto de la cultura y con la naturaleza como despliegues de la vida.

Estimamos que la Bioética, sobre todo en cuanto se refiere a la vida del hombre, es la perspectiva filosófica más significativa de nuestro tiempo. De ahora en adelante, el valor de toda Filosofía depende, de manera destacadísima, de sus consecuencias acerca de la Bioética. Así se evidencia, por ejemplo, el carácter anacrónico del positivismo lógico como filosofía, que nada significativo puede decir acerca de las cuestiones de Bioética. Es más: desde ahora las ciencias apegadas al positivismo se muestran como insuficientes y carentes de fundamentación. Así se advierten, como ya señalamos, la insuficiencia y la falta de fundamentación de la medicina positivista, que en mucho redujo su saber a fenómenos físicos y químicos sin poder decir nada significativo acerca de las grandes cuestiones de la Bioética.

Es notorio que el significado de la expresión “Bioética” surge en mucho de los significados

(\*) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Puede v. nuestro trabajo “Panorama de los fundamentos de la Bioética”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 18, págs. 33 y ss. En cuanto a la bibliografía reciente pueden v. también por ej. GRODIN, Michael A. (ed.), “Meta Medical Ethics - The Philosophical Foundations of Bioethics”, Dordrecht, Kluwer, 1995; DWORKIN, Ronald, “Il dominio della vita”, trad. Carla Bagnoli, Milán, di Comunità, 1994.

de las expresiones parciales que la componen: de qué se entiende por **vida** y por **ética**. Sin embargo, ambos elementos suelen contribuir a definirse recíprocamente, al punto que hay quienes sostienen que vivir es cumplir con la ética y quienes afirman que la ética es cumplir con la vida. Por tales caminos, los significados de la expresión compuesta suelen ser confusos.

De cierto modo, la vida ha de entenderse como el despliegue respectivo del **ser**, con los sentidos naturales y culturales generales que correspondan, y la ética como el desarrollo del **deber ser**, como proyección a los valores y como exigencia de los mismos. La Bioética es, sobre todo en estos días, la expresión más significativa de la tensión entre ser y deber ser.

Si bien todo ser genera un deber ser propio al respecto, o sea para que ese ser sea, siempre cabe preguntarse si ese ser debe ser, y dicho problema puede remontarse hasta los interrogantes que se refieren no sólo a si el hombre y la vida deben ser, sino a si el universo mismo debe ser. La opción por la existencia o por la inexistencia del universo parece ser muy difícil de sostener, salvo con razones relativamente “débiles”, como la preferencia del ser a la nada. Estas dificultades son una de las vertientes en las que se muestra por qué, para resolver la tensión, suele recurrirse al fin a Dios que, en caso de existir, sería el Ser que Debe Ser. Si el universo debe ser, la vida que es una de sus manifestaciones más avanzadas, también debe ser y la Bioética adquiere así mucho de su significación.

En cierta proyección ontológica de la relación humana entre ser y deber ser suele decirse que el hombre es el “animal ético”. La Bioética corresponde a la línea de tensión entre lo **animal** y la **ética**.

**2. La vida** se identifica en gran medida por la autogeneración del cambio. Un ser está vivo cuando él mismo genera su propio cambio. Se trata de un complejo de pasado, presente y porvenir, de un complejo de individualidades y de un complejo real del que es parte la ética misma. Cada época concibe a la vida con alcances relativamente diversos y tal vez no sea por casualidad que en estos días de la “postmodernidad” se habla del fin del mito del sujeto consciente y se está en condiciones de poner en crisis, sin vocación necesariamente superadora, a la otrora orgullosa especie humana. La concepción difusa de la vida contribuye a que se piense de manera difusa a las especies vivas.

La **ética** puede constituirse por referencias a diversos valores. Aunque las posiciones tradicionales están en mucho impregnadas por las remisiones éticas al “bien”, a la verdad, la justicia, el amor, la santidad y la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), hoy han ganado predominio las éticas de la salud y sobre todo de la utilidad, que se apegan más a la relación de la realidad entre causa y efecto, en el último de estos valores, como necesidad y satisfacción (2).

**3. La Bioética** se plantea en el marco de un gran **vacío** de la ética tradicional. Luego de las fronteras que hemos traspasado en nuestro tiempo, a veces se encuentran los “vacíos físicos” del espacio “exterior” y de las nuevas posibilidades genéticas y en otros casos los “ llenos” del átomo y de la información, pero siempre hay al fin un gran vacío, una gran **carencia** (o “laguna”) de **respuesta ética**. Tal vez el más significativo de todos estos vacíos éticos sea el de la genética

(2) Es posible c. por ej. HESSEN, Johannes, “Tratado de Filosofía”, “Teoría de los valores”, trad. Juan Adolfo Vázquez, Bs. As., Sudamericana, 1970, esp. págs. 511 y ss.

humana, porque a diferencia de los otros, se refiere a nuestro propio ser.

I. La Bioética se pregunta por la respuesta a elaborar para **integrar** la laguna ética provocada por el enorme avance de la ciencia y la técnica, sobre todo desde la genética y la medicina, respecto de la vida en general y de la vida humana en especial.

4. Para comprender mejor la expresión compleja “Bioética” es esclarecedor tener también en cuenta cuáles son las posibilidades **fácticas, lógicas y axiológicas** de la relación entre los dos elementos que la componen, o sea entre la **vida y la ética**.

5. Desde el punto de vista **fáctico**, la relación entre la vida y la ética enfrenta a respuestas de **duración, de cambio y de extinción**. Las tendencias del pasado y del presente a sobrevivir y del futuro a su nueva vida a menudo se oponen, dramática o trágicamente. Hay que responder a los requerimientos de la vida respecto de los seres -humanos o no- del pasado, del presente y del porvenir. Se trata, en este aspecto, de exigencias respecto de la vida del hombre actual y de los seres que viven simultáneamente con él (de alguna manera “parahumanos”) y también de los otros seres vivos del pasado y el futuro, incluso prehumanos o transhumanos (quizás sobrehumanos). Además, dentro de cada vida hay que resolver las tensiones entre los despliegues afirmativos y críticos, que también con frecuencia son dramáticas e incluso trágicas.

Es evidente que las actitudes más **conservadoras, innovadoras o destructoras** de quienes participen en la solución respecto de la duración, el cambio y la extinción de la vida tendrán gran influencia en lo que se haga. La viejas polémicas referidas al **ser** y el **devenir** y al **ser** y la **nada** asumen ahora caracteres destacadísimos.

Sin desconocer que las nociones de evolución y revolución son relativas, incluso se ha de decidir si se adoptan actitudes más “**evolutivas**” o “**revolucionarias**”.

6. A fin de comprender las posibilidades de la relación entre la vida y la ética desde el punto de vista **lógico**, es importante tener en cuenta en primer término que, excluidos el aislamiento en que la vida y la ética pretenderían correr por cauces separados (aislamiento que no es factible en la única realidad) y la oposición frontal, ya que así lo indica el propio sentido compuesto del término Bioética, pueden presentarse vinculaciones de **dominación, de coexistencia o de integración**.

Las soluciones “**dualistas**” de aislamiento no corresponden a la que consideramos la realidad única de la vida, de modo que sólo es posible discutir al fin soluciones “**monistas**”. Vida y ética se desenvuelven, de manera monista, en un sólo hontanar con las posibilidades de oposición frontal y de vínculos de dominación, coexistencia e integración que acabamos de señalar.

Los lazos de **dominación** significan que la vida se impone a la ética o la ética a la vida. Si la vida se impone a la ética, resulta que la bioética es ética de, por, hacia, para o según la vida; si la ética se impone a la vida resulta que en cambio la bioética significa vida de, por, hacia, según o para la ética. Puede decirse que en un caso la vida está sobre la ética y en otro la ética está sobre la vida. Las posiciones de Nietzsche y Kant pueden ser muestras radicalizadas de una y otra respuesta.

Los vínculos de **coexistencia** corresponden a grados de relativa independencia, significan que se ha de vivir con ética o se han de cumplir la ética con la vida. Sin embargo, tratándose a nuestro parecer de una misma realidad, en lo más profundo siempre se deciden en términos de dominación, sea de un elemento por el otro o de un tercer elemento, que puede ser el cosmos, Dios, etc.

La **integración** significa que los dos elementos se enriquecen recíprocamente, que de cierto modo uno ha de ser parte del otro. No obstante, también en este caso en el fondo de la realidad que consideramos única se producen sólo vinculaciones de dominación. La expresión compuesta “Bioética” da cierta idea de integración, mas tal vez en la más honda profundidad esa integración no exprese dos elementos distintos, sino un solo elemento, sea la vida, la ética, el cosmos, Dios, etc. Las respuestas bioéticas religiosas (por ej. del catolicismo) suelen alegar la coexistencia o la integración de los elementos, aunque a menudo, a través de la dominación de la referencia divina, significan también una dominación de la ética sobre la vida.

Como se ha mostrado, para reconocer mejor la relación entre los diversos elementos de la vinculación bioética vale tener en cuenta el juego de las diversas **preposiciones** con que corresponde expresarlas. Sin embargo, según ya señalamos, en última instancia, más allá de las diversas posibilidades de relaciones que se dan en la superficie, de alguna manera se trata siempre de saber si la vida domina o ha de dominar sobre la ética, si ésta domina o ha de dominar sobre aquélla o un tercer despliegue domina o ha de dominar respecto de ambas. En los niveles relativamente menos hondos cabe plantearse la integración, mas creemos que en profundidad última se produce la dominación, porque el universo es uno.

7. Las relaciones de duración, de cambio y de extinción, de dominación, coexistencia o integración que se desarrollen en la Bioética pueden guardar diversas vinculaciones con los **valores**.

Según los valores que se tomen como referencia, la tensión de la Bioética es mayor, si se hace remisión a la justicia, el amor, la santidad, la humanidad, etc., o menor, si la dirección es hacia la verdad, la salud, la utilidad, etc.. Si la ética apunta más a la justicia, el amor, la humanidad, etc. puede llegar a prevalecer ella sobre la vida; si se remite más a la salud y a la utilidad, la vida tiene más posibilidades de predominar respecto de la ética, y cuando se refiere a la santidad se abre el camino para que a través de la ética prevalezca la divinidad.

Uno de los grandes interrogantes de la Bioética, que todavía puede resultar demasiado audaz y provocar un espanto contraproducente y que a veces es asociado al descrédito de los experimentos nazis, pero que hay que asumir si se le ha de dar una respuesta consciente, es si debe subsistir la **humanidad**. Hay que preguntarse con qué alcance hay un deber ser de humanidad y si la especie humana está enfrentada a alguna exigencia superadora de dar espacio a otros desarrollos biológicos. Otros interrogantes muy difíciles de responder se refieren a la legitimidad de la humanidad para decidir el fin y el comienzo de las especies.

Creemos que aunque en los niveles menos profundos pueden y deben presentarse vinculaciones de **integración** entre ética y vida e incluso de **dominación** de la ética sobre la vida,

en las inevitables relaciones de **dominación** de la profundidad es al fin la vida la que ha de prevalecer sobre la ética. Podría decirse que en definitiva sostenemos una ética de, por, hacia, para y según la **vida**. Es posible afirmar que, de cierto modo, la vida es jerárquicamente “sobre” la ética.

La Bioética es **tridimensional** y abarca hechos, lógica y valores, de modo que, en principio, es imprescindible la integración entre vida y ética, pues se trata de dimensiones de una misma realidad, que a nuestro parecer en definitiva es la vida. Una dominación total de un elemento por otro significaría, en cambio, un ilegítimo unidimensionalismo. Al fin, sí, la vida se razona y se legitima por ella misma.

8. A la luz de la Bioética, nacida en parte de la crisis del paradigma positivista de la medicina, se hace evidente la necesidad de comenzar y concluir los estudios médicos con dos disciplinas filosóficas: al empezar, respondiendo a la pregunta acerca de qué es la medicina en sí (Filosofía Médica “Menor” -de alcance menor- o Introducción a la Medicina) y al finalizar contestando al interrogante acerca de qué es la medicina en relación con el resto del mundo (Filosofía Médica “Mayor” o Filosofía de la Medicina).

A la luz de la Filosofía Médica Menor podría reconocerse la **tridimensionalidad** integrada de la medicina en una **teoría trialista del mundo médico**, que reconociera en éste un orden de actos médicos, captados lógicamente por normas y valorados -los actos y las normas- por el valor salud (3). A la simplicidad pura de la medicina positivista, reducida a los actos médicos, que sucedió a la complejidad impura de la magia e incluso de la confusión médico-filosófica, debe suceder la complejidad pura de la teoría trialista del mundo médico. A la luz de la Filosofía Médica Mayor se profundizaría hasta encontrar la dignidad, que para la medicina es última, de la vida humana y su puesto en el universo.

(3) Acerca del tridimensionalismo pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84, “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986

# PRIVATIZACION Y DERECHO PRIVADO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. En nuestro tiempo de la llamada “postmodernidad”, signada por la fragmentación de la superficie de la vida y una radical uniformidad profunda (1), se viene desarrollando una tendencia a extremar el sentido de lo privado, que nos enfrenta a diversos interrogantes significativos. Entre éstos se destacan las cuestiones de saber si se trata de una expresión **extrema** del Derecho Privado o de un fenómeno de **desviación**, porque el Derecho Privado sólo sería tal en relación con el Derecho Público y si, en su caso, es un **definitivo** triunfo de lo privado o un momento de su **dialéctica** con lo público (2).

2. Si la privatización difundida en el mundo de estos días (3) fuese permanente, de cierto modo podría ser correcto hablar de la sustitución de lo **histórico** por lo meramente **biográfico** y del “fin de la historia”, por lo menos en cuanto a historia con héroes. Tal vez no sea por azar que son tan escasos los hombres que pretenden algún protagonismo histórico, con cierto grado de heroísmo, y en cambio son tan frecuentes los que sólo anhelan el placer personal. Quizás no resulte irrelevante el gran avance producido en el interés por la “historia de la vida cotidiana”.

3. La radicalización privatista se muestra, por ejemplo, en la crisis interna y externa del **Estado**, que de alguna manera es la culminación del sentido del Derecho Público, pero a nuestro parecer el Derecho Privado sólo es tal en **dialéctica** con el Derecho Público.

La crisis del Estado abarca los más diversos niveles de su composición. La **Constitución** está en crisis porque sus contenidos se hacen difusos, la jerarquía de su nivel disminuye, pues se mezcla con los contenidos de niveles normativos inferiores y ya no se la piensa como una obra destinada a perdurar largo tiempo. El carácter difuso y no perdurable de la Constitución se muestra,

(\*) Ideas básicas de la clase inaugural dictada por el autor en el curso lectivo 1995 de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(\*\*) Director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado.

(1) Acerca de la caracterización de la postmodernidad puede 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”, Nº 19, págs. 9 y ss.

(2) Respecto de la caracterización del Derecho Privado es posible v. por ej. nuestros artículos “Derecho Público y Derecho Privado”, en “La Ley”, t. 1979-D, págs. 956 y ss., “Filosofía del Derecho Privado”, en “Investigación y Docencia”, Nº 11, págs. 13 y ss., “Perspectivas filosófico históricas del Derecho Privado”, en “Investigación ...” cit., págs. 29 y ss., “Notas para la comprensión axiológica del subsistema del Derecho Privado”, en “Investigación ...” cit., Nº 11, págs. 29 y ss.

(3) Puede v. por ej. GOLDSTEIN, Andrea - NICOLETTI, Giuseppe, “Privatizaciones en Italia”, en “Boletín Informativo Techint”, Nº 281, págs. 29 y ss

por ejemplo, en la reciente reforma que ha incorporado a la Carta Magna argentina numerosos tratados de derechos humanos, valiosos pero sin integración sistemática, y en que no se la ha pensado para largo tiempo, no tanto porque la historia se haya acelerado, sino porque reina la inestabilidad de superficie. La circunstancialidad del móvil principal de la posibilidad de reelección presidencial, que provocó la reforma, es evidente.

La crisis del **poder legislativo** es notoria por el avance de los decretos del poder ejecutivo, según ha ocurrido en países tan diversos como la Argentina o los Estados Unidos de América. La crisis del **poder judicial** es también fácil de advertir, por ejemplo, por los avances que a su respecto tienen los medios de comunicación de masas que frecuentemente “condenan” y “absuelven” sumariamente, prescindiendo de los pronunciamientos judiciales, y porque la racionalidad del proceso es carcomida, v. gr., por la intervención de partes no bien delimitadas y por la ruptura general de su lógica. El **poder ejecutivo** está en crisis por la burocratización y la ineficiencia que suelen obligarlo a “privatizar” servicios a veces vinculados profundamente con el bien común.

4. La privatización radicalizada se manifiesta en la crisis de casi todo lo que sea **institucionalidad y aristocracia** (superioridad moral, científica o incluso técnica), con la consiguiente difusión de la negocialidad y la democracia que, no obstante, son impotentes para superar la dictadura tecnocrática. Una de las expresiones de esta crisis de las instituciones y la aristocracia es la situación que afecta a la **Universidad**, “privatizada” en sus tres perspectivas de docencia, ciencia y profesión (4).

Muy a menudo, sobre todo en países como la Argentina, cada participante de la vida universitaria busca sólo su ventaja particular. La actividad de los docentes está “privatizada” porque van dejando de considerarse educadores al servicio de la personalización de los estudiantes, una especie de apóstoles de la verdad y la humanidad, para identificarse lisa y llanamente en la condición de **trabajadores rutinarios** en busca de un salario. La actividad de los estudiantes se “privatiza” porque con frecuencia acuden a la institución en la mera búsqueda fácil de un **título** que les permita lucrar lo más posible.

La ciencia, que es compromiso con la verdad que se va desarrollando a través del tiempo, está privatizada porque se convierte en **técnica**, que es saber recortado con miras al hacer y, en definitiva, a la utilidad. La privatización alcanza a la abrumadora consideración de los problemas circunstanciales e incluso personales, sea en los libros, las conferencias, etc. No es por azar que en diversos países hay tendencias a disolver, con carácter utilitario, los **organismos científicos** estatales, específicos o universitarios, que hasta ahora asumen la perspectiva de bien común de la ciencia.

A su vez, también la profesión suele privatizarse de manera radical, porque también ella pierde la mística de valores que contribuía a diferenciarla del **oficio**. Quizás el tipo norteamericano del abogado que mide el tiempo de cada actividad profesional para el cobro de honorarios esté destinado a difundirse por el mundo.

(4) En relación con el tema es posible v. nuestros artículos “Clases de justicia y Universidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 21, págs. 13 y ss., “Doctorado, Universidad y Derecho”, en “Boletín ...” cit., Nº 7, págs. 103 y ss., “El “saber-poder” y el drama de la universidad argentina”, en “Boletín ...” cit., Nº 15, págs. 44/45.

5. La privatización extrema, sin orientación por otros valores superadores de la necesaria pero no suprema utilidad, conduce a la generalización de la **corrupción**. El sentido de lo privado es muy diverso si sus planteos de justicia particular se desarrollan en dialéctica con lo público y su exigencia última de justicia general (y bien común) o pretendiendo desentenderse de estas otras perspectivas. La radical privatización está a gran distancia del verdadero Derecho Privado.

6. La distinta y menor presencia del Derecho Público se manifiesta en todo el “**sistema jurídico**”. En el marco tradicional publicista se expresa, por ejemplo, en los cambios profundos producidos en el Derecho Administrativo (5), en las tendencias a sustituir la pena por la composición, en la reciente reforma de nuestra Constitución, elaborada con el móvil principal de preservar un plan económico privatizador, y en los crecientes contenidos privatistas de los tratados internacionales.

En el ámbito histórico del Derecho Privado se manifiesta, v. gr., en la crisis de la división pentárquica tradicional del Derecho Civil, con el debilitamiento de los rasgos “duros” de los Derechos Reales y el Derecho de Familia, que están ahora más próximos a los contratos; en el replanteo profundo y quizás la disolución del Derecho del Trabajo y en el avance de la autonomía internacional de las partes, en el más frecuente recurso al Derecho de la residencia habitual, con relativo detrimento de la mayor institucionalidad de la nacionalidad y el domicilio, y en la sujeción de la existencia de las sociedades comerciales a la ley del lugar de constitución, abandonando la conexión con el domicilio que había ganado consideración a mediados del presente siglo (6).

7. Si bien la privatización es una característica general de la “**postmodernidad**”, en países como la **Argentina**, signados por el desarrollo histórico del monopolio comercial y el contrabando y por la inmigración mayoritaria desde regiones con muy predominante sentido de la ventaja individual, con muy limitada conciencia del bien común, resulta de cierto modo más intensa, hasta el punto de resultar a veces asfixiante.

Corresponde al misterio del porvenir saber qué ha de suceder con el fenómeno privatizador de nuestros días. Sin embargo, pensamos que es muy posible que sea sucedido por la formación, tal vez desde sus bases, de un nuevo sentido del Derecho Público (7).

(5) Pueden v. en relación con esta materia nuestras “Notas para la comprensión axiológica del Derecho Administrativo”, en “Investigación ...” cit., Nº 21, págs. 37 y ss.

(6) En cuanto a la Teoría General del Derecho como estudio del “sistema jurídico” es posible v. por ej. nuestras “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.; también el artículo que escribimos en colaboración con Ariel Ariza, Mario E. Chaumet, Carlos A. Hernández, Alejandro Aldo Menicocci, Alfredo M. Soto y Jorge Stähli “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

(7) Aunque es reflejo del abuso privatista y al fin parece buscar el bien particular, una muestra del posible avance del sentido público puede ser la creciente conciencia ecológica

## MACBETH Y EL PODER(\*)

Adela CZARNY (\*\*)

El tema del poder, de la ambición, de las heredades ilegítimas de los tronos, las leyes de sucesión y los avatares para alcanzar el reinado, son algunos de los temas que atraviesan de manera central el teatro shakespeariano, uno de los exponentes más destacados de lo que ha pasado ha llamarse teatro isabelino.

Tanto el Rey Lear, Hamlet y Otelo como Macbeth, son obras en las que de manera insistente se señala el carácter engañoso de lo real. Delaciones, traiciones van perfilando las escenas en la que los personajes, ya por amores imposibles o por deseo desmedido de poder se ven involucrados. Los personajes sucumben en la escena mostrando la dimensión dramática de la existencia, cierta complejidad que les impide ser inocentes frente a los actos que cometan.

En las obras de Shakespeare abunda en sus reflexiones el tema del poder. Es el poder como maquinaria lo que los impele a actuar y también por lo que lo sucumben: ¿podemos sustraernos al llamado del poder?, ¿se debe esperar pasivamente la ley de las sucesiones reales o revelarse a ella (como es el caso de Macbeth) y asaltar territorios ajenos?. Macbeth es la historia de una usurpación, de un regicidio, pero por sobre todas las cosas la historia de las consecuencias materiales y morales que se generan por una muerte violenta.

"Error contra naturaleza la ambición se devora a sí misma" se dice en una de las páginas de la obra como poniendo de relieve que la esencia de la ambición de poder es más ambición y que en la desmesura cualquier moral se destruye. Macbeth es impulsado por su mujer a cometer un crimen imputado. Es su mujer Lady Macbeth la que en los primeros actos de la obra insiste sin medida en que la profecía dictada por las brujas se haga realidad (las brujas son las que abren la obra anunciando de manera sutil el futuro del drama).

La muerte de Duncan (rey de Escocia) a manos de Macbeth es el inicio de una serie de perturbaciones en la mente de Macbeth en torno a la injusticia de su acto: LLEGAR AL TRONO DE MANERA FRAUDULENTA.

Sin embargo, si bien es Lady Macbeth la que impulsa a cometer el crimen, Macbeth se apropió de su nuevo rol de rey para perpetuarse en el trono.

El poder no tiene medida, se abre como un territorio en el que nada puede ofrecer obstáculo para impedir su avance; cuando este obstáculo eventualmente nace, toda estrategia es buena para

(\*) Comunicación presentada a la jornada sobre Contenidos Jurídicos de las Tragedias de Willian Shakespeare.

(\*\*) Alumna de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

sostener el lugar conquistado. Los fines justifican los medios, incluso la muerte del que ayer fue aliado, del que juró fidelidad y lealtad.

Todo crimen necesita de un culpable. La justicia requiere el rostro de un asesino, ver la mano que cometió la muerte y castigarla.

En Macbeth, esto se cumple pero con un alto costo, la justicia desvirtuada como valor superior.

Macbeth y su mujer no tienen ningún escrúpulo en acusar a inocentes (guardia, más tarde a los hijos de Duncan) para salvar su nombre y escapar de cualquier velo de sospecha.

La falacia está sostenida sobre un juego magistral de ambigüedades en el que los personajes representan frente a los ojos de los testigos un rol engañoso: el asesino como inocente, los inocentes como sospechosos de asesinato.

En uno de los actos de la obra, cuando Shakespeare intenta mostrar el desasosiego interior del personaje, cuando toma conciencia de lo cometido se dice: que la paz de los muertos es mejor al suplicio de falso goce que emana del crimen.

La obra está pautada por cierta "magia" de los personajes que salen por boca de espectros y brujas. Las brujas anuncian un destino que no siempre es interpretado correctamente por los destinatarios, y los espectros enuncian brutalmente la dimensión del mal cometido.

Parecería ser que la traición estructura la tradición del poder político tal como lo presenta Shakespeare, lo que convierte a Macbeth en un espejo de una situación política que el autor vivenciaba en su época.

El teatro de Shakespeare no tuvo intención primera de denunciar la política del Rey, ni tampoco tuvo un discurso que apunte a la conciencia social.

La moral y la traición a la lealtad del soberano combaten de manera perpetua en el texto.

Es lo moral lo que ve sucumbir sus bases cuando la ambición desmesurada de poder entroniza al traidor por sobre el legítimo heredero.

Señalé antes, el tema de lo imaginario del poder. Lady Macbeth se preguntó en el acto quinto en donde es atendida por su médico en el castillo de Dunsinania cuando está arrimándose al ocaso de su vida "porque no quedan nunca limpias sus manos".

Es que una muerte ha traído otra muerte y la desgracia moral parece no tener fin.

El final de la obra encuentra a Malcon (hijo del Rey de Escocia) preparando su coronación como rey, restituyéndose a su modo el orden alterado, ya que él no desconoce su estirpe y la ley consuetudinaria que le otorga el derecho a heredar a su propio padre (Duncan).

Hasta que la codicia personal de Macbeth hable de un beneficio absolutamente individual que no contempló ni consideró el bien común (atendiendo a su lugar de Rey).

Esto se demuestra con las batallas que se desencadenan en esta lucha por el poder, en las que el pueblo muere defendiendo intereses que no hacen a su bienestar.

Indudablemente se puede decir que Macbeth es una obra con un mensaje universal que trasciende los siglos y nos alcanza. Si bien la coyuntura histórica define un concepto de crimen y de castigo, qué es lo punible y qué no lo es, podemos decir que Macbeth ilumina zonas de nuestra actualidad y hace que podamos leerlo no como un drama distante sino como enseñanza y reflexión en torno a los mecanismos del poder incluso en sociedades no necesariamente monárquicas y regidas por principios democráticos y modernos.

# EL REY LEAR, VEJEZ Y TRAGEDIA (\*)

María Isolina DABOVE (\*\*)

Si observamos los contenidos de las tragedias shakespearianas a la luz de la teoría trialista del mundo jurídico podremos descubrir la profunda corriente comunicativa que se establece entre la Literatura y el Derecho (1). Corriente abierta por un torrente de preguntas y respuestas constantemente renovadas, que van llegando de ambas orillas(2). El diálogo que así se entabla posee la fuerza curativa del ensalmo - "epodé" - , toda vez que permite conjurar el desgarramiento existencial al que conduce toda cultura fragmentada (3). Desde esta perspectiva, la obra del dramaturgo inglés se revela como "lógos kalós". Como bello discurso y como palabra purificadora, que expone a un tiempo verdades que pueden ser leídas en clave jurídica y literaria.

Con estas verdades, William Shakespeare (1564 - 1616) pone al descubierto, en particular, una perspectiva de la *vida humana: su dimensión real*. De manera que podría interpretarse que sus obras parten de una concepción antropológica que, pese a notorias diferencias valorativas, tiene un sentido real que resulta afín con la postura vital que desarrolló Nicolás Maquiavelo durante el Renacimiento italiano. En este marco, el escritor isabelino logra describir los extremos de nuestra condición. Por ello, el amor, los celos, la envidia, la ambición, el poder, la debilidad, la duda, la sinceridad, el temor o la fidelidad, aparecen como constantes exquisitamente descubiertas del sutil trajín cotidiano, para presentarse finalmente, ante nuestra atónita visión, como imágenes grotescas de nuestra propia humanidad.

Para Shakespeare, la pasión, pues, no es más que materia desbordada, anómica. Es fuerza desnuda que cuestiona todo orden, ya sea adjudicatario, normativo o axiológico. Se trata, en suma,

(\*) Comunicación presentada por la autora a la Jornada Interdisciplinaria sobre Contenidos Jurídicos de las Tragedias de William Shakespeare.

(\*\*) Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la U. N R.

(1) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Guía para la integración del Derecho y la Literatura", en "Investigación y Docencia", N°16. 1990, págs. 21y ss.

(2) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden c. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho",<sup>6º</sup> ed., 5º reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; "Justicia y Verdad", Buenos Aires, La Ley, 1978, CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Buenos Aires, Depalma, 1976, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982 - 84, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991 - 94; "Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

(3) En relación con el sentido terapéutico del ensalmo en la filosofía griega ver: LAIN ENTRALGO, Pedro: "La racionalización platónica del Ensalmo y la invención de la psicoterapia verbal", en el "Archivo Iberoamericano de Historia de la Medicina y Antropología Médica", vol. X, fasc 2, 1958, págs 133 y ss

de una pregunta intensa que se pretende lanzada al abismo pero que aterriza, paradójicamente, en el corazón del mundo jurídico. Hasta dónde el ser humano es capaz de soportar, hasta dónde puede llegar, cuáles son sus *límites*, son cuestiones que Shakespeare plantea y que nos colocan directamente frente a uno de los problemas centrales que todo sistema jurídico tiene que resolver de alguna manera para poder existir. Me estoy refiriendo al problema de los fundamentos de la validez del Derecho. En este sentido, podría pensarse que, en lo profundo, las tragedias shakespeareanas constituyen un abierto desafío cultural respecto al fenómeno jurídico.

La obra que he tomado como referencia - *El Rey Lear* (4) - pone de relieve estas ideas, aunque concretadas en la etapa final de la existencia humana: la ancianidad.

Esta tragedia tiene, además la peculiaridad de mostrarnos una visión de la vejez absolutamente novedosa(5). Para Shakespeare, ella es la clave del misterio de la existencia humana. Ella es el punto inevitable desde el cual hay que partir para llegar a comprender el sentido de nuestra condición como totalidad temporal (6). Y esta perspectiva responde a una única razón: sólo en el final es posible arrojar alguna luz sobre nuestra desorientada existencia. Sólo en cada atardecer vital es posible llegar a descubrir nuestra verdad última. Sin embargo, develar este misterio es un proceso en verdad complejo, que en Lear se desenvuelve multívocamente. Desde la superficie, Shakespeare ve en la vejez, aberración empecinada, vanidad insolente y ciega. Ve una presa cansina de los años. Ve falsificación de la conciencia. Desde la superficie, la vejez se convierte en la razón de los repartos que provoca. Razón que se alega como justificación de las torpezas cometidas o de los castigos recibidos. Razón en última instancia asumida como legítima por la sociedad en cuestión.

En Lear, este hondo declinar de los sentidos alienta la distorsión de su entendimiento y le hace ver lo que no es: Cordelia, ingrata; Gonerila y Regania, hijas abnegadas. Desde la epidermis, "a causa de la vejez", se engaña. Levanta sus muros de soledad petrificada, desterrando a la única que verdaderamente le amaba, Cordelia. Y permite que lo aprese aquella red de intrigas y ambición que van tejiendo los verdaderos fondos de aquellas otras dos mujeres, en quienes finalmente había depositado sus bienes y su confianza.

Sin embargo, en lo profundo, en las entrañas oscuras de su alma, iban creciendo otras voces hasta entonces silenciadas por el ruido del vigor de su adultez. Voces que denuncian los verdaderos móviles de su conducta. Que sospechan y denuncian la tragedia del error y le revelan su impotencia. A partir de su irrupción, Lear encuentra un espejo, su espejo. Aquel que le permite aprehender su irremediable vejez y le devela al propio tiempo su destino: humano, mortal, efímero. La conciencia de la ingratitud filial es la primera voz que se levanta. Y es ella quien sacude a las demás de su mutismo, de su sordera. Desde entonces, Lear recorre un proceso muy largo y doloroso, que lo desgarra para luego disolverlo en la locura. Sin embargo, asombra la manera en que resiste y

(4)V. SHAKESPEARE, W.; "El Rey Lear", trad. Luis Astrana Marín, 14<sup>ed.</sup>, Madrid, Espasa - Calpe, 1988.

(5)Aunque también es preciso recordar que SHAKESPEARE aborda este tema en otras de sus obras, verbigracia: en sus *Sonetos*, en *Como gustés*, en *Ricardo II* - a través del anciano Juan de Gante -, o bien en *Ricardo III* - presentando a la Reina Margarita en la última etapa de su vida. Sin embargo, en todas ellas, los describe como personajes secundarios. Sólo en *El rey Lear* el héroe del relato es un viejo. Tal vez como evocación renacentista de aquel otro héroe - rey sexagenario refugiado en Colona, Edipo.

(6)Igual consideración puede encontrarse en BEAUVIOR, S. de, "La vejez", trad., Aurora Bernárdez, 1<sup>ed.</sup>, 1<sup>reimp.</sup>, Barcelona, Edhasa, 1989, págs. 200 y ss.

desafía los límites humanos: *¿Crees que voy a llorar? ¡No, no llorar!* Grandes motivos tengo para llorar... pero antes que lllore, mi corazón se romperá en cien mil pedazos, exclama angustiado Lear (7). En su locura, su identidad regia se pierde en una encarnizada *lucha contra los elementos desencadenados* de su mundo(8). Desafía a la naturaleza, se hunde en su fango de miseria hasta llegar a enfrentarse solo, cara a cara, con la necesidad, con su ser desnudo, alimentado de abandono y desamparo. *Cuando el espíritu vaga libre, el cuerpo es delicado; la tempestad de mi alma acalla en mis sentidos toda otra sensación salvo la que golpea aquí. Ingratitud filial* (9). Entonces Lear puede ver no sólo su desgracia, sino también la de los otros. *Pobres y miserables, desnudos, dondequieras que os halleis, que aguantéis la descarga de esta despiadada tempestad, ¿cómo os defenderéis de un temporal semejante, con vuestras cabezas sin abrigos, vuestros estómagos sin alimentos y vuestros andrajos llenos de agujeros y abertura...?*(10). En ellos se proyecta y, por su causa, crece la conciencia de su condición.

Al principio, este descubrimiento lo llena de culpa, lo mortifica: *¡Oh cuán poco me había preocupado de ellos!*, llega a confesar. Pero luego lo inunda de un furioso desconcierto: *¿No es más que esto el hombre? ... un pobre animal desnudo y ahorcado como tú...*(11). El abismo cavado por la inquina paciente de sus voces llega a su fin. Se detiene ante la profundidad de la pregunta y anuncia, al propio tiempo, los caminos de su redención. Despojado de la ilusión humana de omnipotencia, Lear llega a comprender el sentido de su drama personal. Y, refugiado ahora sí tras la máscara de su locura, intenta reparar el absurdo de su condición.

Sólo entonces logra juzgar a sus hijas y es capaz de situarlas en relación con el respeto cierto o equivoco del deber filial (12). Sólo entonces alcanza aquella redención que libera a su alma del intenso dolor de saberse humano: débil e irremediablemente anciano. *Yo he conocido un tiempo en que blandiendo mi tajante espada corva los había hecho saltar a todos; pero ahora soy viejo y todas estas penas me aniquilan*, dice Lear (13)

Quiso la buena pluma del escritor que nuestro rey se reencontrase con Cordelia, y que se fundiesen en un abrazo reconciliador. Es más: al propio tiempo, quiso también señalar que con él se llegaba al final de un ciclo. Ciclo que se cierra definitivamente con el rostro jánico de la muerte de sus protagonistas. Como alivio de redención y sentencia del peso de los años y las penas, en Lear. Como oblación e inmerecida desgracia en Cordelia. Como justo castigo y autodestrucción desesperada en Reganía y Gonerila(14)

(7)SHAKESPEARE W., op. cit., acto II, escena III, pág. 68.

(8) SHAKESPEARE, W., op. cit., acto III, escena I, pág. 70

(9) SHAKESPEARE, W., op. cit., acto III, escena IV, pág. 77

(10) SHAKESPEARE, W., op. cit., acto III, escena IV, pág. 77

(11) SHAKESPEARE, W., op. cit., acto III, escena V, pág.

(12) SHAKESPEARE, W. op. cit., acto III, escena VI, págs. 86 y ss

(13) SHAKESPEARE, W., op. cit., acto V, escena III, pág. 141.

(14) SHAKESPEARE, W., op. cit., acto V, escena III, pág. 136.

# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS DE LOS ANCIANOS (\*)

Graciela N. GONEM de GANDOLFO(\*\*)

1) Los ancianos tienen los mismos derechos fundamentales que corresponden a todos los seres humanos(1), derechos que Fernández Sabaté llama personales “aquellos que nacen de la persona en cuanto tal y por el sólo hecho de ser hombre” (2), y que podemos clasificar siguiendo a este autor en derecho a la existencia, a la consistencia, a la subsistencia, a la acrecencia y a la asistencia (3).

Los derechos fundamentales existen con independencia del reconocimiento que de ellos haga el Estado.

Consideramos, no obstante, que es importante la consagración normativa de los mismos, (que en general, se ha conseguido), pero es necesario que esos derechos logren vigencia sociológica. Para ello, la educación cumple un papel fundamental, sin formación en el respeto, la comprensión, la tolerancia, el perdón, el sacrificio, el renunciamiento mutuo, en una palabra, el Amor, nunca los veremos hechos realidad. Otras respuestas deben provenir de la política sanitaria, económica, científica (4).

Creemos, además que debe revalorizarse al ser humano en sí mismo considerado, con independencia de la utilidad que puede proporcionar.

Teniendo en cuenta que los problemas fundamentales de muchos ancianos son la soledad y la inactividad y que sufren marginación social, psíquica, ingratitud y dificultades por escasos recursos económicos y de salud (5) nos referiremos brevemente a algunos derechos.

(\*) Trabajo presentado en las Jornadas de prevención en Gerontología, (realizadas el 16 y 17 de junio de 1995 en Rosario). efectuado básicamente teniendo en cuenta para el tema de la clasificación de los derechos, los lineamientos generales del capítulo XVII “Los Derechos Personales” de la obra “Filosofía del Derecho” del Prof. Dr. Edgardo Fernández Sabaté, Bs As., Depalma, 1984, págs. 347 y ss.

(\*\*) Investigadora categoría E del C.I.U.N.R. y responsable del área de Derecho de la Ancianidad del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Pueden verse sobre los derechos fundamentales la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(2) FERNÁNDEZ SABATÉ, op cit., pág. 347.

(3) Id., págs. 347 y ss.

(4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992, pág. 39. Consideramos fundamental, además tener en cuenta las Recomendaciones contenidas en el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento aprobado por la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento realizada del 26 de julio al 6 de agosto de 1982, en Viena, auspiciada por las Naciones Unidas.

(5) Puede v. QUINTERO MOLINA, R., “El anciano dimensión de sus problemas personales”, en “Geriatría”, Revista Iberoamericana de Geriatría y Gerontología, Argentina, Vol. 1, N 3, 1991, págs. 67 y ss.

**2) A)** En el derecho a la existencia es necesario considerar que el hombre tiene ante todo “el derecho a estar consigo mismo, el derecho a su interioridad, a su vida íntima y privada” (6), derecho que se complementa con el “derecho a la expresión”, expresión que significa manifestación de la interioridad (7).

El art. 1071 bis de nuestro Código Civil reconoce el derecho a la intimidad, y tiene especial importancia con respecto a los ancianos- sea que se hallen o no internados en geriátricos u hospitales-.

Con respecto al derecho a la expresión es fundamental que el anciano sea consultado en todas las decisiones que deban tomarse con respecto a su persona y bienes. N. Pochtar Pszemiarower y S. N. Pszemiarower señalan “la gravedad que puede llegar a significar la venta o el disponer por parte de miembros de la familia de la vivienda u otros bienes del Anciano, sin consultarlos. Esta situación de decidir por él y no con él; produce un deterioro grave en su Calidad de vida” (8).

Además, según Fernández Sabaté, el hombre tiene derecho innegable a vivir dentro de algunas comunidades de existencia natural como la familia, el municipio, la nación, la Iglesia, ya que tiene una naturaleza social.

Destaca Adatto que “el hombre aislado es un problema y no un ideal, y, por lo tanto, mal puede argüirse el apartamiento y el desapego como un problema intrínseco del ser humano y deseado por él... Toda posibilidad de SER dentro del contexto humano es posible solamente en relación con otro, o con los objetos contingentes. Toda satisfacción de necesidades o deseos es provista sólo en estas relaciones objetuales, y la separación o el aislamiento deben ser comprendidos como formando parte de la patología, o de la acción prejuiciosa y segregacionista contra los viejos de ciertas estructuras sociales, pero de ninguna manera como normalidad”(9).

Creemos que es necesario poner énfasis en el derecho a vivir dentro de la familia, a no ser excluido de ella, a participar de la misma y a recibir un trato digno.

Al analizar la violencia psíquica N. Pochtar Pzsemiarower y N.S. Pzsemiarower hacen notar que cuando los mayores dependen de sus hijos, muchas veces se invierten los roles, y si la familia tiene características violentas, el anciano es víctima de conductas autoritarias y humillantes y por otra parte puede convertirse en el “chivo expiatorio” de las tensiones y conflictos de la familia, por ser considerado débil (10).

Según García Pintos, una familia madura, por el contrario, “da una respuesta armónica a la problemática de sus individuos, entendiendo por tal la resolución afectiva y efectiva de las mismas a partir de los propios recursos, gestando una síntesis - que se logra precisamente después de cada nueva irresolución -, mayor continencia como grupo y mayor fortalecimiento de la salud del sistema y de sus miembros” (11).

**B)** Con relación al derecho a la consistencia, el hombre tiene derecho también a elegir un “modo” de vivir, una función, un rol, una misión, y a esto se llama el consistir en algo, según

(6) FERNÁNDEZ SABATÉ, op. cit., pág. 353.

(7) Id.

(8) POCHTAR PSZEMIAROWER, N y PSZEMIAROWER, N. S. “Ancianidad y derechos humanos”, en “Geriátrika”, op. cit., Vol. 5, Nº 2, 1995, pág. 45.

(9) ADATTO, V.E., “Los prejuicios contra la vejez”, en “Geriátrika”, op. cit., Vol. 1, Nº 5, 1991, pág. 54.

(10) POCHTAR PSZEMIAROWER y PSZEMIAROWER, op. cit., pág. 45.

(11) GARCIA PINTOS, Claudio C., “La familia del anciano también necesita sentido. Sobre la orientación psicogerontológica familiar”, Bs As., San Pablo, 1993, pág. 50.

Fernández Sabaté.

“La comunidad puede y debe ‘orientar’ a los jóvenes informando y sugiriendo aquellas actividades en las cuales faltará gente” (12). También debe hacerlo con los ancianos.

Quintero Molina destaca que si la persona quiere envejecer viviendo, una vez jubilada debe orientar sus actividades hacia hobbies, pintura, lectura, poesía, trabajos manuales, horticultura y otros (13).

**C) El anciano tiene derecho a la subsistencia.** Para Fernández Sabaté “el subsistir es la permanencia en el ser con todo lo que ella implica, en cuanto prolongación de la vida en el tiempo” (14).

Derechos anexos al de subsistencia y sin los cuales no se puede hablar de vida en sentido humano son, según el autor mencionado, el derecho a la verdad (que se ramifica en otros como el derecho a una educación auténtica, el derecho a información), el derecho a trabajar y el derecho a la propiedad.

Con el derecho a la verdad se vincula el problema muy controvertido de la comunicación de la verdad a los enfermos en general, y a los graves, de cuidados críticos.

Aguilera Labarca sostiene que hay que comunicar la verdad cuándo, dónde y del modo que conviene, sin lesionar la caridad, y sin cerrar las puertas a la esperanza (15). Asimismo, menciona que el derecho a la información figura en todas las listas de propuestas de los derechos del enfermo realizadas por las asociaciones médicas (16).

Los ancianos tienen también derecho a una educación permanente.

En el marco del derecho a trabajar, consideramos deben tenerse en cuenta fundamentalmente las aptitudes físicas y mentales y las específicas para la tarea a desarrollar, más que la edad de la persona.

Quintero Molina destaca que la jubilación, “condiciona una patología que se llama ‘jubilopatía’ y se manifiesta por depresión, trastornos del comportamiento, cambio de carácter y a veces suicidios” (17). Este autor afirma que el anciano, física y mentalmente activo, podría realizar trabajos como el de ascensorista, recepcionista, vigilante, portero, office boy, solucionando la dependencia económica (18).

Con respecto al derecho de propiedad, el Derecho Constitucional le asigna al término propiedad un concepto más amplio que la codificación civil. Según la jurisprudencia de la Corte, el término “propiedad” empleado en la constitución comprende “todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad” (19).

Incluimos por consiguiente el derecho a la vivienda. (El acceso a una vivienda digna se halla

(12) FERNÁNDEZ SABATÉ, op.cit., pág. 355.

(13) QUINTERO MOLINA, R., op.cit., pág. 68.

(14) FERNÁNDEZ SABATÉ, op. cit., pág. 358.

(15) AGUILERA LABARCA, Pablo, “Valor de la vida frente al dolor, el sufrimiento y la muerte”, en “Ética y humanidad en la medicina actual”, edit. Correa Donoso, Echeverría Bunster, Rojas Osorio, Santiago de Chile, Univ., 1993, pág. 199.

(16) Id., pág. 201

(17) QUINTERO MOLINA, op.cit.,pág. 68

(18) Id.

(19) BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de Derecho Constitucional Argentino”, Bs. As., Ediar, 1985, pág. 288.

contemplado expresamente en el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional).

Existen disposiciones que permiten la protección del derecho a la vivienda en nuestro Código Civil: el art.3573 bis consagra el derecho de habitación del cónyuge supérstite y el art. 53 de la ley 14.394, establece indivisiones forzosas que también son útiles en este sentido, según Méndez Costa (20).

Ciuro Caldani, con respecto al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, propone que se generalice este derecho en el hogar conyugal, sea cual fuere el valor de éste, y la cantidad de inmuebles, dejados por el causante, ya que el factor decisivo, no debe ser la pobreza, sino la preservación de la personalidad del esposo que sobrevive (21).

El derecho a cobrar jubilaciones y pensiones no puede dejar de mencionarse, y asimismo recalcar que constituye una situación injusta e intolerable que se supriman dichos beneficios por causa de muerte, cuando los ancianos viven, y se tarden meses en reparar lo que las autoridades respectivas consideran un error de registro

Asimismo, consideramos fundamental que pueda disponer de sus bienes mientras viva y para después de su muerte .

En nuestro derecho existe una institución -la inhabilitación judicial (art. 152 bis del Código Civil), en virtud de la cual pueden ser inhabilitados judicialmente los disminuidos en sus facultades, si el juez considerara que del ejercicio de su plena capacidad civil puede resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. Se les nombrará un curador, no pudiendo disponer de sus bienes por actos entre vivos sin la conformidad de este curador, ni otorgar por sí solos los actos de administración que se les prohíba en la sentencia. La norma tiene una finalidad tutiva, de protección y se ha resuelto acertadamente por la jurisprudencia que “El art.152 bis, inc.2 del Código Civil (Adla, XXVIII-B,1799) se refiere a los casos de alteración de la salud mental que reviste caracteres patológicos sin llegar a la demencia senil. La simple senectud no es causa de inhabilitación, pues supone el deterioro mental que experimenta el organismo humano por el transcurso de los años y que no tiene carácter patológico. La regla de la capacidad de las personas implica la defensa de su libertad, de su dignidad que emana de su independencia y de su orgullo, no interesando las expectativas hereditarias de sus futuros sucesores. (C.Apel.CC.Bahía Blanca, sala II, octubre 29-986.-L.de B., E.c.B.de L., S.D.) DJ, 987-2-118.

Con respecto al derecho a disponer de sus bienes para después de su muerte Ciuro Caldani ha propuesto “la liberación de la posibilidad de testar, sin respetar la legítima forzosa para los ancianos que dejen de convivir con sus familias, ampliando en este sentido los alcances de nuestro actual régimen de incapacidad para suceder de los arts.3291 y ss. del Cód.Civil (especialmente del 3295)” (22).

La protección del derecho de disponer libremente de los bienes para después de la muerte se actualiza con posterioridad al deceso, al discutirse la validez del testamento, siendo frecuentes los casos de captación de la voluntad del testador anciano, como destaca Méndez Costa (23).

**D) El anciano tiene también derecho a la acrecencia, a crecer en la existencia.**

En el desarrollo de la vida según Fernández Sabaté hay momentos más importantes que

(20) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Los ancianos en la legislación civil”, en “La Ley”, t.1983-A, pág. 318.

(21) CIURO CALDANI, op.cit., pág. 39 y pág. 40 ( nota 7).

(22) Id., pág. 39.

(23) MÉNDEZ COSTA, op. cit.

otros, de tal modo que cuando el hombre entra en ellos se abre un complejo de derechos y deberes y otorga a la persona un cierto estado, la ancianidad es uno de ellos. Sostiene el autor mencionado que integran este derecho el derecho a ejercer todos los derechos posibles, que no sean incompatibles entre sí, y el derecho a conseguir los últimos fines del hombre en cuanto tal.

**E)** Por último, Fernández Sabaté menciona el derecho a la asistencia, derecho coextensivo con todos los anteriores, ya que si el hombre padece incapacidad necesita de la asistencia para existir, para consistir, para subsistir y para acrecer. Este derecho adquiere una relevancia particular en el tema que abordamos.

Existen supuestos de violencia física, que enumeran N. Pochtar Pszemiarower y S. N. Pszemiarower y que se manifiestan “en situaciones de abandono, desnutrición, descuido de la salud, que se puede expresar como submedicación o sobremedicación, malas condiciones de habitabilidad (medio ambiente de riesgo) o confinándolo a lugares sanitariamente inadmisibles, que constituyen graves incumplimientos del derecho de asistencia (24). El derecho a alimentos reviste particular interés.

Su incumplimiento configura precisamente un tipo penal -el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar-, y puede dar lugar en casos extremos al delito de abandono de personas.

Asimismo, recordamos que en nuestro derecho la inhabilitación judicial -art.152 bis- constituye la realización ordenada de la idea de asistencia (25).

Hay una protección legal por sustracción, siendo los recipientes gravados y beneficiados a la vez ya que sufren la impotencia de no poder disponer libremente de sus bienes por actos entre vivos y de no realizar los actos de administración que establezca la sentencia de inhabilitación, sin requerir la conformidad del curador que debe nombrársele, pero también la potencia de no encontrarse desprotegidos frente a terceros que podrían perjudicarlos, frente a sí mismos, y frente a las circunstancias adversas que pueden sobrevenir.

La interdicción por demencia también tiene importancia con relación a los ancianos.

Vinculado con el derecho a la asistencia y con el anciano en estado grave, tenemos que considerar el derecho a que se le suministren medicamentos para aliviar el dolor, el derecho a no ser objeto de encarnecimiento terapéutico, el derecho a recibir ayuda y apoyo espiritual ante la proximidad de la muerte.

Creemos imprescindible que se flexibilicen las normas que regulan el acceso a las unidades coronarias o de terapia intensiva, y que se organicen salas de terapia intermedia para evitar sufrimientos al anciano al estar solo, fuera de su entorno habitual, y a veces con serias dificultades para hacerse entender por médicos o personal de enfermería.

**3) Los ancianos tienen derecho a vivir y a morir con dignidad (26), tienen derecho a**

(24)POCHTAR PSZEMIAROWER y PSZEMIAROWER, op.cit., pág. 45.

(25) Puede v. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Código Civil Anotado”, Abeledo Perrot, Bs.As., 1978, pág.322. Sobre la inhabilitación de los ancianos puede v. además ORIA, Jorge Luis, “Los presupuestos de la inhabilitación de los ancianos”, en La Ley 1975-B, pág. 1229 y ss; GHIRARDI, Juan Carlos, “La ancianidad como debilidad mental”, en el libro “La Inhabilitación Judicial”, Bs. As., Astrea, 1980, pág. 38 y ss.; MÉNDEZ COSTA, op. cit., pág 320; TOBÍAS, José W., “Problemas de la extensión del presupuesto biológico a los debilitamientos decisionales. la vejez y la ignorancia”, en su libro “La inhabilitación en el derecho civil”, 2a edic., Bs. As., Astrea, 1992, pág. 85 y ss.

(26) Entre los derechos de la familia que la Iglesia defiende, se menciona “el derecho de los ancianos a una vida y a una muerte dignas” (Juan Pablo II, Familiaris consortis, 40).

permanecer y participar en la vida familiar, a ser tratados con respeto, comprensión, tolerancia, y amor, a que se tenga en consideración su experiencia y sabiduría (27). Asimismo tienen derecho a que se los reinserte laboralmente, a gozar de independencia económica recibiendo justos beneficios sociales, y a recibir asistencia adecuada.

Juan Pablo II resaltó que “el valor del individuo y la dignidad no dependen de los sistemas políticos o ideológicos, sino que se fundan en el orden natural, en un orden objetivo de valores”(28).

Para quienes somos creyentes, “el rostro del Señor se revela en quienes nada tienen que ofrecer a los demás , salvo su condición de hombres”, como lo afirma Haring ( 29). Para quienes no lo fueran, recordamos con Guardini que “el cuidado de los débiles protege al fuerte mismo”(30) y que una conciencia de comunidad en que la vejez no tenga su sentido propio y la posibilidad de realizar ese sentido está construida en falso”( 31).

(27) “Hay culturas que manifiestan una singular veneración y un gran amor por el anciano, lejos de ser apartado de la familia o de ser separado como un peso inútil, el anciano permanece inserto en la vida familiar, sigue tomando parte activa y responsable, y sobre todo desarrolla la preciosa misión de testigo del pasado e inspirador para los jóvenes y para el futuro” (Juan Pablo II, *Familiaris consortis* ,27).

(28) Juan Pablo II, “Misión de la Universidad: Defender la Dignidad de la Persona Humana”, en “El Derecho”, t.134, pág. 942.

(29) HARING, Bernardo, “Secularización y moral cristiana”, trad. de la 2a.edic. por E. Javier Alonso Hernández, P.S., Madrid, 1973, pág. 194.

(30) GUARDINI , Romano, “La aceptación de sí mismo. Las edades de la vida”, trad. José María Valverde, 4a. edic., Madrid, Cristiandad, 1977, pág. 114.

(31) Id., pág. 145.