

EL MERCADER DE VENECIA (SHAKESPEARE)⁽¹⁾ Y LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Dalmacio Juan CHAVARRI (*)

El núcleo de la obra que comentamos, consiste en que Antonio para ayudar a Bassanio, pide un préstamo a Shylock quien lo engaña pidiendo como cláusula penal pero "animus jocandi". que la pena "constituirá una libra exacta de vuestra hermosa carne" (2); pasado el término y no pudiendo devolver el dinero Shylock exige el fiel cumplimiento del convenio y lleva a Antonio a Juicio. Porcia, prometida de Bassanio (quien la había conquistado gracias al préstamo de Antonio) disfrazada como un abogado llamado "Baltasar" discípulo de Belario de Padua, mediante una argucia legal, permite que no se cumpla dicha cláusula penal, y termina la obra con todos felices y contentos, salvo Shylock, quien debe pagar una fuerte multa por atentar contra la vida de un ciudadano de Venecia.

Si bien el tema que merece trato es el de la actuación de Porcia en el juicio, corresponde hacer una introducción sobre un tema que merece toda atención: que es el del prejuicio racial. En efecto, durante toda la obra hay una serie de comentarios disvaliosos sobre los judíos y cuando Shylock se los echa en cara al propio Antonio, este calla aceptando como propios dichos comentarios, y no niega haberlos hecho.

Así vemos por ejemplo:

1. La nota en el Acto Uno escena III, de donde surge que Antonio no habla directamente a Shylock como signo de desprecio.

2. "Me habeis llamado descreído, perro malhechor, y me habeis escupido sobre mi gabardina de judío" (3), y Antonio no lo niega y agrega "Me dan ganas de escupirte de nuevo".

3. "Ciertamente el judío es una encarnación del propio diablo" (4).

4. "Si alguna vez el judío de su padre..." (5).

5. "Soy un judío. ¿Es que un judío no tiene manos, órganos, proporciones, sentidos, afectos, pasiones...? Si nos pincháis no sangramos?. Si nos envenenáis ¿no nos moriremos? Y si nos ultrajáis ¿No nos vengaremos?.... Si un judío insulta a un cristiano ¿cuál será la humildad de este?...etc. (6).

6. Y durante el juicio: El Dux Judío todos esperamos de ti una respuesta generosa. Antonio

(*) Profesor de la Facultad de Derecho de la U N R

(1) SHAKESPEARE, William, "El Mercader de Venecia", en "Obras Completas de William Shakespeare", trad. de Luis Astrana Marín. 10.ª Edición Madrid, Aguilar. 1960. ps 1029 y ss

(2) Acto 1. Escena III

(3) Acto 1. Escena III.

(4) Acto 2. Escena II

(5) Acto 2. Escena IV

(6) Acto 3. Escena I

dice: Pensad, os ruego que estamós riéndome con el judío. O... ¿hay nada más duro?... de su corazón judío. Graciano: "Áspero judío". Feroz judío, etc. (7)

7.- Y por último la escena final del juicio, donde es duramente maltratado, tal vez con razón por su excesiva avaricia, pero sin dejar de señalar su carácter de "hijo de David".

Hecha esta primera aclaración, corresponde nos ubiquemos en la obra. Se trata de una obra de "ricos burgueses y no nobles" (8) Venecia era un centro comercial de mucha importancia, en esa época; era uno de los puntos de contacto del comercio entre el Oriente y Europa.

No debemos olvidar, además, que todo el Norte de Italia fue en parte la cuna del capitalismo. Inclusive el tipo de empresa que emprende Antonio, era una típica empresa capitalista: poner plata en armar una expedición comercial con navíos.

Vemos sin embargo como quedan atisbos de la Edad Media y de los valores que ella representaba; así, por ejemplo, recordemos que el cristianismo veía de mala manera el prestar dinero con intereses. (No presto a condición de recibir más de lo prestado) (9).

Porcia, una de las más simpáticas heroínas de Shakespeare salva a Antonio, no invocando dolo o un fraude a mérito del "animus jocandi" o un contrato de contenido inmoral, sino a través del propio contrato.

El punto que se presentaba, era el de cómo evitar el cumplimiento de la cláusula penal. Evitaremos estudiar si la ley veneciana de la época permitía las defensas antes citadas (cláusula inmoral, dolo al aceptar la cláusula), y qué hubiera pasado si el Dux hubiera formulado la amenaza de la pena de muerte a Shylock, aun otorgándole la posibilidad de la libra antes de la llegada de Porcia - Baltasar (10). En tal caso ¿Aquel hubiera seguido adelante con su pretensión o hubiera renunciado a la misma? ¿Hubiera sido necesario el artilugio de Porcia? (11) Todos esos puntos hacen a la crítica literaria o al estudio del derecho comparado histórico, y si bien son interesantes y merecen ser profundamente tratados, no son motivo de este trabajo.

Ante la situación que es puesto, el Dux está desesperado, ya que como bien dice Antonio "suspender la ley sería atentar contra la justicia del Estado, puesto que el comercio y la riqueza de la ciudad dependen de todas las naciones" (12). Es decir que el mismo Antonio se muestra por completo resignado a correr con la suerte que se le presenta como propia. Recordando a Ihering, podríamos decir que "el objeto en cuestión es el mismo derecho de Venecia. ...No es el judío que reclama su libra de carne, sino que es la misma ley veneciana quien llega hasta la barra de la justicia" (13).

Antonio demuestra, además, un carácter algo débil y lleno de resignación que no es el que corresponde a un héroe. "No existe ningún medio legal de sustraerme a los ataques de su

(7) Acto 4, Escena I.

(8) Acto 1, Escena I.

(9) Acto 1, Escena III

(10) En este caso estaríamos frente a una contradicción entre dos normas y el juez debería haber determinado cual aplicar. El principio de relación jerárquica entre normas no sólo se da entre las de derecho constitucional y otras inferiores, sino, además, puede existir entre normas intrasistémicas que establecen entre los preceptos relaciones de diferente tipo. Atento la solución del pleito, resulta obvio que es "superior" la de no dañar a los ciudadanos de Venecia y esto solo habría sido suficiente para resolver el caso rechazando la demanda, pero quitándole todo el encanto a la trama .

(11) Algo parecido hace IHERING en "La lucha por el Derecho". Madrid. Victoriano Suárez 1881 nota pag 79 al criticar esa solución comparandola con el Juez que otorgaría una servidumbre de paso de una finca pero sin permitir que la persona pueda dejar rastro porque ello no está estipulado en la servidumbre

(12) Acto 3, Escena III

(13) IHERING, op cit pag 79

malignidad, opondré mi paciencia a su furia y armaré mi espíritu de una firmeza tranquila capaz de hacerme soportar la tiranía y la rabia del suyo" (14).

Dejando de lado la postura de oposición a la ley representada claramente por ANTIGONA, quien, ante la prohibición de enterrar a su hermano Polinice, lo entierra sin hacer caso de aquella y luego enfrenta al tirano diciendo "hay una ley **no escrita** y que proviene de los Dioses, más fuerte...etc.. Levantándose contra la ley invocando principios que entiende superiores.

Encontramos entre los que acatan la ley dos posturas:

Una, la de Antonio, resignado manso y aceptándola;

Otra, más digna, que es la de Sócrates en la Apología.. Sócrates se defendió de los cargos que le hacían con una entereza extraordinaria. sin humillarse ni tratar de despertar compasión, mostrándose indiferente del fallo del Tribunal e inclusive burlándose de la pena de muerte que podía corresponderle, manifestando que, en realidad, correspondía que la ciudad lo mantuviese.

En el Critón, ya preso y esperando el cumplimiento de la condena a muerte, cuando se le plantea la posibilidad de escapar y evitar la muerte, se manifiesta en contra de tal posibilidad.

Acepta, como Antonio, que corresponde acatar la ley, pero sus fundamentos son por completo diferentes: no existe esta triste resignación, ante el pedido de sus discípulos de que emprenda la huida, se niega y explica su postura presumiendo lo que le dirían las leyes:

"Sócrates ¿es ese, acaso, el convenio estipulado entre tu y nosotras? ¿No te comprometiste a someterte a las sentencias que la ciudad pronunciase?...Nosotras te trajimos al mundo, te criamos y educamos, hicimos participes de todos los bienes **que nos fue posible** a ti ...y no obstante tenemos concedida licencia...para que...pueda todo ateniense a quien no le agrademos marchar con sus cosas a donde quiera ...en el mismo proceso te era lícito proponer para ti la pena de destierro, pero en aquella ocasión te vanagloriaste de no sentir disgusto porque hubieses de morir, y, según dijiste, preferías la muerte al destierro. ...es cierto que ahora vas a marchar al Hades, si es que vas, víctima de una injusticia te la han ocasionado los hombres; no nosotras las leyes;- pero si escapas de la ciudad, devolviendo tan vergonzosamente injusticia por injusticia, mal por mal, quebrantando los convenios y acuerdos que con nosotras concertaste y dañando a quienes menos deberías dañar, es decir, a tí mismo, a tus amigos, a tu patria y a nosotras, en ese caso, nosotras seremos duras contigo mientras vivas, y allí nuestras hermanas, las leyes de la morada de Hades, no te acogerán con benevolencia, sabedoras de que hiciste lo posible por acabar con nosotras." (15).

¡Que muestra de dignidad y grandeza!. Pero Antonio no reacciona de esa manera. Resignadamente acata la voluntad y decide aceptar el juicio, sin plantearse ninguna posibilidad de revuelta contra la ley, o de acatarla, pero dejando marcada su oposición a la injusticia, dejando al menos señal de su postura ética (16).

Hemos visto a las dos partes del Juicio, Shylock el judío quien injustamente humillado como hebreo pone la condición de la libra y el bueno de Antonio, que parece aceptar la suerte que se le presente.

¿Y el juez que hace?, Porcia tiene dos opciones: una, la que se nos plantea más fácil negar el pacto, invocar alguna razón de justicia para hacerlo; pero evita éste que es el camino fácil y previsible y el talento del autor le hace elegir uno más ingenioso.

(14) Acto 4, Escena 1.

(15) PLATÓN, "Critón", Buenos Aires, Ediciones Orbis, 1984, ps. 76 y ss

(16) Postura, ésta, también duramente criticada en la ya citada "La lucha por el derecho", cuyo autor entiende que luchar por el derecho constituye un deber: "Solamente luchando alcanzarás tu derecho"., Op. Cit. p. 130.

Al planteársele la cuestión, reconoce como válido el contrato y la obligación. Pero al tener que resolver realiza una operación que es fundamental para la interpretación, que es la de la conformación del hecho histórico. En la elaboración de ese "fattispecie", o Tatbestand (para la doctrina alemana) el juez recorta del hecho natural que le es sometido, las circunstancias que le resultan fundamentales jurídicamente. Una vez finalizada la descripción del caso, corresponde insertarlo en el complejo jurídico preexistente. "Para aplicar a la realidad un corpus juris el intérprete debe reconstruir tipológicamente la realidad" (17). La mayoría de las veces los problemas de los jueces en los Tribunales colegiados y los votos divergentes, provienen precisamente de no ponerse de acuerdo con relación a los hechos (18).

A todos, (Dux, Shylock, Antonio) por ejemplo, les resultaba como cláusula implícita la necesidad de que para su cumplimiento debía derramarse sangre, es decir integra ese Tatbestand con más elementos.

Porcia en cambio, apegándose al texto del contrato, limita al máximo los elementos del hecho histórico, al no preverse la posibilidad de derramar sangre, extrae la conclusión de que ello está prohibido, no la considera implícita, de la misma manera podría haber dicho que podía llevarse su libra de carne (incluida la sangre) pero sin romper la piel ya que ello no estaba previsto.

Porcia acepta el pacto, no se rebela contra él, no lo tacha de inicuo ni de inmoral. Resuelve en consecuencia, no negando el pacto sino exigiendo su exacto cumplimiento. Afirmando su validez, lo interpreta y destruye. En definitiva, se trata de una interpretación, podemos decir, farisea ya que se limita únicamente al texto de la ley.

Hay un cumplimiento teórico de la ley y mediante el ingenio del Hombre se evade la misma. Todo ello, por supuesto, con la complicidad del lector, ya que la fuerza y convicción que surge del argumento de Porcia proviene de una exigencia moral.

Desde mi punto de vista considero que estamos frente a una de esas sentencias bien resueltas pero mal fundadas. En efecto, la tarea del Juez como intérprete, implica componer la solución con los elementos que le brinda el derecho. "El juez, aún cuando es libre, no es por completo libre. No puede innovar a placer. No es un caballero andante persiguiendo su propio ideal de belleza o bondad. Tiene que procurar su inspiración de principios consagrados (19). Y esto no lo dice un representante del positivismo.

Y si el sistema otorga la solución mediante el juego sistemático y la integración de diversas normas, como vimos, por ejemplo en la nota N° 9, corresponde aplicar éstas, y no caer en el facilísimo de invocar preceptos superiores para llegar a la misma solución. Camino éste fácil pero menos jurídico.

Frente a la pluralidad de preceptos, disposiciones, el juez debe seleccionar la solución del caso que se le ha sometido, construyendo desde el conocimiento de todo el sistema jurídico, una solución, no cualquiera, sino la justa para el caso (20).

(17) ASCARELLI, Tullio. "Norma Giuridica e realtà Sociale", en "Problemi Giuridici", T.I., Milano, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1959, p. 72.

(18) Justice Miller "En mi experiencia como Juez de la Corte Suprema de Justicia que consiste de nueve miembros me sorprende cuantas veces se ponen rápidamente de acuerdo con relación al derecho, y como, frecuentemente discrepan con relación a las cuestiones de hecho" en FRANK Jerome "Law and the Modern Mind", New York, Anchor Books, 1949, p. 115 nota 6. En el mismo sentido SOLER, Sebastián "La Interpretación de la Ley", Barcelona, Ariel, 1962, p. 154

(19) CARDOZO, Benjamin, "The Nature Of The Judicial Process" New Haven, Yale University Press, 1965, p. 141.

(20) Conf. SOLER, op. cit., ps. 194 y 195

BIBLIOGRAFÍA

- ASCARELLI, Tullio, "Norma giuridica e realtà sociale". en "Problemi Giuridici", Tomo I, Milano, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1959; "Antigone e Porzia", en id.
- CARDOZO, Benjamin, "The Nature Of The Judicial Process". New Haven, Yale University Press, 1965.
- FRANK, Jerome, "Law and the modern mind". New York, Anchor Books 1949
- IHERING, Rudolf Von, "La lucha por el Derecho". Madrid, Victoriano Suárez, 1881.
- NINO, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del Derecho", Buenos Aires, Astrea, 1980.
- PLATÓN, "Crítón", Ediciones Orbis, Buenos Aires, 1984.
- SHAKESPEARE, William, "El mercader de Venecia", en "Obras Completas de William Shakespeare", trad. de Luis Astrana Marín, 10^a Edic., Madrid, Aguilar, 1960
- SOLER, Sebastián, "La interpretación de la ley", Barcelona, Ariel, 1962

CUESTIONES AXIOLOGICAS CRITICAS EN EL DESARROLLO DEL BIODERECHO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) La carencia histórica de normas jurídicas por los avances en el dominio de la genética humana

1. El proceso de avance en el dominio de la genética humana que viene desarrollándose en nuestro tiempo genera la **carenica histórica de normas** más importante que se ha producido en toda la evolución de la humanidad. Se trata de una carencia de normas no sólo en lo moral, sino en lo jurídico (1).

Las posibilidades actuales ponen en crisis los papeles familiares más fundamentales de nuestra organización, como son los de **padre y madre**, y quizás en el futuro por primera vez una especie, nuestra especie, pueda decidir no sólo sus **características futuras** sino la aparición de nuevas especies.

Ante esa carencia histórica de normas jurídicas por novedad científico técnica se puede responder mediante la **autointegración** o la **heterointegración** del ordenamiento normativo y la discusión al respecto es una de las perspectivas esclarecedoras para comprender el desafío del **Bioderecho**.

Para algunos se ha de responder ignorando en la mayor medida posible la carencia y aplicando lisa y llanamente las normas existentes, de modo de rechazar todas las posibilidades que excedan de ellas. Para otros, en el extremo opuesto, se ha de responder rechazando las bases normativas existentes, de manera que se resuelve todo por la vía de la heterointegración. En medio de estas posiciones extremas caben múltiples otras opiniones.

La “escisión” axiológica así evidenciada es grande, al punto de poner en crisis al **positivismo**, que a menudo nada quiere ni puede responder al respecto quedando, con frecuencia, sometido a los meros hechos, y también a las formulaciones clásicas de las **concepciones religiosas**, que se ven desafiadas en su “re-ligamiento” del mundo.

(*) Notas básicas de la comunicación presentada al respecto por el autor a las Primeras Jornadas Argentinas de Bioética - Primeras Jornadas Latinoamericanas de Bioética realizadas en Mar del Plata.

(**) Coordinador de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas. Investigador del CONICET.

(1) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, en la que se basa la comunicación, y en especial de la noción de carencia de normas pueden c. 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.

A fin de contribuir a reconocer y resolver la carencia, que pese a las posiciones negativas nos parece evidente, vale apreciar cuáles son las perspectivas en que puede comprenderse la **crisis axiológica** (2) provocada por las posibilidades de la genética humana. Más que brindar respuestas, en este caso nos interesa presentar los grandes **interrogantes** a solucionar.

b) La crisis axiológica provocada por los avances en el dominio de la genética humana

2. La existencia del hombre genera un deber ser desenvuelto en un **complejo axiológico** que culmina en el valor **humanidad**, el deber ser cabal de nuestro ser. Para una mejor realización de la humanidad es necesario satisfacer otros infinitos valores, entre los que se destacan la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, la justicia, el amor, la santidad, etc. Sin embargo, una cuestión relevante es saber si la humanidad y los otros valores poseen valor por sí mismos, no dependiente del ser del hombre, o sólo en función de su ser, es decir, sujetos a la condición de que el hombre deba existir. Si la existencia humana es un dato del ser casi inmodificable, el problema tiene menos alcance, pero hoy, cuando incluso se evidencia la posibilidad de desaparición de nuestra especie como consecuencia de nuestro obrar, es urgente resolver en qué medida el hombre ha de ser.

La tensión entre el **ser** y el **deber ser**, que hasta ahora ha encontrado un punto de coincidencia relativamente claro, porque para que la sólida realidad del hombre fuera era necesaria toda una “cascada” de requerimientos valorativos, en el tiempo presente, en que el hombre es una realidad relativamente “débil” y se acerca incluso la posibilidad mayor de nuevas especies, se muestra con caracteres más graves. En principio el complejo axiológico coronado por el valor **humanidad** vale, pero ¿vale que el hombre sea?.

3. En estrecha relación con la cuestión precedente se plantea otro núcleo problemático relevante, pero de origen más “clásico”, el que se refiere a las **características valiosas** de lo humano.

Hay que decidir en qué consisten el **ser hombre** y el deber ser del hombre. También para resolver si el hombre debe ser hay que solucionar los interrogantes acerca de ¿qué valores debemos realizar como hombres y qué contenidos de exigencia poseen?.

4. Los complejos axiológicos que realizamos los hombres deben desenvolverse en términos de **coadyuvancia** entre valores o de legítima **sustitución** de unos valores por otros, pero no de ilegítimo secuestro del lugar de unos valores por la falsa presencia de otros valores ilegítimamente fabricados o la falsificación de valores naturales diversos. En estos marcos han de situarse los **valores jurídicos** y en especial el valor en que culminan, que es la **justicia**.

La inmensa crisis que se nos plantea con el avance de la genética humana oculta cuáles son esas relaciones de coadyuvancia y sustitución y parece ponernos a merced de desbordes de falsificaciones de valores como el orden o la santidad, que quieren prohibir todas las posibilidades del dominio de la genética humana, o de la utilidad, que todo lo mediatiza sin reconocer los valores a los que debe tender. Mucho se habla de “ingeniería genética” pero, como lo señalamos en otra

(2) En relación con el tema pueden v. por ej., además de nuestros “Estudios ...” cits. -en especial t. II, 1984, págs. 63 y ss.-, nuestro artículo “Crisis del naturalismo ético”, en “Investigación ...” cit., Nº 14, págs. 19 y ss.

comunicación presentada a las mismas Jornadas, urge comprender si se trata sólo del sentido de la utilidad que caracteriza a las concepciones habituales de la ingeniería.

¿Cómo lograr que en la solución de nuestra carencia de normas los valores coadyuven o se sustituyan, pero no se vinculen ilegitimamente en relaciones de secuestro?

5. Las exigencias de justicia se descubren por vías diversas, que deben confluir en la única justicia debida en cada situación y dan lugar a las llamadas **clases de justicia**. Entre esas clases de justicia se encuentran, por ejemplo, la justicia consensual o extraconsensual. Nuestro tiempo se remite casi con exclusividad a la justicia consensual, descubierta en relación con el acuerdo, pero hoy se ve amenazado por la desorientación respecto del valor profundo de nuestra posición en el universo, que no se esclarece consensualmente, y suele llegar así a importantes estallidos de violencia, más o menos referida a contenidos ideológicos. Ante los avances en el dominio de la genética humana se ponen en crisis las posibilidades del consensualismo, porque no sabemos quiénes han de ser los sujetos a tener en cuenta como partes del acuerdo, y las del extraconsensualismo, porque no tenemos en claro cuál ha de ser la realidad del universo.

La justicia puede descubrirse también, v.gr., por sendas de justicia con o sin acepción (consideración) de personas, simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparación de lo adjudicado), monologal o dialogal y commutativa o espontánea. Ante las posibilidades de la genética humana se hacen especialmente difíciles las tareas de determinar cuáles son los alcances de las personas, qué es lo que se compara y cuáles son los alcances del aislamiento y de la participación y asimismo de ajustar el diálogo de las diversas razones, referidas incluso a posibles nuevas especies.

Diversas clases de justicia se vinculan en diferentes grados con la perspectiva del conjunto social: “partial” y gubernamental (que proviene del todo), sectorial e integral (que se refiere a todos), de aislamiento o de participación, absoluta o relativa y particular o general (dirigida al bien común). Ante la crisis en que nos encontramos no tenemos en claro cuáles son los alcances del todo de referencia, a quiénes se refieren el aislamiento y la participación y qué corresponde absolutamente a cada caso y qué relación tiene con los otros casos.

Si ahora se piensa nuevamente en los derechos de los animales, quizás haya que pensar también en los derechos de las especies posibles que surgirían del dominio genético, de modo que el todo de la referencia de justicia puede variar decisivamente.

6. Las valoraciones en general y sobre todo las de justicia suelen llevarse a cabo mediante **sentimientos racionales** pero, ante las enormes novedades que se plantean, los sentimientos y la razón pueden resultar prisioneros de “pre-sentimientos” y “pre-juicios” o disolverse en una cabal desorientación. Al fin, vale reconocerlo, el dominio de la genética nos coloca ante un no saber tan intenso que debemos resolver en mucho según una posición básica ante el mundo -más o menos realista o idealista, más o menos optimista o pesimista-, que no puede fundamentarse acabadamente.

Las valoraciones de justicia se refieren a la **totalidad** de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras (“pantomomía” de la justicia; pan=todo; nomos=ley que gobierna). Sin embargo, no podemos abordar íntegramente esa totalidad porque no somos omniscientes ni omnipotentes, de

modo que nos hallamos en la necesidad de producir fraccionamientos que generan **seguridad**. En nuestro tiempo de la genética humana es especialmente poco lo que sabemos de los alcances de la totalidad de las adjudicaciones, en mucho porque se desdibuja el perfil de sus integrantes. A diferencia de la relativa determinación de los hombres **futuros** a través del curso de la naturaleza, ahora nos encontramos con la posibilidad de seres cuya determinación tal vez exista en mucho en los fenómenos psicológicos, sociológicos, económicos, etc., pero en gran medida no nos es cognoscible.

Otras de las líneas de influencias de justicia que requiere tener en cuenta la pantomía de la justicia son las del **complejo personal**, el **complejo real** y las **consecuencias**. Ante las posibilidades genéticas actuales se pone en crisis el sentido de la común realización vital del complejo personal, no sólo porque se fracturan los vínculos entre el saber científico y tecnológico y el saber vulgar, sino porque no sabemos cuánto tendremos un porvenir común. Las enormes posibilidades genéticas llevan a una realidad "virtual" que pone en crisis al complejo real. Es más, se lleva al infinito la posibilidad de que unos **recipientes** reciban lo beneficioso o perjudicial que en realidad corresponde a otros, por ejemplo, que la vida se enriquezca o desaparezca por la mera decisión valiosa o "desvaliosa" de los laboratoristas y los empresarios.

Frente a las posibilidades de abrirnos a seres futuros, en mucho para nuestro saber indeterminados, y la crisis del complejo personal, del complejo real y de las consecuencias, nos hallamos en una situación de fuerte **inseguridad**. Por eso que las tendencias aseguradoras, de bloquear el cultivo de la genética, son grandes.

Las valoraciones de justicia se orientan a menudo por **criterios generales** que facilitan la tarea, pero a veces no son adecuados para los casos o son lisa y llanamente falsos. Ante las enormes innovaciones de los avances en el dominio genético, que ponen en crisis incluso a la valencia de la justicia y las valoraciones completas, los criterios generales orientadores de justicia tradicionales están también en profunda crisis. Cabe preguntarse asimismo si es legítimo resolver con criterios generales humanos la hipotética existencia de otras especies.

7. El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada **individuo** la esfera de libertad necesaria para **desarrollarse plenamente**, es decir, para convertirse en persona. La crisis generada por los avances de la genética humana hace que sea muy difícil determinar en qué consisten el individuo y su pleno desarrollo, qué es convertirse en persona.

8. A la luz de ese principio supremo de justicia han de decidirse la justicia de los repartos aislados y del régimen en su conjunto.

La legitimidad de los **repartos aislados** depende de la legitimidad de los repartidores, los **recipientes**, los objetos, la forma y las razones con que se los decide. La legitimidad de los **repartidores** puede provenir de su **aristocracia**, es decir, de su superioridad moral, científica o técnica, o de su **autonomía**, que se concreta con el acuerdo de los interesados. Ante la crisis producida por el dominio de la genética es necesario preguntarse con especial intensidad en qué consiste la superioridad moral, científica o técnica y quiénes son los interesados. Podemos

reconocer a quiénes tienen mayores destrezas científicas y técnicas, pero no sabemos qué valor poseen esas destrezas y además corremos el riesgo de quedar ante la sola aristocracia técnica.

En general en nuestro tiempo la tecnocracia, con todas las limitaciones propias de la visión “técnica”, que responde a fines preestablecidos, tiende a sustituir a la apertura de la sofocracia, a la que conducen, en cambio, la ciencia y sobre todo la filosofía. Esa sustitución puede ser especialmente intensa en la genética por el gran condicionamiento de la necesidad de recursos para la genética.

Aunque las fronteras entre saber científico en general y saber técnico no son del todo rígidas, porque quizás el saber no sea jamás plenamente “desinteresado” o “interesado”, la distinción entre ambos saberes es valiosa y parece que el poder de las grandes empresas comerciales tiende a poner decisivamente a la genética en el marco de la técnica. Optar por perspectivas más sofocráticas o tecnocráticas o más autónomas es uno de los grandes desafíos del Bioderecho.

La autonomía no siempre es plenamente posible, porque no es dado contar con el acuerdo de todos los interesados y a menudo no es siquiera factible individualizarlos. De aquí que aparecen legitimaciones de los repartidores de alcance menor, según ocurre con los repartidores **paraautónomos, infraautónomos y criptoautónomos**.

Los repartidores paraautónomos, cuyo modelo más común son los árbitros, cuentan con el consenso de todos los interesados sólo en cuanto a su intervención, pero no acerca de lo que resuelven. Los repartidores infraautónomos se apoyan en una mayoría, como ocurre en la democracia. A su vez, los repartidores criptoautónomos no poseen el consentimiento real de los interesados, pero puede suponerse que si éstos se hallaran en condiciones de decidir brindarían ese acuerdo, como sucede con los gestores de negocios ajenos sin mandato. Es notorio que en el caso de las posibilidades del obrar genético muchos interesados no están presentes y no se hallan en condiciones de decidir, de modo que es mucho lo que debe conjeturarse en términos de legitimación criptoautónoma. Ante la crisis de la aristocracia avanza la autonomía, mas ante la crisis de la autonomía ganan legitimidad la infraautonomía y sobre todo la criptoautonomía.

La legitimidad de los recipiendarios depende de sus **merecimientos**, mas el dominio de la genética obliga a cuestionarse en qué consisten esos merecimientos, en mucho porque dependen del valor del ser y ante la inmensidad de posibilidades este valor se hace relativamente confuso. La justicia del objeto del reparto lleva a reconocer que la vida, la libertad, la creación, la propiedad, etc. merecen ser repartidas, pero ante las posibilidades genéticas se hace necesario redefinirlas y revalorarlas.

La forma justa de los repartos es la que se decide **escuchando** a los interesados, sea a través del proceso (no de la mera imposición) o de la negociación (no de la mera adhesión). Sin embargo, ante los avances del dominio de la genética se hace necesario y difícil saber quiénes son los interesados a escuchar. La fundamentación justa de los repartos es la que les brinda más **razonabilidad** para sus repartidores y para la sociedad. Las posibilidades de la genética dificultan en gran medida los cauces de la razonabilidad.

9. El régimen es justo cuando es **humanista** y no individualista ni totalitario, es decir, cuando

toma al hombre como fin y no como medio, advirtiéndose en este caso que no lo sea respecto de otros hombres o del conjunto social. Sin embargo, las nuevas condiciones planteadas por la genética obligan a resolver si el hombre ha de ser siempre fin o debe ser medio para la aparición de otras especies.

10. Quizás, más que al principio de la Filosofía, estamos en condiciones muy intensas de saber que no sabemos. Pero en ellas ya hay un comienzo del saber (3). Las posibilidades del dominio de la genética humana requieren una nueva hora estelar de la Filosofía y en ella debe ocupar un lugar destacado la Bioética (4). Es a la luz de estos estudios que ha de integrarse la enorme carencia normativa que enfrenta el Derecho de la actualidad (5).

(3) Es posible v. nuestras "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94.

(4) Pueden v. nuestros artículos "Panorama de los fundamentos de la Bioética", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N°18, págs. 33 y ss.; "Perspectivas para una comprensión fáctica, lógica y axiológica de la Bioética", en "Boletín ..." cit., N°20, págs. 113 y ss.; también v. gr. "Bioética, el saber de nuestro tiempo", en "La Capital", 1/10/1995.

(5) En cuanto a la abundante bibliografía acerca del tema pueden v. por ej. DEPONTI, F. y otros, "Algunas consideraciones sobre las técnicas biogenéticas y el Derecho", en "Rev. Notarial", 58 (2), págs. 19 y ss.; HALLEBONE, Erica L., "Reproductive technology, repressive culture, and nongenetic mothers", en "Issues Reprod. Gen. Engineer", 5 (3), págs. 231 y ss.; LANGFELDER, Elinor J. - JUENGST, Eric T., "Ethical, legal, and social implications (ELSI) program", en "Pol. Life Sci.", Agosto de 1993, págs. 273 y ss.; SZAŁAWSKI, Zbigniew, "Dignity and Technology", en "J. Med. Phil.", 14, págs. 243 y ss.; HONECKER, Martin "Genetische Eingriffe und Reproduktionsmedizin aus der sicht Theologischer Antropologie", en "A. Theol. Kirche", 84 (1), págs. 118 y ss.; LEFEVRE, Charles, "Ethique Fondamentale et procréation assistée", en Ref. Phil. Louvain", 85(65), págs. 80 y ss.

DEBER DE RESPETAR EL FEDERALISMO EN LA ESTRUCTURA DE LA AUTORIDAD CENTRAL EN LA APLICACION DE LOS ACUERDOS DE COOPERACION INTERNACIONAL^(*)

Miguel Angel CIUROCALDANI (**)

Las convenciones internacionales suelen constituir “autoridades centrales” cuya intervención tiende a asegurar y simplificar el cumplimiento de la cooperación internacional (v. así la “Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias” y la “Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero” de la I Conferencia Especializada de D. I. Privado organizada por la O.E.A. y los Protocolos Adicionales a las Convenciones mencionadas, de las Conferencias Especializadas II y III respectivamente -1-). El funcionamiento de las autoridades centrales ha producido diversos beneficios, pero entendemos que en un país federal como la Argentina esas autoridades “centrales” deben tener estructura **federal**. La forma federal de gobierno es una de las bases de nuestra **Constitución Nacional** y esta prevalece sobre los tratados de referencia, de modo que todas las disposiciones del mencionado marco convencional internacional deben interpretarse sistemáticamente y cumplirse de acuerdo con el sistema federal.

El federalismo “tiende a equilibrar la pluralidad con la unidad” (2) y si bien la Constitución Nacional argentina ha delegado en gran medida las relaciones exteriores en el gobierno nacional la aplicación del Derecho Privado corresponde a los estados locales (3).

De acuerdo con la Constitución tenemos en mucho centralizadas las relaciones exteriores, pero incluso la tendencia de la reciente reforma constitucional es permitir la actuación internacional de los estados locales. En cambio, no tenemos centralizada la aplicación del Derecho de fondo, que

(*) Nota parcial 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) Puede v. el trabajo de la doctora Alicia M. PERUGINI, “El Derecho Internacional Privado en el Mercosur en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil” publicado en “La Ley Actualidad” del 2-XI-1993.

(2) V. por ej. BIDART CAMPOS Germán, “Derecho Constitucional”, Bs. As., EDIAR, t. I, 1964, pág. 483.

(3) V. esp. arts. 27, 75, 99 y 124. En cuanto a los fundamentos de la delegación de las relaciones exteriores v. por ej. GONZALEZ CALDERON, Juan A., “Curso de Derecho Constitucional”, 2a. ed., Bs. As., Kraft, 1958, págs. 514 y ss. Acerca de las funciones jurisdiccionales provinciales v. por ej. ZAVALIA, Clodomiro, “Derecho Federal”, 3a. ed., Bs. As., Compañía Argentina de Editores, t. I, 1941, págs. 507 y ss.; BAS, Arturo M., “El Derecho Federal argentino”, Bs. As., Abeledo, esp. t. II, 1927, págs. 197 y ss. El respeto de las facultades de las provincias en el auxilio judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros y los aspectos complementarios del Derecho Procesal Internacional surge de diversos pronunciamientos científicos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (v. por ej. ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL, “El Derecho Internacional en la Argentina - Veinticinco años de aportes (1968-1993)”, Córdoba, 1993).

Creemos que urge superar la expresión “provincia” por la expresión “estado local”. No debe haber “provincias” donde no hay vencidos ni conquistados y la función integradora del lenguaje respecto de la comprensión de la realidad tiene aquí una gran importancia

corresponde a los estados locales, y esto ha de reflejarse necesariamente en la organización de las autoridades de aplicación de la cooperación internacional.

Pese a que el gobierno nacional ha designado a sus órganos como autoridades centrales, entendemos que esos órganos deben adquirir estructura federal. Una posibilidad de mejorar la situación actual sería el establecimiento de delegaciones de esas autoridades centrales en las provincias, pero creemos que esa respuesta no sería del todo satisfactoria del sabio criterio de nuestra Constitución. Consideramos que entre las tareas que deben asumir los gobiernos de los estados locales para fortalecer la realidad del federalismo se encuentra la de reclamar la intervención provincial en las autoridades que han de ser exteriormente “centrales” pero interiormente adaptadas a la estructura federal (4).

(4) Es más: hasta podría sostenerse que una centralización exclusiva es inconveniente para los Estados unitarios, pues los propios acuerdos internacionales contemplan la posibilidad de que las autoridades consulares de jurisdicción local intervengan en la cooperación, de modo que también para corresponder a esa localización es imprescindible la estructuración territorialmente diversificada de la cooperación.

FILOSOFIA DEL ORDEN PUBLICO EN LA POSTMODERNIDAD

Miguel Angel CIURO CALDANI ()**

Homenaje a Gioele SOLARI en el quincuagésimo aniversario de la aparición del primer tomo de la edición argentina de su “Filosofía del Derecho Privado” (*)

a) El orden público, producto de la modernidad tardía de la contemporaneidad

1. Como el hombre siempre se pregunta desde sí mismo, todos los problemas, aunque se refieran a realidades externas, se plantean con sentido **histórico**. Esto mismo sucede con los problemas generales del Derecho Internacional Privado y en particular con el orden público.

El problema del **orden público** se planteó en el Derecho Internacional Privado cuando en el siglo XIX, o sea en la continuidad contemporánea de la **modernidad**, Savigny comprendió la realidad de la **comunidad jurídica jusprivatista internacional**. En esa comunidad de Estados independientes, respetuosos de la independencia de los demás y protagonistas de relaciones económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc. suficientemente estrechas para reclamar una regulación jurídica compleja, sintieron la obligatoriedad de aplicar los Derechos más vinculados con los distintos casos de Derecho Privado (1). Entonces, a la luz de su sentido jusfilosófico **historicista**, el eximio civilista filósofo comprendió que cada Estado debía reservar la identidad fundamental de su propia comunidad jurídica de **Derecho Privado** y descubrió lo que luego, quizás de modo no del todo feliz,

(*) Bs. As., Depalma, 1946 (trad. de Oberdan Caletti, presentación de Renato Treves).

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

(1) Acerca del planteo originario de la comunidad jurídica jusprivatista internacional y del orden público v. SAVIGNY, F. C. de, "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesia y Manuel Poley, t. VI, Madrid, Góngora, 1879. También c. v. gr. FRANCESCAKIS, Ph., "Ordre public", en "Répertoire de Droit International", Paris, Dalloz, t. II, 1969, págs. 498 y ss.; MOSCONI, Franco, "Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules", en "Recueil des Cours" de la Académie de Droit International, t. 217, págs. 19 y ss.; "Aspects et sens du Droit International Privé. Cours général de Droit International Privé", en "Recueil ..." cit., t. 187, págs. 25 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Droit International Privé", 5a. ed., con la colaboración de Paul LAGARDE, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. I, 1970, págs. 420 y ss.; VALLADAO, Haroldo (Professor), "Direito Internacional Privado", 4a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, t. I, págs. 472 y ss. Cabe recordar asimismo por ej. NIBOYET, J.-P., "Principios de Derecho Internacional Privado - Selección de la segunda edición francesa (edición 1928) del Manual de A. Piñet y J.-P. Niboyet", trad. Andrés Rodríguez Ramón, 3a. ed., Madrid, Reus, págs. 380 y ss. Es posible v. nuestras "Meditaciones trialistas sobre el orden público", en "Jurisprudencia Argentina", t. 1977-II, págs. 711 y ss.; también "El 'saneamiento' de orden público en el Derecho Internacional Privado", en "Investigación y Docencia", N°8, págs. 13 y ss. Para la más reciente bibliografía relacionada con el tema puede c. v. gr. "Revue critique de droit international privé" t.83, 1994, págs. 906 y 908.

fue llamado **orden “público”** (2).

2. El orden público de la comunidad jusprivatista internacional puede intervenir “a priori” o “a posteriori” respecto de la consideración del Derecho vinculado al caso. En este último supuesto, que es el que más corresponde al espíritu de la comunidad jurídica jusprivatista internacional, está unido a la **extraterritorialidad** del Derecho extranjero y al **método indirecto** que, en lugar de dar las soluciones para los casos, recurre para encontrarlas a los Derechos más vinculados con ellos. Sin embargo, pese a que a diferencia del orden público a posteriori el orden público a priori es más territorialista y directo, ambos forman una unidad signada, al fin, por el sentido **privatista** de la justicia particular.

En la comprensión savigniana, de fundamento último historicista, el orden público está legitimado sobre todo por la **legitimación subjetiva** de cada comunidad para repartirse su **propio estilo** de vida. No es por casualidad que el orden público savigniano incluye las instituciones desconocidas.

A diferencia de ese significado historicista, en el sentido más **jusnaturalista** gana importancia la legitimación referida a los **objetos**, de modo que el orden público no es ya el resultado del derecho de cada pueblo a elaborar su propia juridicidad, sino el de un control de justicia respecto de injustas soluciones extranjeras.

Con el andar del tiempo la filosofía fue orientándose de modo predominante por las rutas del **existencialismo**, la última gran corriente de la modernidad, que de cierto modo fue dominante a mediados de nuestro siglo, y cuando el orden público es concebido desde una posición existencialista su despliegue es débil. Cada **individuo** está legitimado para crear sus propios valores, de modo que nada es objetivamente rechazable pero todo es subjetivamente rechazable por cada individuo, resultando la débil visión comunitaria sólo de lo que piensan los individuos que componen el grupo.

En las perspectivas modernas historicista y jusnaturalista del orden público la cultura tenía una **pluralidad** de referencias valorativas y una **profundidad** relativamente importantes, de modo que se consideraba contrario al orden público lo que afectaba a instituciones muy consagratorias de valores como la **justicia**, el **amor**, la **santidad**, etc., ocupando lugares destacados la organización familiar y sucesoria y en cierto sentido la estructura patrimonial de los derechos reales.

Aunque las relaciones entre los grupos inspirados en Savigny y en Hegel -el gran filósofo de la eticidad estatal- no siempre fueron cordiales, vale tener en cuenta que la comprensión del orden público nació en una época fuertemente signada por la compleja **eticidad estatal**.

Funcionalmente hablando, el orden público “a posteriori” significaba una **carencia “dikelógica positiva”** en el Derecho declarado aplicable (o sea referida a las nociones de justicia positivizadas en el Derecho invocante).

b) **El orden público y su crisis en la “postmodernidad”**

3. En nuestro tiempo el orden público responde en gran medida a los caracteres de la llamada **“postmodernidad”** (3). La postmodernidad es una época superficialmente fracturada, pero en lo

(2) Acerca de la historia de la Filosofía del Derecho pueden v. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94.

(3) Puede v. nuestro estudio “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.

profundo radicalmente uniforme en sentido **utilitario**. En nuestros días se pueden vivir muy diferentes sentidos vitales siempre que sean admitidos por el sistema económico, como ingredientes, sobre todo, del proceso de producción o del consumo. Es así que, por ejemplo, es posible ser con mucha más facilidad que antes homosexual, drogadicto, etc., pero el ser un niño o un anciano inútiles se paga muy caro, generalmente con el abandono o la reclusión en "antesalas de la muerte" (4).

En concordancia con ese utilitarismo la eticidad estatal se halla en creciente crisis, en un sentido de **sociedad civil y de privatizaciones** que son mucho más radicales que el Derecho Privado, porque incluso ignoran el sentido de lo público, y la comunidad internacional va cediendo ante una **mundialidad** constantemente incrementada. Incluso, quizás también como un reflejo de la universalidad económica hay una universalidad **ideológica** que se expresa en mucho en los derechos humanos.

Por otra parte, con sentidos económicos pero también de resurgimientos de otros valores históricos, la estatalidad es relativamente replanteada por fenómenos **integradores** y de **regionalismos** internos. No es imaginable que en un tiempo de utilitarismo, de crisis de la estatalidad, de privatizaciones y de mundialización, pero también de integración y de regionalización el orden público conserve las características y también la vitalidad que poseyó en la modernidad (5).

Vale preguntarse especialmente por el destino del orden público en una época en que muchos hacen gala de **pluralismo ético** y por lo menos declaman el **multiculturalismo**, pero a su vez se insiste en imponer la igualdad y a veces el igualitarismo. El hombre de este tiempo es menos intenso pero más difuso que el moderno, también en el marco espacial.

Importa interrogarse por el porvenir del orden público cuando la **filosofía analítica** y el **movimiento crítico**, que tanto signan el clima cultural de estos días, no tienen la energía ética que caracterizó a las corrientes filosóficas de su hora estelar, en la modernidad.

4. La respuesta a todas estas cuestiones es en gran medida la **crisis del orden público clásico** por un proceso de mundialización, que atiende a los derechos humanos y, sobre todo, a las necesidades de la economía y una rebaja de la intensidad vital.

Se evidencia un desdoblamiento en que, por un lado, una vasta red de tratados internacionales de derechos humanos, a veces con jerarquía constitucional, consagra soluciones generales de ética de proyección mundialista, que son orden público pero no como reserva de Estados particulares y, por otro, el orden público se transforma para garantizar específicas exigencias económicas.

A través de las generalizaciones de la ética de los tratados de derechos humanos, a menudo inspirada al fin por la ética capitalista occidental, se hace muy tensa la relación entre el legítimo mejoramiento de la condición humana básica y el avasallamiento de las particularidades que dieron nacimiento a la internacionalidad y enriquecen el fenómeno humano.

Urge sin embargo saber en qué medida lo que un Estado consagra o se compromete a consagrar como fundamental en su organización propia lo debe imponer a los Derechos extranjeros que decide o deba aplicar (en realidad, corresponde más que aplicar "imitar").

La integración externa y la desintegración interna de los Estados suelen afectar también al

(4) Es posible v. nuestros artículos "Derecho de la Ancianidad", en "Investigación ...", cit., Nº20, págs. 35 y ss., "Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad", en "Investigación ...", cit., Nº25, págs. 7 y ss.

(5) Puede c. nuestro artículo "Privatización y Derecho Privado", en "Boletín ...", cit., Nº20, págs. 119 y ss.

orden público, por una parte debilitando sus requerimientos y por otra desgajándolos.

Las reacciones contra el vacío cultural por la pérdida de las particularidades suelen ser más de violencia que de planteos institucionales de orden público.

5. En lugar de la anterior **coexistencia de sistemas jurídicos y de Estados independientes**, ahora el sistema **capitalista occidental**, sobre todo anglosajón y de particularidad norteamericana, **domina** a todos los otros sistemas jurídicos y a los Estados diversos y, según sucede en los fenómenos de dominación, los demás sistemas y los demás Estados y sus exigencias de orden público ceden ante los requerimientos de ese sistema dominante que, a la inversa, se imponen casi sin límites en el resto del Planeta (6).

6. Como medios que a veces se consideran demasiado complejos, en la postmodernidad la extraterritorialidad y el método indirecto del Derecho Internacional Privado tradicional son frecuentemente reemplazados por el **territorialismo** estatal y sobre todo “transestatal”, que tiene incluso proyección mundial, y por el **método directo**, de modo que el orden público tradicional pierde presencia.

Las modificaciones en el orden público postmoderno se muestran en las fuentes de las normas. Fuertes exigencias mundiales se imponen a través del juego de intereses consagrados en la “lex mercatoria” o por la autonomía de las partes. En lugar de afianzarse en las reservas que emergían de fuentes internas, los Estados se aproximan más mediante tratados y fuentes de integración derivadas (7).

El orden público de nuestro tiempo evidencia la vocación **utilitaria** de la época desplazándose hacia su paralelo de las “**leyes de policía y de seguridad**” dictadas por los Estados, ahora generalmente económicas, y haciéndose orden público “**mundial**” respecto de los Derechos nacionales, que deben someterse a los dictados de la utilidad.

Las leyes de policía y de seguridad tienen raíces en la obra codificadora napoleónica, aunque ahora con gran frecuencia se trata de un fenómeno relativamente nuevo de sentido más económico (8). En nuestros días la policía y la seguridad poseen, en la mayoría de los casos, referencia económica. Los fraccionamientos de la justicia productores de seguridad se generan, sobre todo, por razones utilitarias. Las leyes de policía y de seguridad son en realidad Derecho Público, que mira al bien común, pero a menudo con orientación utilitaria, como lo exigen las concepciones postmodernas.

Muy pocos requerimientos familiares o sucesorios tienen ahora fuerte consagración de

(6) Es posible v. nuestros trabajos “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario”, 1976; “Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho”, en “Investigación ...” cit., Nº20, págs. 197/108; “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

(7) Puede v. en relación con el tema por ej. DROZ, Georges A. L., “Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé”, en “Recueil ...” cit., t. 229, págs. 25 y ss.

Vale recordar que se ha discutido en torno a la afirmación de Pillet acerca de la “reducción progresiva del orden público” (v. por ej. MAURY, J., “Derecho Internacional Privado”, trad. Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, Cajica, 1949, págs. 320 y ss.). Entendemos que pese a las diversidades históricas esa reducción corresponde a nuestra época actual de mundialidad (o “globalización”).

(8) Así, por ejemplo, se expresa: “Los fundamentos que puedan justificar tal exclusivismo del derecho material propio radican en la consideración del carácter **insustituible** de ciertas normas materiales internas para proteger determinados intereses nacionales” (BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, 2a. ed., Bs. As., Depalma, t. I, 1983, pág. 125).

orden público como reserva local, pero si se defienden intereses económicos nacionales y principalmente el régimen mundial no acepta que los regímenes nacionales se aparten de las pautas inevitables de la utilidad. Los Estados, que antes se defendieron de los demás por su orden público, son ahora dominados por el orden público del régimen mundial.

Ahora hay importantes reglas económicas mundiales de policía y de seguridad, también con orientación predominantemente económica, y en vez del orden público que defendía a las culturas estatales se desarrolla un orden público con el que el sistema mundial rechaza las particularidades inútiles de los Derechos estatales. En estos días las carencias normativas por intervención del orden público que se producen en los Derechos extranjeros e incluso en todos los Derechos nacionales dominados por el Derecho mundial son, cada vez más, “**utilitarias**” -positivas o naturales- y en segundo grado de importancia dikelógicas.

Las referencias dikelógicas, que constituyen el núcleo vital último del orden público, más que remitirse a fundamentos se apoyan en el consenso de los pueblos. En este marco la invocación local última de la justicia pierde intensidad.

Con frecuencia no se trata tanto de respetar al hombre como hombre, sino por su posibilidad de inserción económica. Sólo en ciertos casos hay reacciones locales de orden público familiar y sucesorio que a menudo, más que en la justicia, se inspiran en otros sentidos, por ejemplo, de圣idad.

7. A menudo las leyes de policía y de seguridad y el orden público a priori son incluidos en la noción de “**leyes de aplicación inmediata**”. Sin embargo, esta noción puede producir una gran mescolanza porque el orden público a priori es exigido por el bien particular y en consecuencia es Derecho Privado, aunque sea a nivel general humano, y las leyes de policía son requeridas por el bien común y en consecuencia son Derecho Público (9).

Utilizar la noción de leyes de aplicación inmediata significa un “infradimensionalismo” jurídico referido de manera excluyente o concurrente a la realidad social y a las normas, pero prescindiente de la justicia. El orden público a priori y las leyes de policía y de seguridad sólo son relativamente análogos por la solución territorialista y por el empleo del método directo, pero difieren en la fundamentación y por eso, al fin, tienen “motores” culturales diversos.

La noción de leyes de aplicación inmediata corresponde en definitiva al espíritu utilitario de la postmodernidad, que tiende siempre a poner fines muy próximos, que son casi medios, desconociendo los significados profundos.

La idea de leyes de aplicación inmediata tiende a **desarticular** los despliegues a priori y a posteriori del orden público, con el consiguiente peligro de que los primeros queden apartados del

(9) La mescolanza ya se producía con la noción tradicional de leyes de policía y de seguridad. Así, por ejemplo, Mourlon decía “Les lois de police et de sûreté son celles qui assurent la prospérité et la grandeur du pays, en protégeant la tranquillité, la liberté, la propriété, la sécurité des citoyens,” y agregaba, al ampliar ya la noción hacia el orden público: “Ce sont, dit-on, des mesures conservatoires et d’urgence pour lesquelles la bonne police d’un pays exige que les magistrats du lieu soient toujours compétents.” (MOURLON, Frédéric, “Répétitions écrites sur le Code Civil”, 13a ed., revisada y puesta al día por Ch. Demangeat, Paris, Garnier, t. I, 1896, pág. 55; también pueden c. v. gr AUDINET, Eugenio, “Principios de Derecho Internacional Privado”, trad. de J. Moreno Barutell, Madrid, La España Moderna, t. I, págs. 267 y ss.; PLANOL, Marcel, “Traité élémentaire de Droit Civil”, 9a. ed., Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, t. I, 1922, pág. 77; LOUSSOUARN, Yvon - BOUREL, Pierre, “Droit International Privé”, Paris, Dalloz, 1978, págs. 145 y ss.).

En relación con las “leyes de aplicación inmediata” y sus alcances puede c. por ej. FRANCESCAKIS, Ph., “Conflits de lois (principes généraux)”, en “Répertoire ...” cit., t. I, 1968, págs. 483/84; también sin embargo GOLDSCHMIDT, Werner, “El S. O. S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos”, Bs. As., de Belgrano, 1979.

común sentido de bien particular que deben reconocer y se desborden.

8. Los sectores culturales más característicos de esta época defienden la pluralidad, sea con mayor sinceridad o hipocresía. Otros, minoritarios pero también poderosos, se aferran -en mucho desde ciertas posiciones religiosas- a un autoritarismo de moral familiar y sexual claramente precientífico y trasnochado. Casi todos, sin embargo, confluyen en defender los intereses económicos, de modo destacado cuando corresponden a las grandes empresas, de manera que responden a lo más característico del orden público de este tiempo, que es su transformación utilitaria. El orden público de derechos humanos es al fin menos representativo.

Con frecuencia el verdadero liberalismo y la verdadera tolerancia, que con justicia bajan el nivel del orden público con miras al respeto a las diversas particularidades de lo humano, son demasiado modernos para nuestra época y son sustituidos con sentido utilitario por un clima autoritario y sólo aparentemente indiferente (10).

9. Urge iluminar el complejo panorama del orden público en la postmodernidad a la luz de la **comprensión trialista** (11) de la realidad social, las normas y la justicia, para que al fin, por las vías que sean necesarias, cada individuo reciba la esfera de libertad que necesita para personalizarse.

Para saber si una normatividad tiene y ha de poseer carácter de orden público se ha de diferenciar en última instancia el fin con que es o ha de ser establecida. Se debe comprender que, como hemos señalado, el orden público tiende al bien de los **particulares** y es Derecho Privado. Aunque a veces se exprese en fuentes de Derecho Público, como las de Derecho Constitucional o Derecho Internacional Público, hay que distinguir el espíritu de uno y de otro y no identificar lisa y llanamente lo que es inconstitucional u opuesto a la "interestatalidad" con lo que es contrario al orden público. Suele haber coincidencias, pero también hay diferencias.

Al investigar el orden público hay que saber qué alcances tiene y debe poseer el reparto respectivo en cuanto a sus repartidores, recipientes, objetos (potencias e impotencias), forma y razones. Hay que averiguar, por ejemplo, si el orden público proviene y debe provenir de gobernantes de Estados aislados o de diversos Estados; si se asimila o ha de asimilarse a los individuos vinculados al país y a los que se caracterizan por contar con elementos extranjeros; qué potencias se resguardan y se han de resguardar; a quiénes se ha escuchado y a quiénes hay que escuchar para establecerlo; cómo es y debe ser fundamentado, etc.

Hay que apreciar y valorar los alcances "verticales" u "horizontales", por planificación gubernamental o ejemplaridad, que tenga y deba tener la constitución del régimen en cuanto a orden público. Hay que reconocer que, como todo aspecto del régimen, el orden público puede y debe realizar el **humanismo**, prefiriendo en lo posible el **abstencionismo** al intervencionismo. Es necesario apreciar el nivel de tolerancia, de autoridad o de indiferencia que se ha establecido y es legítimo establecer. Se debe averiguar el equilibrio positivamente buscado y legítimamente debido entre la **igualdad, la unicidad y la comunidad** de todos los seres humanos y se han de reconocer las fórmulas

(10) Ese clima suele ser consecuencia del dogmatismo y de la venalidad provenientes de los desvíos de la "derecha" y de la "izquierda"

(11) En cuanto a la teoría trialista del mundo jurídico, 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; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

pretendidas y debidas en la protección de éstos contra los demás individuos, el régimen, si mismos y todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.).

El orden público no debe ser un cuerpo ideológico inerte capaz de destruir a los seres humanos y ha de desarrollarse en todas sus aptitudes para que en **cada situación vital** contribuya, en el **conjunto de lo jurídico**, a su plena personalización.

Cuando cada vez advertimos más que sabemos muy poco del hombre, pero al mismo tiempo nos asomamos a posibilidades tecnológicas enormemente riesgosas, el orden público ha de ser manejado con sumo cuidado.

Ante la muy fuerte tendencia de la postmodernidad a absorber lo jurídico en lo económico, manifestada también en el orden público, la solución legítima es ahondar en los sentidos humanistas de lo jurídico en plenitud.

c) Proyección de Filosofía del Derecho Privado

10. Las consideraciones que anteceden muestran que para comprender el complejo fenómeno del orden público en la postmodernidad hay que contar imprescindiblemente con el auxilio de la jusfilosofía. También evidencian que la comprensión jusfilosófica del orden público en la postmodernidad es una perspectiva valiosa para iluminar todo el panorama de la **Filosofía del Derecho Privado** y de la **Filosofía del Derecho** de nuestro tiempo (12).

(12) La Filosofía del Derecho Privado no significa negar la Filosofía del Derecho todo sino penetrar en la Filosofía del Derecho todo a través del Derecho Privado. En este sentido se la ahonda en la Maestría en Filosofía del Derecho Privado que se dicta en la Facultad de Derecho de la U N R

En el horizonte del presente trabajo pueden c. nuestros estudios “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1994-I págs. 878 y ss y “Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979

HORIZONTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE NUESTRO TIEMPO

(El Derecho y la Economía - La internacionalidad, la integración y la globalización -
El Derecho Privado, el Derecho Público y la privatización - El Derecho de fondo y el Derecho
Procesal - Derecho Internacional Privado y Derecho declarado aplicable)

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I) Nociones básicas

1. Aunque los **horizontes** significan delimitaciones también indican perspectivas, lo que se encuentra más allá si se continúa el camino. Los horizontes son relativamente dinámicos, y difieren de las fronteras, que tienen un carácter más estático. Las horizontes suelen corresponder a fronteras, pero éstas son siempre peligrosas, porque si bien pueden iluminar también pueden aislar. Reconocer los horizontes de algo es significativo porque no sólo hay que saber lo que algo es de manera **directa**, sino por vía **indirecta**, a través de lo que **no es**. Es importante reconocer que las diversas realidades suelen tener relaciones “**dialécticas**” de “complementariedad” y de “contradicción”, de modo que para comprender a una de ellas es relevante saber cómo se desenvuelve su vinculación dialéctica con las demás. En nuestro caso, si bien es significativo reconocer directamente lo que el **Derecho Internacional Privado** es (1), también es relevante averiguar indirectamente lo que es por los sentidos que lo diferencian de lo que no es y lo vinculan de manera dialéctica con otras realidades.

2. El tiempo actual, llamado a menudo de la “**postmodernidad**”, se caracteriza por la ruptura de muchas de las fronteras de la “modernidad” (2). El estallido de la primera bomba atómica en Hiroshima, el 6 de agosto de 1945, significó la ruptura de la barrera **material** del átomo y la constatación del empleo de una nueva fuente de energía. Quizás ese suceso pueda ser tomado como el límite que marca el comienzo de una nueva edad de la historia. En las décadas que siguieron desde entonces han estallado otras fronteras: la frontera del **espacio**, sea por el desarrollo de los viajes supersónicos y las comunicaciones satelitales o por el despliegue de los viajes extraterrestres; la frontera de la **información**, por el desenvolvimiento de la informática y, hoy, la frontera de la **vida**, a través de la genética que permite eliminar o construir las características de los individuos y las especies. La **economía capitalista** ha avanzado en su expansión por el mundo, y suele decirse con

(*) Profesor titular ordinario de Derecho Internacional Privado y Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Es posible ver nuestro artículo “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, 1994-I, págs. 878 y ss. También pueden tenerse en cuenta nuestros “Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979 y “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1965.

(2) Puede ver 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

acuerdo que al desarrollarse la actividad empresaria donde convenga a cada empresa, sin tener en cuenta los países, más que de "made in" corresponde ahora hablar de "made by". Los lugares pierden su importancia como determinantes de la circunstancia. El inglés, lengua de gran sentido práctico, ha roto los límites idiomáticos, instalándose como vía de **expresión** mundial. En este marco histórico están, asimismo, en crisis las fronteras tradicionales del **Derecho** en general y del **Derecho Internacional Privado** en especial.

3. A fin de investigar las perspectivas que acabamos de señalar, conviene recorrer los diversos sentidos que indica la propia expresión compleja "Derecho Internacional Privado" estudiando: a) Las relaciones del Derecho con la Economía; b) Las vinculaciones de la internacionalidad, la integración y la globalización; c) La diferencia entre lo privado y lo público, d) La relación entre el Derecho de fondo y el Derecho Procesal y e) La vinculación entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho declarado aplicable.

II) El Derecho y la Economía

4. Por su constitución tridimensional, integrada por realidad social, normas y valores, el mundo jurídico tiene tres horizontes: uno sociológico, otro lógico y el tercero filosófico (axiológico) (3). Sin embargo, por lo menos en la actualidad, el horizonte tridimensional más próximo al **Derecho** es la **economía**.

La conciencia acerca de las importantes relaciones entre el Derecho y la economía es muy antigua. Basta recordar, por ejemplo, que Aristóteles enseñó, con descollante lucidez, que si las lanzaderas tejieran y las púas tocaran el arpa por sí mismas los maestros artistas no necesitarían ayudantes ni los señores necesitarían esclavos (4). Aunque Carlos Marx no acertó, por lo menos hasta ahora, en las predicciones acerca de que el capitalismo generaría las condiciones de su propia negación, y no se ha mostrado que la economía sea la última determinante de la historia, dejó también un mensaje digno de muy alta consideración.

Las realidades de la economía favorecen o perjudican la vida y, en consecuencia, se integran en las "**potencias**" y las "**impotencias**" de los repartos, que son adjudicaciones provenientes de la conducta de seres humanos determinables, y de las distribuciones, adjudicaciones surgidas de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. Además, las realidades económicas pueden constituir **límites necesarios** para los repartos. Es imposible comprender los repartos y las distribuciones sin comprender economía. En la economía se juegan, asimismo, las posibilidades de que las normas sean **exactas**, o sea que se cumplan.

La satisfacción del supremo valor jurídico, que es la **justicia**, ha de atender a la economía y a su valor **utilidad**, porque el hombre necesita siempre de éste para personalizarse. Sin embargo, la justicia debe agregar los ingredientes de los otros valores a nuestro alcance, por ejemplo, la salud,

(3) En general, acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden ver 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; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985

(4) ARISTOTELES, "Política", en "Obras", trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 1416 (Libro I, Cap. 2, 1253 b / 1254 a).

la verdad, la belleza, el amor, la santidad, etc. y culminar en el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser), valores que, más allá de toda consideración utilitaria, le corresponde resguardar.

Las relaciones entre el Derecho y la economía no son, obviamente, excluyentes. Al hilo de la exigencia de realización convivencial de esos valores el Derecho se encuentra, además, en intensa vinculación dialéctica permanente con la ciencia, el arte, la religión, etc., por vías de complementación y de contradicción. La política jurídica junto a la política económica, la política científica, la política artística, la política religiosa, etc. son partes del mundo político total que debe realizar la convivencia.

5. Es evidente que la economía, siempre importante en todo el desarrollo de la cultura, es en mucho determinante profunda del mundo de la **postmodernidad**. Pese a las diversidades de superficie, sobre todo admitidas cuando son útiles, en lo más hondo nuestro tiempo impone un sentido uniforme, de cierto modo “totalitario”, de utilidad. Esto significa una fuerte transformación y un riesgoso desafío para todos los otros sectores de la cultura, incluyendo al Derecho.

Uno de los factores de consolidación de la vida social es, a la par del Derecho, la religión, pero en este tiempo ambos, principalmente la religión, están debilitados y, en su lugar, el tejido social es dominado por los sentidos de la economía. En mucho, todo el resto de la cultura se disuelve y se cohesiona según lo que impone la economía.

El propio Derecho Occidental contribuyó a generar las condiciones en que la economía puede absorber muchas de sus manifestaciones mas importantes. La consistencia específicamente económica del sistema capitalista parece hacer innecesarias las tendencias consolidantes del Derecho y de la religión. El Derecho no desaparece, porque siempre hay repartos captados por normas y valorados por la justicia, pero por lo menos en los repartos y en los valores que se pretenden se va identificando en mucho con la economía.

Para comprender al Derecho postmoderno en su conjunto y a cada una de sus ramas hay que apreciar que en gran medida tienden a ser pensados y resueltos en términos económicos, que sus razones son económicas e incluso con frecuencia la utilidad se impone con arrogancia a la justicia. Respondiendo en mucho a causas económicas, hoy todo el Derecho se orienta a una recomposición según patrones de superficie de repartos autónomos y de ejemplaridad, de microordenamientos normativos, de unicidad por referencia a distintos valores, de tolerancia y de humanismo abstencionista, pero conforme a patrones profundos de mayor autoridad y de planificación no gubernamental sino empresarial, de una lógica última referida a la economía, de uniformidad utilitaria, intolerancia, intervencionismo e incluso totalitarismo.

Sin entrar a comparar los grados de correspondencia con la realidad de las reglas económicas y de la “ley natural”, cabe reconocer que en este momento las reglas económicas ocupan en mucho el lugar que en el Derecho medieval tenía la “ley natural”.

Si el jurista de este tiempo quiere hacer realidad su calidad de tal, repartiendo a sabiendas con justicia (5), y si no desea ser marginado por el proceso histórico, ni resultar disuelto en la economía, ha de hacerlo teniendo una importante conciencia de la gran significación, positiva y negativa, que ella posee para la vida jurídica.

Uno de los mayores interrogantes jurídicos de estos días, válido de manera destacada para el Derecho Internacional Privado, es cómo resolver la difícil vinculación con el mundo económico.

(5) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. VII.

6. Mucho de lo que el Derecho de esta época ha de ser respecto de la economía se juega en el **Derecho Internacional Privado** (6). Todos los otros caracteres del Derecho Internacional Privado de hoy que hemos de señalar en los puntos siguientes -la crisis de la internacionalidad, la privatización, la aproximación entre Derecho de fondo y proceso y la disminución de las distancias con el Derecho aplicable y entre *lex fori* y *lex causae*- se deben en mucho al imperio de la economía.

7. En países como la **Argentina** los obstáculos en la relación entre economía y Derecho asumen particular relieve. Por ser un país en parte feudal y en parte capitalista, la vinculación entre Derecho y economía resulta particularmente tensa, porque el carácter heterogéneo del régimen hace que a menudo el poder tienda a ser vendido y comprado, como una mercancía, y porque en principio las exigencias de justicia distan mucho de las utilitarias. El quizás inevitable y tal vez deseable avance del sistema capitalista en nuestro medio tiene un alto costo de justicia, de influencias de este valor que hay que fraccionar, en alguna medida no fácil de determinar.

La adopción de un sistema jurídico demasiado feudal y con fuerte presencia estatal puede significar un grave obstáculo para el desenvolvimiento del país, pero la adopción de un sistema jurídico demasiado capitalista puede significar un gran vacío, el vacío en el que, por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre en los países con desarrollo capitalista, caen los desocupados en realidades como la nuestra.

Todo esto ha de tenerse también en cuenta en el marco de nuestro Derecho Internacional Privado que, dadas las características de la materia, es un posible puente para vincularnos con los países plenamente capitalistas, pero también para relacionarnos con los otros.

III) La internacionalidad, la integración y la globalización

8. Es frecuente reconocer que la **comunidad internacional** supone **diversidad** de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y **relaciones** económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc. lo suficientemente complejas como para requerir una importante regulación jurídica. Los horizontes de la internacionalidad son la **"nacionalidad"** y la **universalidad**, que respectivamente responden a la menor presencia del segundo o el primer requisito.

La internacionalidad nació cuando surgieron los Estados modernos como negación del fenómeno imperial, al romperse la globalidad del Sacro Imperio Romano Germánico y consagrarse sus regionalidades intermedias. Los Estados modernos y la internacionalidad se produjeron en gran medida a impulsos de la alianza de la burguesía con los reyes, para dominar los nacientes mercados nacionales, y del anhelo burgués de desarrollar, sin embargo, las vinculaciones con los otros Estados.

El mundo internacional se formó en Occidente y se proyectó con distintos grados de

(6) El Derecho guarda siempre también profundas relaciones con la **técnica**, que suele tomarlo como medio para su hacer. En la cultura occidental estas vinculaciones son muy estrechas, sobre todo en cuanto a impulsos de los requerimientos económicos ha ido dejando de ser una cultura de la ciencia y la técnica para hacerse cada vez más una cultura de la técnica.

Las posibilidades de la técnica, sobre todo de la **ingeniería genética**, pueden llegar a conmover los cimientos mismos de la juridicidad, al modificar el carácter natural básico del hombre e incluso al generar otras especies. Si el hombre llegara a convertirse en un producto del sistema tecnológico-económico las nociones fundamentales de los merecimientos en sentido amplio, relacionados con nuestras conductas y con la naturaleza entrarian en crisis

La vinculación básica del Derecho con la ingeniería genética puede ser tema fundamental del pensamiento jurídico del porvenir e incluso del Derecho Internacional Privado que vendrá. Si los hombres fuésemos productos de ese sistema, las diversidades internacionales perderían su significación actual

profundidad al resto del Planeta, en el que se desenvolvían distintos “sistemas jurídicos”. El Derecho Comparado señalaba, en las décadas de mediados del siglo XX, la existencia del Derecho Occidental con sus dos “subsistemas”, del Derecho romano-germánico o “continental” y el “common law”, el Derecho soviético, el Derecho islámico, el Derecho hindú, el Derecho del Extremo Oriente y el Derecho del África Negra y Madagascar (7). Durante varios siglos, entre internacionalidad, nacionalidad y universalidad hubo una expansiva dialéctica de complementación y contradicción relativamente equilibrada.

De alguna manera la internacionalidad **fracciona** el complejo personal de la humanidad e incluso las consecuencias, haciendo que unos se beneficien o se perjudiquen por los merecimientos y los “desmerecimientos” de otros, según lo indiquen las fronteras, y los fraccionamientos de la justicia, productores de seguridad, no son siempre fundados. Sin embargo, la internacionalidad tiene otros despliegues de valor más nítidos y significa, por ejemplo, una manera de proteger, con criterio humanista, la **unicidad** de las diferentes **culturas nacionales** y de amparar a los gobernados contra los gobernantes, a través de la división del poder.

9. El mundo de la internacionalidad engendró el **Derecho Internacional Privado tradicional**, orientado al **respeto** al elemento extranjero a través de la **extraterritorialización** del Derecho con el que se vincula y del consiguiente empleo del **método indirecto** (8).

Ese mundo de la internacionalidad generó, no obstante, las posibilidades del crecimiento económico que lo desbordaría y conduciría a su propia negación. La relativa estabilidad internacional abría paso a realidades con más cohesión.

10. En la **postmodernidad** las diversidades culturales en cuyo marco nació el Derecho Internacional clásico se debilitan, en mucho porque la actividad económica, con la gran fuerza de los procesos de producción y de consumo, penetra en todas las áreas provocando uniformidades, aunque a veces éstas son parciales, sólo según los alcances de los intereses utilitarios.

Las culturas nacionales y los grandes sistemas jurídicos no occidentales son afectados en diversas medidas por la poderosísima presencia de las actividades económicas que en mucho originó Occidente y -pese a ciertas influencias recíprocas entre las dos vertientes occidentales- a menudo predomina el espíritu del “common law”.

En relación con la economía occidental, cuya competencia e incitación al consumo no pudo soportar, el sistema soviético se derrumbó y otros sistemas presentan interrogantes acerca de la relación de la cultura tradicional con la economía capitalista, como el del Extremo Oriente, especialmente en Japón, o son muestras de la desestabilización y la desorientación, según sucede en el África Negra (9).

(7) Es posible v. por ej. nuestros “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979. También cabe tener en cuenta nuestras “Perspectivas ...” cits., esp. págs. 81 y ss.

(8) Es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988. También pueden tenerse en cuenta v. gr. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado” (con colaboración), Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978. “Aspectos axiológicos ...” cits.

(9) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 20, págs. 107/108

Una de las expresiones más notorias de la nueva situación es el hecho de que en uno de los países europeos que recorrieron gran parte del siglo XIX en la lucha por la unidad hoy, por razones principalmente económicas, han ganado espacio tendencias de separación de tipo federativo.

En esta realidad, las grandes estructuras jurídicas de la modernidad, entre las que se destacaban los Estados y su comunidad internacional, son debilitadas por la superación de las fronteras y por cuestionamientos internos, v. gr., en aras de los regionalismos.

Aunque reinan las fracturas superficiales, que se expresan incluso en la unicidad de los regionalismos, en la postmodernidad hay una creencia profunda en la **igualdad** de todos los que pueden producir o consumir. La dinámica de la utilidad requiere cierta unicidad para que interesen los cambios y la producción, pero se apoya en la igualdad de todos los posibles protagonistas. La igualdad es, junto a la unicidad y a la comunidad, requerimiento del humanismo exigido por la justicia, mas su aporte debe ser equilibrado para que no se pierdan la unicidad y la comunidad.

Ante la nueva situación, la relación anterior entre la internacionalidad, la nacionalidad y la universalidad se rompe, generándose así otras de las grandes líneas de tensión de este tiempo. La internacionalidad ya no se complementa con la nacionalidad y la universalidad en el equilibrio tradicional y ha contribuido a generar las condiciones de su propia negación. Incluso, más que de universalidad, corresponde hablar ahora de mera **mundialidad** y de **globalización**. Hoy tenemos una internacionalidad tendiente a la globalización y en algún grado a la **parcialización**.

En esta realidad, los Estados tratan de encarar el juego de las grandes fuerzas económicas a través de su defensa, en las llamadas “leyes de aplicación inmediata”, pero sobre todo de su fortalecimiento colectivo en la **integración**. Los interesados procuran atender a sus propias necesidades al hilo del ejercicio de su **autonomía material** y los Estados a menudo incluso los acompañan en sus propósitos.

11. Como consecuencia de tales realidades, junto al **Derecho Internacional Privado en sentido estricto**, se forman el **Derecho Privado de la Integración** e incluso un Derecho Privado de alcance **mundial**, que constituyen hoy el **Derecho Internacional Privado en sentido amplio**.

El Derecho Privado de la Integración y el Derecho Privado Mundial tienden a dejar de lado la referencia internacional clásica de respeto al elemento “extranjero”, que es impulsado a no ser más tal. El elemento extranjero se hace a menudo “comunitario”, y además todos los productores y los consumidores resultan “ciudadanos” del mundo de la economía. Hay inclinación a superar la extraterritorialidad, con sentidos de nueva “territorialidad” e incluso de “no territorialización” (en la autonomía “universal”) y se abandona el método indirecto.

En la comunidad internacional menos diferenciada de nuestro tiempo las elecciones de los Derechos aplicables son menos puntuales, difundiéndose las referencias a los Derechos que estén más vinculados a los casos, tales como éstos se planteen, e incluso a los Derechos cuyos objetivos de política legislativa estén más comprometidos (10).

En este marco, es imprescindible resolver en qué medida se atenderá a cada uno de los tipos de Derecho que componen el Derecho Internacional Privado en sentido amplio. El Derecho Internacional Privado clásico no puede desaparecer legítimamente, porque la internacionalidad subsiste e incluye a culturas especialmente débiles y necesitadas de respeto. No es sin motivo que aparecen tendencias destinadas a marginarlo cuando las diversidades se plantean respecto de

(10) Cabe tener en cuenta al respecto el Código civil de Luisiana (v. *Revue critique de droit international privé*, t. 81, págs. 394 y ss.).

culturas que una no muy oculta soberbia considera inferiores. Sin embargo, es imprescindible que junto a ese Derecho “central” o “nuclear” e iluminadas por él se reconozcan, en la medida que lo exijan las diversas realidades, el Derecho Privado de la Integración y el Derecho Privado de alcance mundial que, como soluciones “periféricas” de ese núcleo, constituyen con él el marco del Derecho Internacional Privado en sentido amplio de nuestro tiempo.

12. La **Argentina** está inmersa con rasgos propios en esa realidad tensa entre internacionalidad, integración y globalización. Es una parte no homogénea del conjunto del subsistema occidental “latinoamericano”, o tal vez más nitidamente “iberoamericano”, de modo que sus vinculaciones con el resto de Occidente y con el resto del mundo ofrecen caracteres particulares. Por una parte se parece al Occidente desarrollado, pero también difiere en mucho de él y, por su relativa marginalidad, tiene algunos rasgos que la asemejan a otros países del que fuera “Tercer Mundo”, aunque las diversidades en este caso tal vez sean más notorias. La incorporación parcial del país al sistema de producción capitalista y su creciente inclinación al consumo lo hacen en ciertos aspectos parte de la globalización.

En los últimos lustros nuestro país se ha abierto considerablemente a las relaciones externas, sobre todo con otros países de Occidente, y ahora se ha orientado con firmeza al proceso de integración del **Mercosur** y a otras posibilidades integradoras.

También respecto de nuestro Derecho Internacional Privado hay que elegir entre los distintos componentes de la “internacionalidad” amplia de estos días. La participación en los marcos de las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado organizadas en el marco interamericano y de la Conferencia de La Haya y en la obra de Naciones Unidas, la elaboración de normas “mercosureñas” y quizás sobre todo la simpatía creciente por la autonomía de las partes para dictar sus propias reglas, son muestras de la transformación de nuestra materia en el Derecho argentino.

IV) El Derecho Privado, el Derecho Público y la privatización

13. La diferenciación entre lo privado y lo público y entre el **Derecho Privado** y el **Derecho Público** ha generado largas discusiones. Pese a que las distintas posiciones suelen ser válidas en cuanto afirman rasgos de diversidad, pero no en cuanto niegan la importancia de otros, creemos que las principales diferencias entre el Derecho Privado y el Derecho Público consisten en que en lo sociológico se valen respectivamente más de repartos autónomos o autoritarios, en lo normológico tienen normatividades más negociales o institucionales y en lo dikelógico corresponden a requerimientos de la **justicia particular** y la **justicia general** (que se refiere directamente al bien común). Entendemos que estos rasgos dikelógicos son los últimos definitorios de la distinción, pero cabe agregar, por ejemplo, que el Derecho Privado guarda cierta afinidad mayor con el humanismo abstencionista, en tanto el Derecho Público tiene algún grado de proximidad relativa con el humanismo intervenciónista (paternalista).

Lo privado y lo público y el Derecho Privado y el Derecho Público han guardado, sobre todo en Occidente, una relación no sólo de complementación sino de contradicción, expresada en la gran

dinámica de nuestra historia. Occidente ha sido siempre una cultura más referida al individuo, con presencia privatista relativamente mayor. Sin embargo, esa tensión tuvo su más alto grado en la modernidad, en el tiempo en que el hombre como tal llegó a ser uno de los grandes protagonistas de la historia. Las ideas liberales, desarrolladas por la burguesía, contribuyeron, a partir de fines del siglo XVII, a acentuar el desarrollo de lo privado. La jerarquización del interés de los propietarios, que expuso de manera extrema Locke en Inglaterra, tuvo su consagración legislativa, con un estilo “continental” afrancesado, en el Código Napoleón.

La tensión perduró durante el resto de la modernidad, aunque fuera con momentos de incremento relativo de la referencia publicista, como la que se produjo en las últimas décadas de la primera mitad del siglo XX. Vale recordar, salvando las importantes distancias, que entonces se produjeron, por ejemplo, los regímenes del Eje y el “New Deal”. Sin embargo, la relativa afirmación publicista, nutrida a veces de ideas de estilo hegeliano, llegó a un descalabro gigantesco al concluir la Guerra Mundial, “caliente” o “fría” que, en diversos momentos afectó a nuestro siglo.

14. En contradicción con la afirmación publicista del Estado, en la **postmodernidad** las fronteras entre lo público y lo privado y entre el Derecho Público y el Derecho Privado tienden a desdibujarse y la **privatización** es uno de los fenómenos más característicos.

A través de la privatizadora autonomía de las partes tienden a borrarse asimismo los límites entre lo interno y lo internacional y entre lo jurídico y lo económico. Los regímenes estatales se fraccionan en numerosos sectores que permiten hablar de la “descodificación”, pero el tejido básico de la sociedad es constituido cada vez más por los acuerdos de los propios interesados. Sin embargo, privatizar no es lo mismo que el desarrollo espontáneo del Derecho Privado, y tiene riesgos mayores.

La privatización se produce en un cambio cultural desde lo público, que resulta a menudo de una **recepción** de un modelo extranjero, principalmente del modelo del capitalismo anglosajón, con importantes problemas generales de calificaciones, fraude a la ley, reenvío, asimilación, orden público, etc. (11). En la cultura anglosajona la privatización surge desde raíces más autóctonas que complementan los originarios cimientos publicistas del Derecho inglés, pero en otros marcos tiene más caracteres de injerto.

La privatización significa gran crisis de la planificación gubernamental, pero no excluye que en lugar de la ejemplaridad impere la planificación de las empresas. La planificación gubernamental en marcha realiza el valor previsibilidad y la ejemplaridad satisface el valor solidaridad, mas difícilmente podría sostenerse que el mundo actual no sea previsible. No es por azar que, con razón o sin ésta, ha llegado a hablarse del “fin de la historia”.

Uno de los grandes interrogantes de este tiempo se refiere, sin embargo, al porvenir a partir de la privatización, pudiendo pensarse v. gr. en la estabilización definitiva de la referencia a lo privado liberado de lo público o en la generación de un nuevo Derecho Público, quizás en un Estado mundial, o tal vez, de manera desviada, en la profunda búsqueda del bien común de las empresas.

Según lo que conocemos acerca de la justicia en nuestro tiempo, es sostenible que en la postmodernidad hay una gran “**vacancia**” de Derecho Público y de estatalidad, pero los cauces económicos e ideológicos actuales no resultan encaminados a colmarla a breve plazo. A la luz del

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

valor justicia, y según la exigencia última del valor humanidad, el utilitarismo de la radicalización de las privatizaciones resulta a veces infundado, mas parece que no existen vías alternativas. A esto se debe en parte el frecuente recurso de los sectores marginales a diversas formas de religiosidad.

Son muchos los motivos por los que la privatización postmoderna no es el triunfo del Derecho Privado en sentido estricto, y uno consiste en que ahora se trata del avance de los intereses económicos individuales, pero no de un sujeto fuerte, como el que pensó el Derecho Privado tradicional, sino de un **sujeto débil**, que pertenece a un tiempo en que se habla del “fin del mito del sujeto consciente”. Vale tener en cuenta que la radicalización del abstencionismo puede permitir una desviación “totalitaria” en sentido amplio que mediaticé en sentido individualista.

15. La privatización significa una situación crítica del **Derecho Internacional Privado** que se desarrolló en la modernidad. La privatización extrema de la vida actual rompe el equilibrio tenso de los tres despliegues caracterizadores que señala la expresión “Derecho- Internacional-Privado”.

Es posible reconocer una cierta dialéctica histórica que iría desde el Derecho Privado común al Derecho Internacional Privado y desde éste al Derecho Privado Internacional, llegando al Derecho Privado de la Integración y al Derecho Privado de alcance mundial. La privatización devora a la internacionalidad, impulsando a la mundialidad y la regionalidad, y arrincona al mismo Derecho, haciéndolo en mucho tributario de la economía.

Una de las expresiones importantes de la situación actual es la crisis de los puntos de conexión personales y reales más profundos, con avances de los puntos de conexión personales y reales más “superficiales”, como la residencia habitual y el lugar de registración y, sobre todo, de los puntos de conexión **conductistas**, también en los sentidos más “superficiales”, especialmente de la autonomía de las partes para elegir el Derecho aplicable. Otra manifestación de la crisis originada por la privatización es el abandono de las referencias mismas a los Derechos aplicables mediante puntos de conexión, en aras de la **autonomía material**, incluso de la autonomía universal.

El Derecho Internacional Privado clásico estaba pensado en relación con sujetos fuertes que se hallaban en situaciones de debilidad por la existencia de elementos extranjeros, hoy se piensa en sujetos débiles instrumentados por una economía a la que se deja en libertad.

La privatización no significa un triunfo del “Derecho Internacional Privado”. Por su internacionalidad, que lo remite a los Derechos estatales, el Derecho Internacional Privado clásico puede constituir un bastión para evitar los excesos de la radical privatización.

16. Aunque en la **Argentina** el Derecho Privado es la parte del régimen que mejor ha funcionado, en realidad, a semejanza de lo que ocurrió con el Derecho Público, la recepción de los modelos de los países que se consideraron de vanguardia estuvo lejos de obtener los resultados pretendidos. Por muchos años la recepción del modelo constitucional norteamericano distó de provocar la formación de un régimen democrático, republicano y federal. La recepción del modelo civil francés también ha distado de provocar el desarrollo de un sistema capitalista.

La cultura argentina, como la de muchos países dependientes, está dividida en un sector autóctono, que en nuestro caso es hispánico tradicional, con caracteres relativamente comunitaristas

y paternalistas, y otro de recepción, anglofrancesado, más individualista y abstencionista (12). Quizás como resultado de la presencia del sector hispánico tradicional y de la recepción no profunda del modelo anglofrancesado, nunca pudo desplegarse cabalmente el sentido del capitalismo.

Luego de años de protecciónismo estatal referido en parte al bien común la Argentina ha asumido ahora un muy destacado proceso de privatización, con grandes dificultades que, por ejemplo, evidencia el altísimo índice presente de desempleo. La voluntad privatizadora se manifiesta, v.gr., en reiteradas actitudes favorables a los instrumentos jusprivatistas internacionales para que dicho curso pueda desarrollarse. Cabe recordar, por ejemplo, que es el único país que ha ratificado la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías (13).

V) El Derecho de fondo y el Derecho Procesal

17. Otra de las fronteras tradicionales del Derecho Internacional Privado, aunque no mencionada en el nombre, era la que lo diferenciaba, como **Derecho de fondo**, del **Derecho Procesal**. La distinción entre Derecho de fondo y Derecho Procesal es particularmente significativa en Occidente y se acentuó en los últimos siglos de la evolución del Derecho “continental”, en mucho también a través de la afirmación de los derechos de los gobernados frente a los gobernantes. El derecho a audiencia es una de las características principales del proceso y en gran medida la modernidad se interesó por el derecho a ser escuchado.

El proceso es una de las posibles **formas** de los repartos, o sea uno de los caminos previos elegidos para arribar a ellos. Las formas, los repartidores, los recipientes, los objetos y las razones, son caracteres entrelazados que han de tenerse en consideración para la comprensión de los repartos.

Sin embargo, a fuerza de querer dar audiencia, el proceso se hizo formalista, lento y costoso, apartándose de los objetivos del Derecho de fondo al que debía servir. Con frecuencia la justicia respecto de los repartidores, los recipientes y los objetos fue sacrificada en aras de una desviada justicia de la forma. Una “justicia” ineficaz, incapaz de ser útil, en definitiva no es justicia. Menos todavía si se distancia de lo que legítimamente corresponda por el Derecho de fondo.

18. Por las desviaciones señaladas, principalmente en la **postmodernidad** el proceso ha estallado en doble sentido: con la tendencia a que las partes asuman en mayor medida la administración de justicia, por ejemplo, mediante la sustitución de los jueces por los árbitros, y con la aproximación del Derecho Procesal al Derecho de fondo, v.gr. según el paradigma del Derecho Justicial. De algún modo tiende a privatizarse la misma administración de justicia. Ha avanzado la comprensión de que la suerte del Derecho de fondo se juega de manera considerable en el proceso y se procura que éste no sea perturbador.

La complementación entre fondo y proceso llegó en la modernidad a convertirse en relativa contradicción, y ahora se procuran nuevas maneras de la complementación. Podría decirse que de

(12) Cabe tener en cuenta nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993

(13) Puede c. “Revue . . .” cit., t. 84, pág. 218

la “complejidad impura” que mezclaba el fondo y el proceso se pasó a la “simplicidad pura” que acabó escindiéndolos y ahora ha de llegar a la “complejidad pura” que los relacione sin mezclarlos, pero este equilibrio no es fácil dada la limitada capacidad de abstracción y el apresuramiento de la postmodernidad, cuando el proceso es a veces desplazado de los estrados judiciales para resolverlo apriorísticamente en los medios de comunicación masivos.

19. Esas tendencias se han producido también en el **Derecho Internacional Privado**. Las posiciones que lo escindían del Derecho de fondo han contribuido a esclarecer muchas cuestiones, como las de la calidad y la condición procesal del Derecho extranjero, pero los temas de la **jurisdicción** y del **reconocimiento y la ejecución** de pronunciamientos extranjeros se van haciendo partes habituales de las obras positivas y doctrinarias referidas a la materia (14); la autonomía de las partes para elegir los jueces, el arbitraje y la mediación se difunden y, en general, se va comprendiendo que es necesario contar con un **Derecho Procesal Internacional Privado** (15).

20. En parte por la herencia formalista recibida de España, en la **Argentina** el proceso suele ser lento y frustrante. Sin embargo, el reconocimiento de la importancia del proceso en relación con el fondo y hasta cierto punto el derecho de las partes a asumir la solución de sus cuestiones ganan consideración, también en el Derecho Internacional Privado. Una muestra de esto es el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual aprobado en el ámbito del Mercosur. Sin embargo, la manipulación por ciertos medios de comunicación masiva y la mediatización electoralista de un caso reciente de pedido de colaboración internacional muestran que el proceso internacional está lejos de colocarse al nivel exigido por la realidad actual.

VI) Derecho Internacional Privado y Derecho aplicable

21. El **Derecho Internacional Privado** clásico se ubicaba a una considerable distancia del **Derecho aplicable** y también había importante diferencia entre la **lex fori** y la **lex causae**. En esos espacios, tratando de superar con los alcances más legítimos posibles las fronteras que separaban los distintos Derechos, no sólo se recurria a puntos de conexión determinados de manera nítida, sino se situaban los **problemas generales** de las calificaciones, la cuestión previa, el fraude a la ley, la pluralidad de regímenes en el Derecho de referencia, el reenvío, la calidad del Derecho aplicable y el orden público (16). Estos problemas se fueron descubriendo en la hora culminante del Derecho

(14) En el marco de las soluciones en tal sentido, hay que tener en cuenta, por ejemplo, la quizás ya clásica Ley Federal suiza de 1987 y la nueva Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995 (v. respectivamente "Revue ..." cit., t. 77, págs. 409 y ss. y "Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana", 3 de junio de 1995, ley n. 218).

(15) Es posible v. nuestros artículos "Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Judicial Internacional Privado", en "Doctrina Jurídica", 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972, "Nuevas reflexiones sobre Derecho Judicial Internacional Privado", en "El Derecho", t. 48, págs. 823 y ss., "Derecho Judicial Internacional Privado: el funcionamiento del proceso ejecutivo internacional privado", en "La Ley", t. 155, págs. 1103 y ss., "Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Judicial Material: la jurisdicción internacional)", en "La Ley", t. 1975-A, págs. 1047 y ss.

Una expresión reciente de los avances de la economía, la privatización y el proceso sobre la internacionalidad es la creciente limitación de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados (pensados cada vez más como empresas) cuando obran "iure gestionis" (v. en relación con la posición argentina la ley 24 488).

(16) Una de las más lúcidas comprensiones de esa problemática es la que expuso Werner Goldschmidt en la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado (c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado". Barcelona, Bosch, 1935; "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a. ed., Bs. As., Ediciones Jurídica Europa-América, esp. t. I, 1952; "Derecho ..." cit.).

Internacional Privado clásico que corrió, en un momento de apogeo de la modernidad, entre 1849 y 1935.

Para no saltar sobre esa distancia las calificaciones debían resolverse según la “lex civilis causae”, la cuestión previa debía solucionarse según la teoría de la equivalencia y había que rechazar el fraude a la ley propia y a la ley extranjera. Se debía resolver la pluralidad de regímenes según los criterios del Derecho referido, había que admitir el reenvío, se debía imitar el hecho notorio de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero y, en principio, el orden público tenía que intervenir a posteriori.

Entonces la fuerte razón moderna continental hizo grandes aportes que permiten comprender no sólo los problemas generales del Derecho Internacional Privado sino todos los contactos de respuestas jurídicas (17) y enriquecer las relaciones interhumanas en general.

22. En la **postmodernidad** se cree, a veces con razón y otras sin ella, que las distancias entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho aplicable y entre la lex fori y la lex causae disminuyen, porque las particularidades de superficie suelen multiplicarse pero a su vez en realidad con frecuencia se desdibujan. Las fronteras se debilitan, pues todas las identidades pierden fuerza. Por esto es que no sólo tienen menos importancia y se modifican los puntos de conexión, sino que los problemas generales se plantean con menos intensidad y reconocimiento.

En el problema de las calificaciones ganan cierta significación la autarquía y la “lex fori”; en la cuestión previa avanza la jerarquización; la preocupación por evitar el fraude a la ley se debilita; gana espacio el interés por encontrar el Derecho más vinculado con cada caso concreto; los alcances del reenvío son a menudo limitados o negados y el orden público tiene menos que resguardar pero, con cierto sentido utilitario, también se procura la consideración del orden público extranjero (18).

23. En la **Argentina** existe en general una sólida tradición doctrinaria y de cierto modo jurisprudencial de reconocimiento debido de las distancias entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho aplicable y entre la lex fori y la lex causae, con la consiguiente conciencia de los problemas respectivos.

VII) Conclusión

24. A la luz de la exigencia de justicia de respetar al hombre en su unicidad, su igualdad y su participación en la comunidad es imprescindible que todo el Derecho Internacional Privado en sentido amplio se **integre** con despliegues económicos, globalizadores, integradores y regionales, privatizadores, procesales y de aproximación con los Derechos aplicables y entre la lex fori y la lex causae, sin **disolverse** en ninguno de ellos.

La época de la postmodernidad corresponde a una crisis de la presencia filosófica, pero para estar a la altura de sus desafíos es, quizás ahora más que nunca, necesario el desarrollo de la Filosofía, incluso respecto del Derecho Internacional Privado (19).

(17) Es posible v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”. Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976

(18) En relación con la situación histórica del Derecho Internacional Privado puede v. nuestro artículo “Engarce histórico del Derecho Internacional Privado”, en “Boletín ...” cit., Nº 17, pags. 17 y ss

(19) Cabe recordar, por ejemplo, los aportes que en sus momentos significaron las obras de GOLDSCHMIDT, “Sistema ...” cit. y BATIFFOL, Henri, “Aspects philosophiques du droit international privé”. París, Dalloz, 1956.

IMPORTANCIA DE LA FILOSOFIA PARA LA INTEGRACION JURIDICA Y POLITICA DEL MERCOSUR_(*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I) Ideas básicas sobre integración y Filosofía

1. El mundo de este tiempo, llamado de la “postmodernidad”, está signado por diversidades superficiales y un monolítico sentido profundo de la utilidad que aprovecha las diferencias que puede integrar y excluye radicalmente las restantes (1). Así, por ejemplo, como resultado del sentido utilitario de la vida que predomina en estos días, la ciencia se somete a la técnica y la Filosofía, interesada al fin por problemas profundos que hacen a la condición humana, se empobrece (2).

En el tiempo actual se producen procesos de **integración**, sobre bases principalmente económicas, que constituyen la manera de la expansión territorial propia de la época, diversa, por ejemplo, de la formación de los imperios formados en otras épocas con importante papel de la intervención militar.

El paradigma de la integración exitosa es la Unión Europea, pero también se presentan otros procesos integradores promisorios, entre los que nos importa en especial el **Mercosur**. Es relevante reconocer si los procesos de integración y sobre todo el Mercosur pueden producirse de manera cabalmente valiosa prescindiendo de los aportes filosóficos o requieren que éstos se produzcan y en qué medida. A nuestro parecer, es imposible alcanzar la reformulación cultural que significa un proceso legítimo de integración sin contar con el aporte básico de la Filosofía, en mucho porque hay que evitar que la economía avasalle los otros despliegues de la vida.

2. La integración requiere de alguna manera la formación de un “**nuevo pueblo**”, de una nueva “nacionalidad” como cultura y proyecto de vida comunes, superadores, no destructores de las particularidades, y -como lo ha señalado con acierto Miguel Reale- la Filosofía es precisamente

(*) Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor al V Congresso Brasileiro de Filosofia (San Pablo, 3 al 6 de septiembre de 1995).

(**) Profesor titular de Filosofía del Derecho y director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina).

(1) 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.; también puede tenerse en cuenta, por ej., nuestro artículo en colaboración con Mario E. CHAUMET, “Perspectivas jurídicas dialécticas” de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 21, págs. 67 y ss.

(2) Pueden v. nuestros “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

“autoconciencia” de un pueblo (3).

Respecto de países como los del Mercosur, que se ven forzados a referirse a una **temporalidad** que no les corresponde, que a veces son obligados a vivir la retracción del Estado sin haber acabado de formarlo y son compelidos a ser “postmodernos” sin haber sido del todo modernos, la necesidad de la Filosofía para orientarse en la realidad que les toca vivir es particularmente intensa.

Sólo con el apoyo de la profundidad de la Filosofía estaremos a salvo de las **ilusiones** de querer copiar la integración europea y de creernos que por integrarnos aparentemente como los europeos somos como los europeos. Hay que evitar que una integración desviada signifique un nuevo “salto” en el tiempo, que nos aleje todavía más de las posibilidades de vivir la propia experiencia (4).

Entre los elementos comunes que pueden servir de base para la integración del Mercosur está la **afinidad** de las posiciones filosóficas que se han producido con caracteres más autóctonas en sus países. Es más: esas orientaciones filosófico-jurídicas y filosófico-políticas, que en sentido amplio pueden considerarse de carácter “**tridimensional**”, están en excelentes condiciones para reconocer la importancia de la Filosofía para el proceso de integración (5).

II) La integración y la Filosofía en el mundo jurídico

a) Dimensión sociológica

3. Como todo fenómeno jurídico, la integración se produce en un marco de **distribuciones**, provenientes de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y realizadoras del valor espontaneidad y de **repartos**, originados por la conducción humana y satisfactorios del valor conducción. Las decisiones de repartos significan, a su vez, optar entre diversas posibilidades de más o menos espontaneidad o conducción y entre distintas sendas de la conducción, pero esas opciones sólo pueden iluminarse cabalmente a la luz de la Filosofía. El hombre es un ser que se conduce, mas para hacerlo en plenitud ha de ser un ser que filosofa. A medida que la conducción

(3) Es posible v. nuestro artículo “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

V. REALE, Miguel, “Pluralismo e liberdade”, San Pablo, Saraiva, 1963, págs. 47 y ss. También cabe tener en cuenta v. gr. TRIGEAUD, Jean-Marc, “Du fondement philosophique d'une citoyenneté européenne: entre universalisme et généricisme”, en “History of European Ideas”, Vol. 19, Nos. 4-6, págs. 827 y ss

(4) Acerca de la recepción del Derecho extranjero es posible tener en cuenta nuestros artículos “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Dereito Civil”, 8, págs. 73 y ss. y “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 9, págs. 33 y ss

(5) En cuanto a la integración, puede v. por ej. nuestro artículo “Técnicas de integración” en “Investigación y Docencia”, Nº 18, págs. 101 y ss.

Respecto del tridimensionalismo en general puede c. por ej. REALE, Miguel, “Teoría tridimensional do direito”, 4a. ed. San Pablo, Saraiva, 1986. Acerca de la particular orientación que dentro de la concepción tridimensional sostiene la teoría trialista del mundo jurídico, en la que se inspira la presente comunicación. v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1986; 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.

A través de los tridimensionalismos, sea de las versiones de Miguel Reale y de Werner Goldschmidt que reconocen ese carácter, o de Carlos Cossío, que sin embargo lo cuestiona, nuestra región ha hecho aportes de validez filosófica universal (en relación con el tema puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Teoría tridimensional y teoría trialista”, en “La Ley”, t. 148, págs. 1203 y ss.). Con esos aportes se puede comprender mejor la situación de América Latina y hoy del Mercosur, pero también se puede comprender mejor, v. gr., la situación de todos los débiles del mundo, que requieren que -superando los positivismos y los jusnaturalismos aprioristas- se reconozcan en las diversas situaciones las exigencias de justicia y humanidad.

sea más significativa mayor es la necesidad de la Filosofía, de modo que las importantes decisiones de la conducción integradora sólo pueden hacerse con el aporte filosófico.

Los repartos pueden ser **autoritarios**, desenvueltos a través de la imposición y realizadores del valor poder, o **autónomos**, desarrollados mediante el acuerdo y satisfactorios del valor cooperación. En general, los repartos autónomos tienen preferencia respecto de los autoritarios, sobre todo porque respetan más la esfera de libertad de los recipientes y son en consecuencia básicamente más justos. Si bien la autoridad se ilumina a la luz de la Filosofía, al punto que Platón reclamó la autoridad para los filósofos, el acuerdo sólo es cabal cuando se comprenden los significados de lo que se acuerda a nivel filosófico. Para que la integración cuente con autoridad y autonomía verdaderas y pueda respetar la preferencia de esta última es necesario el aporte de la Filosofía.

Los repartos pueden ordenarse 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 o conforme a la **ejemplaridad**, que se desenvuelve según el seguimiento de modelos considerados razonables y satisface el valor solidaridad. La ejemplaridad tiene preferencia respecto de la planificación, sobre todo porque respeta más la esfera de libertad de los que deciden. Si bien la planificación necesita de la iluminación de la Filosofía, en la ejemplaridad la razonabilidad social la requiere con especial intensidad. La planificación gubernamental suele ser una Filosofía “mandada”; la ejemplaridad significa la Filosofía más profundamente viva. Aunque los procesos de integración suelen ser planificados en diversos grados, es importante que se produzcan básicamente al hilo de la razonabilidad social generadora de ejemplaridad y, para las dos ordenaciones, se requiere la contribución de la Filosofía.

Como orden de vida, todo **orden de repartos** es un orden de cultura que se constituye en relación con la Filosofía. La integración requiere la formación de un nuevo orden de repartos, o sea de un nuevo orden de cultura, con la correspondiente referencia filosófica.

Los diversos órdenes de repartos se constituyen en complejos sociológicos diferentes que se comprenden mejor a la luz de la Filosofía. La integración de los estados modernos, que avanzó desde el feudalismo medieval, requirió el poder de monarquías absolutas. El poder sin fisuras, como el que teorizaron Bodin y Hobbes y en Francia culminó en Luis XIV, era imprescindible para la formación del Estado moderno, en tanto, la integración europea se produce en una época en que el poder estatal se ha liberalizado y democratizado, pero existe un sistema económico mucho más sólido. Es importante comprender sociológica y filosóficamente si la integración del Mercosur requerirá más presencia gubernamental o generará rápidamente el sistema económico que permita que ella sea menor, más liberal y democrática (6). Si no se acierta en las bases para constituir el orden integrador se puede desembocar en la anarquía y en el caos.

Los repartos y su ordenación pueden tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas, y para no chocar con dichos límites es relevante contar con la comprensión profunda que brinda la Filosofía. Los procesos de integración, por ejemplo en Latinoamérica, chocan a menudo con límites necesarios (psíquicos, sociopolíticos, socioeconómicos, etc.) y por lo tanto para llevar la integración al éxito se requiere la comprensión que el planteo filosófico debe aportar.

(6) El autor agradece el diálogo mantenido con el doctor Mario E. Chaumet acerca del tema.

b) Dimensión normológica

4. Las **fuentes formales** de las normas (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, etc.) reflejan un estilo jurídico cuya comprensión depende de la Filosofía. En la integración son necesarias no sólo nuevas fuentes tradicionales, sino la aparición de nuevos tipos de fuentes, cuya muestra quizás más notoria sean las directivas dictadas en el marco de la Unión Europea, de modo que para producir este nuevo estilo de formalizaciones es imprescindible el recurso a la Filosofía.

Las normas **funcionan** a través de tareas principales de interpretación, determinación, elaboración (“integración” del ordenamiento) y aplicación, que a menudo exigen el apoyo de la Filosofía, v. gr., para elaborar nuevas normas en los casos de carencias, sobre todo cuando se recurre directamente a la justicia material, para la heterointegración. La integración genera una gran carencia histórica de normas por nuevos hechos jurídicos que con frecuencia sólo se puede solucionar por heterointegración con el auxilio de la Filosofía.

Las normas pueden tener contenidos más **institucionales** o **negociales**. Si la negocialidad no puede desarrollarse cabalmente sino a la luz de la Filosofía, esto es todavía más significativo cuando se trata de la formación de instituciones. La integración requiere la formación de una nueva institucionalidad surgida en última instancia de la negocialidad y para constituirla ha de contar con el auxilio de la Filosofía.

Un **ordenamiento normativo** es en definitiva la expresión lógica de una cultura, que ha de formarse con lucidez con los aportes de la Filosofía. La integración requiere el desarrollo de un nuevo ordenamiento normativo con adaptaciones específicas, por ejemplo, en cuanto a la jerarquía de los tratados, o incluso en la ubicación de la norma hipotética fundamental y, en consecuencia, un despliegue filosófico.

c) Dimensión dikelógica

5. El Derecho expresa un **complejo de valores** que culmina en la justicia. A su vez, todos los valores a nuestro alcance deben coadyuvar o sustituirse en relaciones legítimas, evitando las vinculaciones ilegítimas en que unos valores secuestran el lugar de los otros. Al fin todos los otros valores que podemos satisfacer deben contribuir para que se realice el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser). La producción de esas relaciones legítimas entre valores, evitando por ejemplo la arrogancia y la subversión de los desbordes de la utilidad tan frecuentes en estos días, necesita el aporte de la Filosofía. También la integración ha de resolverse en términos de vinculación legítima entre valores, poniendo sobre todo énfasis en que no sea un mero despliegue economicista y tenga caracteres justos y humanistas y, para ello, necesita la colaboración filosófica.

El material estimativo de la justicia en el Derecho es la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Por esto se dice que la justicia es una categoría “**pantónoma**” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), aunque como no somos ni omniscientes ni omnipotentes es necesario fraccionarla cuando no podemos conocer o hacer más. Para fraccionar y desfraccionar legítimamente

la justicia es imprescindible el aporte de la Filosofía. La integración requiere el desfraccionamiento de despliegues de justicia que los regímenes integrados fraccionaban e incluso el fraccionamiento de otros despliegues que se tenían en cuenta, de modo que necesita el aporte filosófico.

En la integración es necesario agregar luz sobre las influencias de justicia del pasado, que a menudo separan, desfraccionando aspectos antes marginados para poder construir mejor el porvenir común, y dicha luz depende de la Filosofía. Por ejemplo: en el Mercosur será necesario comprender mejor la Guerra de la Triple Alianza para que, sin que ningún país abandone su historia, sea más posible un futuro común.

La pantomomía de la justicia exige tener en cuenta el complejo personal, que en la integración es más ampliamente considerado, y esta apertura depende de la comprensión filosófica. Es así que, en el V Congreso Brasileño de Filosofía a realizarse en el Estado brasileño que quizás sea el polo económico capital del Mercosur, importa decir que éste no es sólo Brasil y la Argentina y que Brasil no es sólo San Pablo y la Argentina no es sólo Buenos Aires.

El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, o sea, para convertirse en persona, pero para saber qué es persona se necesita la luz de la Filosofía. La integración significa una relativa reformulación de la persona que sólo puede hacerse lúcidamente con el aporte filosófico.

El reparto justo debe serlo porque reparten quienes están legitimados por su aristocracia (superioridad moral, científica o técnica) o por la autonomía de los interesados; porque reciben quienes tienen los méritos o los "deméritos" que lo exijan; porque se adjudique lo que es justo repartir (vida, propiedad, creación, etc.) y porque en el camino para la decisión se haya escuchado a los interesados (en el proceso y la negociación, superando la mera imposición y la mera adhesión). La aristocracia y la autonomía, los méritos y los deméritos, la vida, la propiedad y la creación y la audiencia de los interesados sólo pueden producirse cabalmente a la luz de la Filosofía. Aunque el mundo actual suele desbarrancarse por los senderos de la mera tecnocracia y de la simple plutocracia, vale tener en consideración que -como ya señalamos- Platón requirió la verdaderamente aristocrática legitimación de la sofocracia y que dada la complejidad extrema del manejo de la sociedad el gobierno sólo se resuelve de manera legítima en la sabiduría y la voluntad populares de la democracia ("infraautonomía"). Los repartos de la integración, necesitados de nuevas vertientes en todos esos tipos de legitimación - de aristocracia y autonomía, de reconocimiento de méritos y deméritos, de más vida, propiedad y creación, de proceso y negociación - también requieren el aporte filosófico.

El nuevo "tejido social" de la integración ha de constituirse legítimamente, v. gr., en la generación de una nueva aristocracia, en nuevas vías de participación democrática y en el despliegue de la autonomía de las partes. La integración ha de hacerse para todos los hombres según sus merecimientos y no para los privilegiados. Todo esto exige el esclarecimiento filosófico.

Un régimen es justo cuando es **humanista**, o sea toma al hombre como fin y no como medio. El humanismo abstencionista, que deja a cada ser humano elegir y realizar su propia fórmula de personalización, debe ser preferido al humanismo intervencionista, sólo legítimo en circunstancias excepcionales en que el hombre no puede decidir o concretar su propio desarrollo. Para que el humanismo pueda realizarse es necesario que el hombre sea comprendido a la luz de la Filosofía. La

integración requiere un nuevo régimen de justicia más valioso, más eficazmente humanista, que el de la situación previa de separación. También la reorientación del humanismo -preferentemente abstencionista, pero también intervencionista - que es propia de la integración requiere el aporte filosófico. La integración ha de ser para el hombre, no el hombre para la integración.

Para que un régimen sea justo es necesario que respete la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres y practique la tolerancia. Todos estos requisitos sólo pueden realizarse si tienen como soporte la Filosofía y su profunda comprensión de lo humano. La integración requiere especial cuidado en respetar dichos rasgos de la condición humana y en el desarrollo de la tolerancia, y por eso exige intensamente el aporte filosófico. Si no se cuenta con la profundidad de la Filosofía es muy posible que la integración se desbarrique en una igualdad superficial y una mera unicidad de la riqueza.

III) La integración y la Filosofía en el horizonte político

6. El Derecho es parte del continente general de la Política, en el que deben realizarse los distintos valores de la convivencia, cuyos requerimientos van signando sus diversas ramas: salud (política sanitaria), utilidad (política económica), verdad (política científica), belleza (política artística), justicia (política jurídica), santidad (política religiosa), etc. Asimismo ha de lograrse el equilibrio entre el despliegue de los valores, pretendido por la política educacional, y su fraccionamiento, requerido en la política de seguridad, y todo el marco convivencial debe culminar en el desarrollo debido de la política cultural. También el desenvolvimiento del complejo convivencial de la Política exige el aporte esclarecedor de la Filosofía. La integración ha de lograrse en todas las ramas de la Política, evitando las tendencias meramente economicistas que exageran una de sus perspectivas legítimas, de modo que nuevamente desde este punto de vista se advierte que para alcanzarla es imprescindible el aporte filosófico.

IV) Propuesta final

7. Creemos oportuno aprovechar la honrosa invitación a participar en este Congreso para expresar nuestro anhelo de que el proceso de integración del Mercosur vaya acompañado de la integración del pensamiento filosófico y sobre todo filosófico jurídico y filosófico político de la región, que de cierto modo es ya una realidad por la profunda afinidad entre las corrientes autóctonas de los países integrados. Investigaciones conjuntas, reuniones periódicas e instituciones filosóficas "mercosureñas" podrían contribuir a tal realización.

Una Filosofía en común sería un aporte muy significativo para la más plena y legítima integración de la región (7).

(7) Séanos permitido decir, además, que la integración del Mercosur será también un gran aporte para que la Filosofía de la región crezca con la fuerza complementada de todos sus elementos y con el necesario resguardo de sus ideas más autóctonas para que no sean "embotelladas" y dominadas. La integración debe enriquecerse con la Filosofía, pero también ésta ha de enriquecerse mediante la integración

¿INGENIERIA GENETICA HUMANA? (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La **ingeniería** es el conjunto de conocimientos y técnicas que permiten aplicar el saber científico a la utilización de la materia y de las fuentes de energía. Como actividad destinada a lograr inventos realizadores del valor **utilidad**, es una de las expresiones más típicas de nuestro tiempo, dominado incluso por el sentido sansimoniano (1) de producir y poner a nuestro alcance bienes materiales destinados a satisfacer nuestras necesidades físicas. Quizás el ingeniero y su pariente relativamente cercano, el economista, ambos orientados por el valor utilidad, sean los profesionales más típicos de nuestra época. Sin embargo, la utilidad de los medios movilizados por la ingeniería ha logrado consecuencias a menudo muy beneficiosas, pero también a veces nocivas para la condición general de la vida (2).

El sentido de la ingeniería ha sido proyectado a otros ámbitos como el Derecho, al que se ha llegado a concebir como “**ingeniería social**”, sin tener en cuenta los inescindibles sentidos de justicia y al fin de humanidad a los que debe orientarse (3). Por el estilo fuertemente utilitario que caracteriza a estos días de la “postmodernidad”, la época actual tiende a concebir todas las profesiones en sentido “**ingenieril**” **utilitario**, desconociendo también otros valores e incluso la humanidad (4). Es más, en nuestro tiempo la noción de ingeniería ha sido referida a las posibilidades

(*) Notas básicas de la comunicación presentada al respecto por el autor a las Primeras Jornadas Argentinas de Bioética - Primeras Jornadas Latinoamericanas de Bioética realizadas en Mar del Plata.

(**) Investigador del CONICET. Coordinador de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas. Relator (coordinador) del Panel “Aspectos Científicos del Genoma Humano”.

(1) Puede v. por ej. SAINT-SIMON, “Catecismo político de los industriales”, trad. Luis David de los Arcos, 4a. ed. en B. I. F., Buenos Aires, Aguilar, 1964.

(2) Tal vez, incluso, un planteo cabal de la ingeniería no debería ser no sólo “bidimensional” fáctico-matemático, como suele ocurrir, ni “tridimensional” fáctico-matemático-utilitario, sino incluir también los otros valores a los que debe servir la utilidad. Nos referimos a estos temas, por ejemplo, en el I Congreso Nacional de Ingeniería Civil (Rosario, 1973). También puede v. nuestro artículo “Notas de Filosofía de la Tecnología”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 20, págs. 95 y ss.

(3) Aunque compartimos mucho de lo dicho por Roscoe Pound, cabe tener en cuenta la limitación de su tesis de que el Derecho es ingeniería social (cabe v. por ej. POUND, Roscoe, “Introducción a la filosofía del Derecho”, trad. Fernando Barrancos y Vedia, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1972; GOLDSCHMIDT, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 183/4).

(4) Acerca de las profesiones y los valores pueden v. nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, págs. 29 y ss.

Puede v. nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad” en “Boletín ...” cit., N° 19, págs. 9 y ss.

de la genética (5) y también a la genética humana. Se piensa, entonces, en una ingeniería genética y, en particular, en una ingeniería genética humana.

Dada la plenitud del complejo valorativo que deben realizar la reproducción del hombre y la herencia humana, entendemos que la noción de ingeniería, como se la emplea de modo predominante, mutila el sentido valioso que ha de tener la actividad vinculada a la genética de nuestra especie. No es legítimo limitar esta actividad genética al sentido utilitario de la ingeniería, sino que ha de ser entendida en términos de salud, de justicia, de amor, de santidad, etc. y, de cierto modo definitivo para el hombre, en términos de humanidad (o sea, del deber ser cabal de nuestro ser).

Es verdad que la actividad que nos ocupa tiene algo del sentido del "invento" que de cierto modo caracteriza a la ingeniería e incluso que la etimología de la palabra ingeniería se vincula con el genio o sea con la deidad que según los antiguos velaba por cada persona y se identificaba con su suerte, pero también lo es que su sentido referido a los objetos se relacionó incluso con las máquinas de guerra (6).

Muchos de los logros obtenidos actualmente y que se obtendrán en el marco que suele llamarse de ingeniería genética humana tienen a nuestro parecer significados altamente valiosos, mas consideramos que el empleo de esa noción para los seres humanos es inadecuado.

La noción de ingeniería, referida especialmente a los medios más que a los fines, puede ser circunstancialmente beneficiosa si se trata de liberarse de la atadura a fines encaminados a valores falsos, pero en general no es adecuada en cuanto puede conducir al servicio indiscriminado de otros fines también dirigidos a valores falsos.

2. Desde nuestro enfoque, de carácter jurídico, el incremento utilitario propio de la noción de ingeniería genética humana significaría el desquiciamiento del Derecho.

Desde el punto de vista jurídico sociológico, la noción de ingeniería genética aplicada a los hombres podría incrementar de manera asfixiante las realizaciones del poder, de la planificación y del orden (7). A través de la mera ingeniería genética al servicio de cualquier causa el hombre quedaría prisionero de la fuerza social.

Desde la perspectiva jurídico normológica la noción de ingeniería genética humana podría producir efectos análogos a los anteriores en el desarrollo opresivo de la coherencia del ordenamiento. La vida quedaría sujeta a lógica de las normas manejadas con frialdad matemática.

En el desenvolvimiento de la noción mutilante de ingeniería genética humana se ignoraría la dimensión jurídico dikelógica. La utilidad podría secuestrar el espacio vital que corresponde a los otros valores y en especial, desde nuestro interés, a la justicia, alzándose incluso, como ya expresamos, contra la humanidad. Con el desborde de la ingeniería genética humana el valor amor, con los revolucionarios efectos que alcanza cuando se refiere a la aceptación de lo opuesto y lo

(5) A la genética se le atribuyen diversos alcances, desde la genérica consideración de la reproducción y la herencia a la específica referencia a esta última. Para el "Nuevo Diccionario de la Lengua Española", Barcelona, Sopena, 1933, la genética es la ciencia que trata de la reproducción, herencia, etc. (t. I, pág. 1221); en cambio según el "Diccionario de la Lengua Española" de la Real Academia Española, 21^a ed., Madrid, 1992, la genética es la parte de la biología que trata de la herencia y lo relacionado con ella (t.I, pág. 1032). En cuanto a la etimología del término y a su relación con engendrar v. por ej COROMINAS, Joan, con la colaboración de PASCUAL, José A., "Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico". Madrid, Gredos, t. II, 1980, págs. 623 y ss. y t. III, 1980, pág. 143.

(6) V. COROMINAS, op. cit., t. III, págs. 451 y 143/4.

(7) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción ..." cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel. "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios ..." cits., 1982/84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

desconocido, quedaría marginado. El maravilloso mundo de la infinita “pantomomía” (pan=todo; nomos=ley que gobierna) de la justicia sería recortado al servicio de una seguridad mutilante. Sobre todo se fraccionaría el futuro, condicionándolo por las realidades que el presente considerara valiosas. Los criterios generales orientadores respecto de los valores se esclerosarían sin confrontación con las valoraciones completas.

En el despliegue de la noción de ingeniería genética humana el sentido de la persona y el misterio que garantiza al fin su libertad se extinguirían. La idea de cosa en definitiva sustituiría a la de persona. La tecnocracia eliminaría a las otras sendas de legitimación aristocrática y a la democracia y la rutina sustituiría a la creación. El humanismo, que toma a cada hombre como fin y no como medio, sería al fin reemplazado por el totalitarismo que lo mediatisa; la unicidad perdería su importancia, se quebrantaría la igualdad y se falsificaría la comunidad. El hombre quedaría a merced de otros hombres.

En el **horizonte político general** la mera ingeniería genética humana significaría el triunfo de la política “económica” en sentido amplio y de la política tecnológica desbordadas contra los otros despliegues en que ha de realizarse la convivencia, como la política sanitaria, la política científica, la política jurídica, la política “erológica”, etc.

3. La **noción** de ingeniería genética humana es a nuestro entender, en cuanto signifique la guía por meras consideraciones utilitarias, una muestra de la subversión de la **técnica** contra la **ciencia** que es, al fin, conocimiento personalizante (8). En este sentido es también una subversión contra la **filosofía** (9).

(8) Es posible v. nuestro artículo “Meditaciones acerca de la ciencia jurídica”, en “Revista de la Facultad de Derecho” de la Universidad Nacional de Rosario, Nros. 2/3, págs. 89 y ss.

(9) En general en vinculación con el tema pueden v. además nuestros artículos “La filiación de referencia biológica en Derecho Internacional Privado - La filiación extramatrimonial - Las nuevas posibilidades de la ingeniería genética”, en “Investigación y Docencia”, Nº 11, págs. 37 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.; “Dileología básica e ingeniería genética”, en “Boletín ...” cit., Nº 12, págs. 49 y ss.; “Una reflexión sobre historia, evolución e ingeniería genética”, en “Investigación ...” cit., Nº 20, págs. 105/106. Asimismo puede v. la comunicación “Cuestiones axiológicas críticas en el desarrollo del Bioderecho” presentada a las mismas Jornadas.

LA DETERMINACION

(Precisión y reglamentación de normas y desarrollo de principios)

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I. El funcionamiento de las normas en general y la determinación en especial

1. Las normas reflejan pretensiones de conducir la vida, y para que se complete la conducción de la vida pretendida en cada norma (dicho en términos de la teoría trialista del mundo jurídico -1-, para que el reparto proyectado captado en la norma se convierta en reparto realizado) es imprescindible que la norma "funcione". El funcionamiento de la norma abarca diversas tareas, entre las que se destacan la interpretación, la determinación, la elaboración y la aplicación.

De esas diversas tareas, siempre son necesarias la interpretación y la aplicación, en tanto sólo son accidentalmente necesarias la determinación y la elaboración. A través del funcionamiento de las normas en general y de esas tareas en particular funciona también el ordenamiento normativo, aunque desde esta última perspectiva la elaboración queda convertida en integración e importa especialmente reconocer la importancia de otras tareas, como la conjetural (2) y la de síntesis (3). La determinación es requerida cuando hay una normatividad incompleta, y puede producirse por precisión o por reglamentación de normas o por desarrollo de principios. En los casos en que se necesita precisión, la solución no está fijada con alcance definido. Cuando se requiere reglamentación, es necesario que se complete lo resuelto, sobre todo para que se obtenga una respuesta uniforme. En los casos en que se necesita el desarrollo de un principio no hay siquiera una norma y se la requiere para que el principio comience a funcionar.

La diferencia entre norma y principio estriba en que la primera, aunque sea incompleta, está lógicamente en condiciones de funcionar de alguna manera relativamente uniforme, en tanto el

(*) Investigador del CONICET.

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

(2) La tarea conjetural consiste en la suposición de otras normas que podrían dictarse con influencia en la que funciona: por ejemplo, de las sentencias que se dictarian en caso de pender pleitos concernientes a la validez de un matrimonio invocada para la sucesión. Además, en la mayoría de los casos las normas surten efectos por vía conjetural: no se irrumpen en la propiedad ajena porque se conjectura que se dictaría una norma de expulsión. El ordenamiento normativo se desenvuelve en una importantísima "dimensión" conjetural.

(3) En caso de concurrir varias normas en una misma realidad que no puede recibirlas, por ejemplo, asignando créditos sobre un patrimonio que no alcanza para satisfacerlas a todas, se hace necesaria su adaptación mediante la tarea de síntesis. Las soluciones concursales son ejemplos al respecto.

segundo no permite esa posibilidad (4).

2. Ejemplos de normas que requieren precisión son, a veces, las que en sus antecedentes contienen las denominadas “leyes penales en blanco” cuando se penalizan v.gr. actos que resulten en general contrarios a otras leyes, que determinan, así, los alcances indeterminados de los tipos legales. También lo son las que en sus consecuencias jurídicas contienen marcos con penas relativamente determinadas, por ejemplo, estableciendo prisión de ocho a veinticinco años. Asimismo, son casos de normas necesitadas de precisión las que dejan al juez la determinación del daño moral. Muestras de normas que necesitan reglamentación son las que crean organismos, v.gr. las universidades nacionales, cuyo funcionamiento será determinado, en este caso, por los estatutos de las casas de estudios (5).

La Constitución Nacional contiene numerosos ejemplos de meros principios de normas, v. gr. cuando establece jubilaciones y pensiones móviles, la protección integral de la familia, etc.

La decisión de construir una normatividad indeterminada es de gran importancia en la técnica y en la táctica jurídicas. Para adoptarla y cumplirla es importante tener en cuenta cuáles son los significados de la determinación.

II. Significado normológico de la determinación

3. Entre la normatividad a determinar y la normatividad determinante hay una relación de suplementación que aumenta a medida que se pasa de la precisión a la reglamentación y al desarrollo de principios. Esta suplementación particulariza la respuesta de la normatividad indeterminada.

Para resolver la normatividad determinante hay que apoyarse en denominadores particulares que hagan especialmente sostenible la vía respectiva, en el cuadro de las soluciones que caben

(4) Vale no confundir la determinación de una norma (determinación en sentido estricto) y el desarrollo de un principio (que sólo cabe en la determinación en sentido amplio), ambos producidos cuando el autor tuvo suficiente contacto con la realidad como para poder hacer una norma completa pero decidió no hacerla, con la aplicación de un criterio, en que los problemas ya no están a su alcance. Por ejemplo, es un mero criterio “in dubio pro reo”. En relación con los principios del Derecho cabe tener en cuenta por ej. VECCHIO, G. del. “Los principios generales del Derecho”, trad. Juan Ossorio Morales, Barcelona, Bosch, 1933; ESSER, Josef, “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado”, Barcelona, Bosch; DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, v. gr. págs. 72 y ss., 134 y ss.; EIKEMA HOMMES, Hendrik van, “Positive Law and Material-Legal Principles”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, LXX, 2, págs. 153 y ss.

Tampoco hay que confundir la determinación respecto de una normatividad incompleta con la “determinación” que en la interpretación salva la “indeterminación” en principio inherente al lenguaje natural. Elegir entre varios significados posibles el que corresponde a la voluntad del autor no pertenece a la tarea del funcionamiento denominada específicamente determinación. Savigny decía que “La indeterminación que oscurece un pensamiento, puede referirse á una expresión incompleta ó á una expresión ambigua” (SAVIGNY, F. C. de, “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesia y Manuel Poley”, Madrid, Góngora, t. I, 1878, párrafo XXXVI, pág. 156; en relación con la problemática del lenguaje puede v. por ej. CARRIÓ, Genaro R., “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1965, págs. 23 y ss., acerca del tema c. también v. gr. ENGISCH, Karl, “Einführung in das juristische Denken”, 7a. ed., Stuttgart - Berlín - Colonia - Mainz, Kohlhammer, 1977, págs. 108 y ss.)

Acerca de la determinación pueden v. asimismo por ej. HECK, Philipp, “El problema de la creación del Derecho”, trad. Manuel Entenza, Barcelona, Ariel, 1961, esp. págs. 41 y ss.; BETTI, Emilio, “Interpretazione della legge e degli atti giuridici”, 2a. ed., ampliada por Giuliano Crifò, Milano, Giuffrè, 1971, esp. págs. 132 y ss., y 351 y ss. Respecto a normas completas e incompletas, c. v. gr. GIOJA, Ambrosio L., “Ideas para una Filosofía del Derecho” (rec.), Bs. As., Sucesión Ambrosio L. Gioja, 1973, por ej. t. I, págs. 76 y ss., asimismo VILLEY, Michel, “Philosophie du droit”, Paris, Dalloz, t. II, 1979, págs. 230 y ss.

(5) Respecto de la reglamentación es posible v. por ej. TERRÉ, François, “Introduction générale au droit”, Paris, Dalloz, 1991, pág. 175. En cierta relación con el tema puede c. HECQUARD-THERON, Maryvonne, “Essai sur la notion de réglementation”, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.

dentro de la normatividad indeterminada (6). Así, por ejemplo, en el caso de la pena relativamente determinada entre ocho y veinticinco años de prisión hay que imaginar en la mayor medida posible el cuadro de todas las clases de delitos a punir con esa norma y las penas que les corresponden según su gravedad y en ese ámbito reconocer la pena que por sus características particulares corresponde al caso en cuestión. En el caso de la determinación estatutaria de las normas de creación de una universidad, hay que imaginar el cuadro de las diversas reglamentaciones estatutarias y elegir la que por los rasgos específicos de la situación resulte más valioso.

Cuando en la precisión se debe determinar la indemnización pecuniaria por el daño moral hay, además de la particularización, una solución de conversión. Se trata, entonces, del difícil problema de convertir lo cualitativo en cuantitativo (7), desarrollando al fin un reparto vicario. Para realizar la conversión hay que encontrar denominadores comunes, en este caso, entre el daño moral y su reparación moral imposible, por una parte, y su reparación pecuniaria por la otra, v. gr., al hilo del género común de la ampliación de las posibilidades vitales.

4. Cuando las normatividades son indeterminadas, la “exactitud” que poseen cuando se aplican y se cumple la voluntad de sus autores está con frecuencia en suspenso, hasta tanto se produzcan las normatividades determinantes. Asimismo están en algún grado en suspenso los juicios definitivos acerca de su “fidelidad” en captar con acierto esa voluntad y su “adecuación” a través del empleo de conceptos que sirvan a los fines de los autores. A menudo la normatividad indeterminada tiene en suspenso las cualidades que corresponden a su relación con los hechos.

Cuando la indeterminación se produce en el antecedente de la normatividad, ésta tiene carácter relativamente “flotante”, en tanto cuando se produce en su consecuencia jurídica la normatividad adquiere más carácter “difuso”. En el primer sentido es incompleta la ubicación del problema, en el segundo la decisión.

La determinación puede producirse mediante normatividades ya existentes o a dictar y a través de normas individuales o generales (es decir, referidas a sectores sociales pasados o futuros), que realizan respectivamente los valores inmediatez y predecibilidad. Sin embargo, por su limitación normativa la indeterminación significa siempre una realización menor del valor inmediatez y a menudo cierta búsqueda claudicante de satisfacción del valor predecibilidad. Quien elabora una normatividad indeterminada se mantiene a distancia de la realidad y suele pretender, aunque limitadamente, predecir el porvenir.

En la precisión se satisface una especial complejidad de los hechos, en tanto en la reglamentación y el desarrollo de principios hay una mayor carga de necesidad de normas. Sin embargo a veces, combinando de cierto modo los dos sentidos, esa necesidad de normas surge del carácter complejo y cambiante de los hechos.

Quien elabora una norma imprecisa procura en mucho que la norma determinante tenga más posibilidades de inmediatez; quien elabora una norma necesitada de reglamentación o un mero principio que requiere desarrollo suele hacer cierto esfuerzo para realizar de modo indirecto la predecibilidad.

(6) Es posible v. acerca de los denominadores particulares y comunes del Derecho y la Política CIURO CALDANI, “Estudios de Filosofía Jurídica ...”, cits., t. III, 1984, págs. 205 y ss

(7) Respecto de la importante transformación de lo cualitativo en cuantitativo puede v. por ej. GÉNY, François, “Science et Technique en droit privé positif”, Paris, Sirey, t. III, págs. 59 y ss.

5. La indeterminación corresponde a un “vacío” entre las fuentes formales de las normatividades indeterminadas (que como fuentes formales son autobiografías de las voluntades repartidoras, en este caso contenidas en constituciones, leyes, decretos, etc. indeterminados) y el despliegue de las fuentes materiales de la realidad social (los repartos mismos). Sólo se ha formalizado una parte de la realidad material a desenvolver, pero la tarea de determinación cubre el “espacio” existente entre ambas clases de fuentes reales.

Como las fuentes formales pueden brindar descripciones imaginarias que no correspondan a la realidad de la vida, es siempre necesario “saltar” de ellas a las fuentes materiales y este salto se hace más notorio cuando se trata de fuentes de normatividades indeterminadas. Hay que saber si, en suma, se generan normatividades “fieles”, “exactas”, y “adecuadas”. En las normatividades indeterminadas es especialmente imperioso verificar el “resultado”.

6. Aunque los mismos fines de los autores de las normas pueden ser indeterminados, la necesidad de determinación suele significar, desde el punto de vista interpretativo, una falta en las intenciones o medios concretos previstos para la realización de los fines de los autores de las normas. La tarea de determinación importa especial riesgo de que entre fines y medios no haya correspondencia. Como suele ocurrir con las distancias entre unos y otros, la indeterminación deja espacio para el “fraude a la ley”, y no es sin motivo que al encomendarse al Poder Ejecutivo expedir las instrucciones y reglamentos para la ejecución de las leyes de la Nación se le recomendó no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

La indeterminación es más viable en la medida en que se confie en los encargados de la determinación, por ejemplo, en los administradores o los jueces. Es significativo recordar que la confianza de la teoría pura del Derecho en los jueces hace que su posición acerca de la interpretación y la aplicación signifique una confusión con la determinación (8).

Aunque a veces se incluye la indeterminación dentro de la problemática de las “lagunas”, que para el trialismo corresponde a la etapa de elaboración, la determinación es una figura intermedia entre la interpretación que la condiciona y la elaboración que es relativamente libre (9). En el caso de la precisión, la determinación se realiza de manera especialmente próxima a la aplicación.

La determinación requiere un “plus” de lealtad al autor de la norma que excede la lealtad necesaria para la interpretación, pero también altos niveles de referencia al valor justicia y de aptitud técnica. Es en el marco revelado por la interpretación que el encargado de la determinación ha de

(8) V. por ej. KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., EUDEBA, 1960, págs. 164 y ss. En cuanto a la función normativa de autorización puede c. por ej. KELSEN, Hans, “Allgemeine Theorie der Normen” (obra póstuma), Viena, Manzsche, 1979, págs. 82 y ss. (asimismo “Teoria Geral das Normas”, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986, esp. págs. 129 y ss.).

La “autodeterminación” (proveniente de los mismos autores de la normatividad indeterminada) puede servir en mucho, como despliegue auténtico, para la interpretación, pero no creemos igualmente acertado que se emplee con semejante alcance la “heterodeterminación”. Una se relaciona con la interpretación histórica, la otra sólo se vincularía con la interpretación literal. En cuanto a los alcances interpretativos de la reglamentación puede v. el voto del doctor Nazareno en CS, “Provincia de Santiago del Estero c/Estado nacional y/u otro”, c. “La Ley”, 1991-D, págs. 665 y ss.

(9) En cuanto a las lagunas y a su integración pueden v. por ej. RADBRUCH, Gustavo, “Filosofía del Derecho”, 3a. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, págs. 147 y ss.; LARENZ, Karl, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966, págs. 292 y ss.

tener en cuenta los datos sociológicos, normológicos y dikelógicos que deben influir en ella (10).

7. La decisión de elaborar una normatividad no determinada puede ser más o menos adecuada a los fines de sus autores. Suele ser muy adecuada en las constituciones o las leyes y menos adecuada en las sentencias o los contratos. En mucho depende, según hemos visto, de la complejidad de los hechos o de las normas requeridas. A menudo es más adecuado que la determinación por precisión sea encomendada a los jueces, en tanto que la que se produce por reglamentación sea dejada a la administración y la que desarrolla principios sea atribuida al legislador.

8. Desde el punto de vista del ordenamiento normativo en su conjunto, la necesidad de producir determinación suele ser mayor en los escalones superiores de la pirámide y disminuir a medida que se va descendiendo. En general la determinación de las normatividades superiores es a menudo encomendada a normatividades inferiores, por ejemplo, la determinación de las normas constitucionales queda librada a las leyes y los decretos, la de las leyes a los decretos y las sentencias, etc. Es mucho más fácil hallar indeterminación en la constitución o las leyes que en las sentencias, que son fuentes de normas mucho más determinantes.

Cuando la determinación es producida por repartidores distintos de los autores de las normas determinadas existe "heterodeterminación", en tanto cuando es realizada por los mismos repartidores hay "autodeterminación". En general en la heterodeterminación las tensiones entre interpretación y determinación y entre normatividad indeterminada y normatividad determinante se hacen mayores.

A través de la determinación entre diversos escalones de la pirámide entra especialmente en juego la realización del valor ilación, propio de las relaciones verticales de contenido entre las normas, pero también es posible que la determinación se desenvuelva en relaciones horizontales entre normas del mismo nivel, sobre todo con particular juego del valor concordancia, que es inherente a las vinculaciones horizontales de contenido (11). Cuando la determinación se produce entre

(10) En relación con las enseñanzas de la escuela de la libre investigación científica, también para la determinación hay que atender a lo dado (real, histórico, racional e ideal) y lo construido. Como hemos de destacar, también aquí se requiere una amplia confluencia de ciencia y técnica (puede v. GÉNY, op. cit., esp. t. II, págs. 369 y ss. y t. III, págs. 1 y ss.). Sin sacrificar la pulcritud de los conceptos, en ciertos sentidos la determinación puede llegar a ser comparada con una "interpretación" más allá de la norma o con una "elaboración" demasiado condicionada normativamente (acerca de los diversos elementos que influyen en la regulación jurídica pueden v. por ej. KRECHT, Jaroslav, "The Normative Regulation", en "Archiv ..." cit., LXXII, 4, págs. 514 y ss.; WROBLEWSKI, Jerzy, "Rational law-maker and interpretative choices", en "Revista internacional de filosofía del derecho", IV Serie, LXII, págs. 129 y ss.; HÖFFE, Otfried, "Stratégies de la justice politique: la prise de décision publique comme processus de communication méthodique", en "Revista ..." cit., IV Serie, LX, págs. 47 y ss.; RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10a. imp.. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980, esp. págs. 150 y ss.; también importa tener en cuenta REALÉ, Miguel, "Filosofia do Direito", 5a. ed., San Pablo, Sarava, t. II, págs. 482 y ss.; "O Direito como Experiência", San Pablo, Sarava, 1968, págs. 187 y ss.). Si el Derecho es considerado un sistema "autopoiético" (de cierto modo, que se genera o se regenera a si mismo), la distinción entre determinación y elaboración se atenúa (en relación con el tema pueden v. por ej. LUHMANN, Niklas, "L'unité du système juridique", en "Archives de Philosophie du Droit", t. 31, págs. 163 y ss.; OST, François, "Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit", en "Archives ..." cit., t. 31, págs. 133 y ss. en general c. también VERNENGO, Roberto, "Le droit est-il un système?", en "Archives ..." cit., t. 36, págs. 253 y ss. SEVE René, "Introduction", en "Archives ..." cit., t. 31, págs. 1 y ss. y GRZEGORCZYK, Christophe, "Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit", en "Archives ..." cit., t. 31, págs. 281 y ss.; por otra parte, acerca de la complejidad del ordenamiento normativo puede v. ALCHOURRON, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", 1a. reimpr., Bs. As., Astrea, 1987). En cuanto a la individualización de la pena y al contexto a tener en cuenta puede v. por ej. SAUCEDO, Graciela H. - RIVAS, Liliana A., "El juez y la individualización de la pena", en "La Ley", 1982-A, págs. 747 y ss.

(11) Puede v. en relación con el tema BIANCHI, Alberto, "El control de los reglamentos de ejecución por medio del recurso extraordinario", en "El Derecho", t. 108, págs. 895 y ss.

diversos escalones, al reconocerse la habilitación vertical de la normatividad determinante se realiza el valor propio de las relaciones verticales de producción de normas, que es la subordinación. Cuando una normatividad es determinada hay siempre un horizonte de realización del valor infalibilidad, que es inherente a las vinculaciones horizontales de producción. Sin embargo, la indeterminación hace posible cierta crisis del valor coherencia, propio del ordenamiento en su conjunto.

Los elementos para la normatividad determinante se pueden tomar del propio ordenamiento normativo o de fuera de él, de modos semejantes a lo que se denomina “autointegración” (recurso a la justicia formal) o “heterointegración” (recurso a la justicia material) e incluso, desde la perspectiva del ordenamiento, podría hablarse en otros sentidos distintos de los antes expuestos de “autodeterminación” y “heterodeterminación”. Sin embargo, creemos que esta multivocidad podría ser causa de confusión.

En base a la indeterminación el ordenamiento normativo puede adquirir mayor elasticidad y, como es habitual, ésta es en general más necesaria en cuanto las fuentes sean más rígidas o sea más difíciles de cambiar. Un cierto grado de indeterminación suele ser necesario para que el ordenamiento pueda alcanzar el carácter exhaustivo de un verdadero sistema y para que su fuente formal pueda ser una codificación.

La indeterminación es de algún modo manifestación de lo abstracto (puesto aparte) y pese al valor por el cual se lo aparta importa reconocer que no es el todo (12).

III. Significado sociológico de la determinación

9. La indeterminación significa cierta renuncia a la voluntad de conducir (o sea, de repartir), y una invocación para que ella sea completada por otras voluntades. Hay una “delegación” de la conducción. Determinar significa, en cambio, en cierto sentido decidir, aunque se trate de hacerlo entre varias posibilidades delimitadas. Como es posible que a través de la determinación se produzcan consecuencias no previsibles para los autores de las normatividades indeterminadas, puede decirse que desde su punto de vista es viable cierta producción de influencias humanas difusas (o sea, de distribuciones).

Para producir la determinación es importante tener en cuenta cuáles son los caracteres del reparto proyectado que están indeterminados. Es relevante saber si la indeterminación se refiere a los repartidores, los destinatarios, los objetos a repartir (es decir, las potencias y las impotencias), la forma o las razones. En la imprecisión suelen estar indeterminados los objetos a repartir, por ejemplo, cuál ha de ser para el reo la duración de la impotencia de la prisión o cuánto ha de ser para el damnificado la potencia de la indemnización del daño moral. En cambio, en la reglamentación y en el desarrollo de principios los alcances de la indeterminación son con frecuencia más amplios, por ejemplo, cuando se reglamenta por vía estatutaria el desenvolvimiento de una universidad la indeterminación se refiere a repartidores, destinatarios, objetos, forma y razones.

(12) Es posible v. FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, 5a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1965, t. I, págs. 35 y ss. (“Abstracción y abstracto”); también cabe tener en cuenta por ej. HUSSERL, Edmundo, “Investigaciones Lógicas”, trad. Manuel G. Morente y José Gaos, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1967, t. I, págs. 403 y ss.; t. II, págs. 21 y ss.; MARITAIN, Jacques, “Distinguir para unir o los grados del saber”, trad. Alfredo Frossard, Pbrol., Leandro de Sesma, O. F. M. Cap. y Pacífico de Irigui, O. F. M. Cap., Bs. As., Club de Lectores, 1978, por ej. págs. 222 y ss.; además vale tomar en consideración v. gr. BOBBIO, Norberto, “Contribución a la Teoría del Derecho”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Torres, 1980, págs. 293 y ss.

En todo caso es relevante saber qué agrega o cambia el reparto determinante (13). Según lo indican las nociones respectivas, la heterodeterminación modifica el ámbito de los repartidores y la autodeterminación se limita a agregar alcance repartible al o los repartidores del reparto indeterminado.

Entre el reparto proyectado de la normatividad indeterminada y el reparto de la normatividad determinante que contribuye a su realización hay una relación de compenetación que a veces, sin embargo, se desvía en el enfrentamiento frustrante.

El reparto de la normatividad indeterminada y el de la normatividad determinante pueden ser autoritarios o autónomos, realizándose respectivamente los valores poder o cooperación. Por otra parte, a veces ambos repartos pertenecen a una misma clase y en otros supuestos a clases diversas (14). La llamada autonomía universitaria (que en realidad es "infraautonomía" porque gobiernan las mayorías) es una muestra del deseo de atenuar al máximo con una determinación autónoma la autoridad de los marcos legales indeterminados.

Entre los repartidores de los repartos de las normatividades indeterminadas y de las normatividades determinantes hay siempre ciertos mínimos de imposición y al propio tiempo de acuerdo, de modo que aunque se trata de repartos distintos pueden reconocerse en la determinación respectivos horizontes de autoridad y poder y de autonomía y cooperación (15).

Los autores de las normatividades indeterminadas no han querido completar su ejercicio del poder o de la cooperación, sea porque han considerado que su fuerza no era suficiente, porque no se han podido poner de acuerdo, etc., pero siempre deben tener en consideración que pueden encontrarse con límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas (sean por ejemplo psíquicos, sociopolíticos, socioeconómicos, etc.) que al fin frustren su poder o su cooperación.

La verdadera determinación, cuando se cumple con la debida lealtad a los autores de la normatividad indeterminada, se produce sólo cuando hay cierta identificación cultural entre los autores de la normatividad determinante y los autores de la normatividad indeterminada. Si hay entre unos y otros una fractura en cuanto a los valores sostenidos, la determinación brinda la oportunidad para que ese corte se manifieste en la rebeldía del reparto de la normatividad determinante.

10. La indeterminación requiere otro despliegue del plan de gobierno en marcha o la ejemplaridad, del que deben surgir los repartos determinantes, de modo que han de desenvolverse los respectivos valores de previsibilidad y solidaridad e incluso el conjunto del régimen, con su valor orden. Para que la conducción a determinar sea exitosa ha de contarse con un suplemento de planificación o razonabilidad social, pero es más, la determinación tiene siempre horizontes mínimos de planificación y previsibilidad y de razonabilidad y solidaridad. La conducción de la normatividad indeterminada en algún grado planifica a la conducción de la normatividad determinante y, según lo expuesto en el párrafo precedente, en alguna medida los repartidores de la normatividad determinante han de considerar razonable el reparto de la normatividad indeterminada.

(13) Si cambian los repartidores o los recipientes hay trasmisión del reparto, si varían las potencias e impotencias hay transustanciación, si cambia la forma se produce su transformación y si varían las razones ocurre su transfiguración

(14) El cambio de la clase de reparto es denominado en la terminología trialista tradicional "transformación", pero para diferenciarlo del cambio de la forma del reparto hemos propuesto llamarlo "transmutación".

(15) Dado que es habitual que no haya audiencia entre los autores de la normatividad indeterminada y los autores de la normatividad determinante, en sus mínimos de autoridad y autonomía las formas de la determinación tienden a ser normalmente de mera imposición (no de proceso) y de mera adhesión (no de negociación).

A diferencia del imperio de la interpretación, que es relativamente “conservador” y de la producción de “carencias dikelógicas”, que tiene afinidad revolucionaria, la determinación se vincula especialmente con la evolución. La indeterminación suele permitir que el régimen “respiré”, pero también puede generar anarquía (desorden) con su correspondiente realización del inherente “desvalor” de arbitrariedad. Como hemos de destacar, las sociedades “postmodernas”, que a menudo se manifiestan en la indeterminación, son en superficie relativamente anárquicas, aunque en profundidad todo es decidido, determinado y ordenado por el imperio generalizado del valor utilidad.

La realidad social del Derecho se desenvuelve a través de categorías básicas entre las que se encuentran la posibilidad y la realidad. A menudo la indeterminación deja abierto un marco de posibilidades que deben culminar en la realidad pretendida. Corresponde a la determinación hacer realidad la posibilidad (16).

IV. Significado dikelógico de la determinación

11. La determinación pone en juego una relación entre fines y medios que significa la realización del valor utilidad. La normatividad determinante ha de ser útil a la normatividad indeterminada. Así como entendemos que la interpretación ha de realizar la verdad acerca de la auténtica voluntad de los autores de las normas y la elaboración ha de satisfacer más o menos directamente la justicia, la determinación es un compromiso entre verdad, utilidad y justicia.

A la determinación le corresponde la realización de una justicia condicionada, relativa en relación a la normatividad a determinar, básicamente derivada de lo consagrado en ésta. Se requiere una justicia encauzada por la lealtad. Puede decirse que se trata de un compromiso entre la justicia positivizada y la justicia “natural”. La determinación exige tareas axiológicas de proyección y de conversión de los valores de la normatividad a determinar, pero a su vez de cierta innovación (17).

Un valor específico de la determinación es la idoneidad para que se llegue al reparto realizado. El ajuste entre las dos normatividades requiere, como hemos dicho, un alto nivel técnico, pero a semejanza de toda otra manifestación de la técnica jurídica ésta debe ser justa y humanista (18).

Para decidir con conciencia la determinación hay que reconocer cuál es el “plus” axiológico que, en términos de los mismos valores de la normatividad indeterminada o de otros nuevos, decide a favor de la misma y en qué términos se produce en su caso la conversión. Así, por ejemplo, en el caso de la precisión de la pena puede haber un plus de mejor realización de la justicia, pero también de amor tendiente a impulsar más la repersonalización del reo; en el caso de la reglamentación que

(16) Como la posibilidad sólo se “extingue” al llegar a la realidad de cierto modo toda normatividad tiene algún grado de indeterminación hasta que el reparto proyectado alcance a ser reparto realizado.

Puede v. nuestro artículo “Las posibilidades en el funcionamiento de la norma”, en “Investigación y Docencia”, Nº7, págs. 43 y ss. Acerca de la abundante jurisprudencia relacionada con la determinación, y en especial con la reglamentación, puede c. por ej. “Digesto Jurídico”, t. IV. Bs. As., La Ley, 1967, págs. 1293, 1296 y 1348 y ss., t. V, 1968, págs. 70 y t. VII, 1968, págs. 323 y ss., 541, 546 y ss. y 715. “Digesto Jurídico 2”, t. IV, 1980, págs. 2035 y ss.

(17) Carlos Cossío decía en general que “la aplicación de la ley en una sentencia se presenta como una determinación del orden positivo, de la justicia positiva, etc., en cuanto que estas valoraciones están enunciadas y representadas en la ley por vía conceptual.” (COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2a ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, pag. 540).

En la determinación hay un marco para la decisión más amplio que en la mera interpretación pero menor que en la elaboración; sin embargo, nunca ha de olvidarse que al fin se trata de “juzgar” con fundamento y no de un mero decidir.

(18) Es posible c. por ej. FROSINI, Vittorio, “Teoremi e problemi di scienza giuridica”, reimpr., Milano, Giuffrè, 1975, págs. 65 y ss.

produce el estatuto universitario. puede haber sobre todo un “plus” de verdad para la ciencia y en el caso de la precisión de la reparación del daño moral es fácil reconocer una conversión en términos de utilidad.

Como desde el punto de vista positivo los valores de la normatividad determinante quedan en principio sometidos a los de la normatividad indeterminada y deben contribuir a su realización, cuando los valores de la primera se alzan contra los valores de la segunda hay una relación axiológica positiva de “subversión”. Si a su vez objetivamente, desde el punto de vista “natural”, los valores de la normatividad indeterminada deben prevalecer sobre los de la normatividad determinante y obtener su contribución, al producirse el alzamiento hay una “subversión” axiológica natural.

12. Como en la determinación se dejan en suspenso las soluciones concretas hay cierto espacio para que intervenga la justicia dialogal, que vincula diversas razones de justicia, superando el relativo monólogo de la razón de justicia normativizada. El marco de posibilidades que abre la indeterminación significa la posibilidad de que juegue especialmente la vía de la justicia relativa entre las diversas soluciones que caben en él, aunque ese juego no excluye que también se tenga en cuenta la senda de la justicia absoluta.

A los fines de la determinación por precisión que se produce mediante la conversión de lo cualitativo en cuantitativo, según ocurre con la indemnización del daño moral, hay que tener en cuenta las posibilidades de desarrollar la justicia simétrica, de fácil comparación de las potencias e impotencias, a través de la función simetrizadora de la moneda. La moneda es uno de los mayores elementos de precisión de que se vale el sistema jurídico.

La existencia de normatividades indeterminadas conduce de manera básica a tener más en cuenta la justicia “de partida”, dejando en suspenso la justicia “de llegada”, pero la indeterminación es también un crédito para esta última. Si bien la indeterminación puede dejar espacio a soluciones progresistas que llegan a mejorar la posición de partida y a menudo ocurre de este modo, la legitimación exclusiva por la posición de partida consagrada en las normatividades incompletas puede resultar ilegítimamente conservadora (19). Para una estimación cabal de las respuestas han de apreciarse tanto la normatividad indeterminada como la determinante.

De cierto modo, también hay que tener en cuenta que la normatividad indeterminada se vincula en la base con la legitimación por “principios”, pero también hay que tener en consideración la legitimidad por las consecuencias y, en alguna medida, pronunciarse por la indeterminación es abrirse a ellas (20).

La imprecisión es en mucho un recurso para dar juego a la equidad, que es la justicia del caso particular (21). En cambio, la reglamentación y en algún grado el desarrollo de principios suelen ser más adecuados para la justicia de alcance “general” (muchas veces llamada justicia “legal”).

13. Todas las normatividades indeterminadas y de modo destacado los principios son afines a los meros criterios generales orientadores de justicia, en tanto que a través de su determinación

(19) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel. “Hacia una comprensión dinámica de la justicia”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 yss.

(20) En relación con el tema es posible c. por ej. WROBLEWSKI Jerzy. “Justification through Principles and Justification through Consequences”, en “Reason in Law”, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984, Milano Giuffrè, t. I, 1987, págs. 129 y ss.

(21) Es posible v. nuestro artículo “Comprensión jusfilosófica de la equidad”, en “El Derecho”, 29/XII/1993.

se aproximan a las valoraciones completas. Para desarrollar estas valoraciones suele ser esclarecedor recurrir al “método de las variaciones”, que consiste en variar imaginariamente el caso a considerar a fin de averiguar cuáles circunstancias son en justicia importantes en la solución (en este supuesto en la determinación) y en qué se basa esa importancia. Por ejemplo, si para un hombre que mató a otro en determinadas condiciones proponemos una precisión de diez años de prisión, se cambian imaginariamente las circunstancias de la muerte para saber si así varía el resultado y, en consecuencia, las circunstancias variadas son relevantes.

La determinación significa siempre la posibilidad de un desfraccionamiento de las influencias de justicia que no llegó a considerar la normatividad indeterminada, pero a su vez culmina en el fraccionamiento que elige entre esas influencias. De aquí que genera básicamente una inseguridad, aunque una vez producida origina seguridad.

A menudo la determinación permite desfraccionamientos del complejo real o del porvenir, con alcances que el antecedente de la norma no acabó de tener en cuenta. Este abrirse a la plenitud del mundo y sobre todo del mundo que vendrá significa, obviamente, alguna inseguridad. La conversión del daño moral en reparación pecuniaria corresponde a cierto desfraccionamiento de las consecuencias, haciendo el traspaso de lo moral a lo material con la consiguiente inseguridad, pero la expresión pecuniaria corresponde a un fraccionamiento del complejo real, que origina en cambio seguridad. La fijación de la pena en el marco temporal corresponde al fin a un fraccionamiento del complejo temporal, con la pertinente seguridad (22).

La determinación es menos segura que la interpretación, pero más segura que la elaboración.

14. Para decidir el contenido de la determinación se deben tener en cuenta, además, todos los requisitos de legitimidad material del reparto aislado y del régimen en su conjunto. En cuanto a los primeros, hay que apreciar quiénes deben repartir (o sea conducir), quiénes deben recibir en relación con sus méritos y “deméritos”, qué se debe repartir, en qué forma ha de decidirse y cuáles deben ser las razones respectivas. Por el mínimo inevitable de poder que la normatividad a determinar significa para la normatividad determinante sus repartidores han de contar con cierto grado de legitimación aristocrática (basada en una superioridad moral, científica o técnica). Para encauzar la vida hay que tener las cualidades necesarias. Sin embargo, por el mínimo de cooperación que hay en la determinación ésta posee siempre algún grado de legitimación autónoma. Es notorio que la determinación cuenta con una legitimación autónoma que la interpretación no tiene.

La determinación produce en los autores de las normatividades indeterminadas y de las normatividades determinantes fenómenos de responsabilidad “directa”, pues cada uno responde en principio por lo que hizo, pero a su vez también de responsabilidad “indirecta” por los repartos de la otra normatividad: para los autores de la normatividad indeterminada por el resultado de la normatividad determinante y para los autores de ésta por haber seguido a la normatividad indeterminada. La responsabilidad específica por la determinación es menor que la emanada de la elaboración, pero mayor que la surgida de la mera aplicación.

Desde el punto de vista de las exigencias de unicidad, igualdad y comunidad requeridas para que el régimen sea humanista, como lo impone el valor justicia, la imprecisión deja más espacio para

(22) Vale tener en cuenta que los extremos temporales fijados a la pena, al recortar sus posibilidades y la apertura a las influencias de justicia, son un medio de seguridad para el reo.

el respeto a la unicidad, en tanto la reglamentación y el desarrollo de principio son sendas para que se desenvuelvan más la igualdad e incluso la comunidad. La determinación en general y sobre todo la “heterodeterminación” se vinculan especialmente con la división de poderes, que es uno de los medios para la realización del régimen de justicia en el sentido de debilitar al gobierno para proteger a los gobernados. Sin embargo, según las circunstancias, hacer una normatividad indeterminada puede significar dejar a merced de los repartidores que determinen y, por otra parte, vale tener en cuenta que la protección contra el gobierno no es equivalente a la justicia misma.

V. Significado de la determinación en la “Teoría General del Derecho”

15. En el panorama de la “Teoría General del Derecho” entendida como consideración del “sistema jurídico” en su conjunto, hay áreas especialmente signadas por la necesidad de normas indeterminadas, como el Derecho Constitucional en la medida que se base en una fuente formal rígida, el Derecho Penal en cuanto pretenda cumplir con la exigencia de tipicidad y el Derecho Internacional Privado tradicional, basado en normas indirectas que en lugar de dar ellas mismas las soluciones para los casos jusprivatistas internacionales remiten a un Derecho declarado aplicable. La enorme complejidad de las materias a abordar en las tres ramas jurídicas, en las dos primeras en especial en cuanto a la pretensión de vencer al tiempo resolviendo con anticipación y en la segunda en cuanto al deseo de vencer al espacio, requiere normatividades indeterminadas al punto que en Derecho Internacional Privado la determinación deja de ser una tarea accidental para convertirse en una tarea siempre necesaria (23).

En cambio, hay ramas jurídicas cuyas normatividades son sobre todo determinantes. Entre ellas ocupa lugar destacado el Derecho Administrativo. El Derecho Procesal suele ser instrumento para producir la determinación, principalmente para realizar la precisión.

En el mundo capitalista contemporáneo, el Derecho de las Obligaciones se ha valido de normatividades indeterminadas con más frecuencia que los Derechos Reales, pero en este marco encontramos por ejemplo la importante determinación de la ley que producen los reglamentos de propiedad horizontal. Los Derechos Reales fijaron los soportes y el Derecho de las Obligaciones expresó la dinámica según las circunstancias.

VI. Significado histórico de la determinación

16. La indeterminación es necesaria para reconocer la temporalidad del Derecho, cuyos valores sólo se van descubriendo a través de su transcurso (24). La indeterminación suele permitir en gran medida un cambio normativizado, en cierto aspecto “legalizado”. Sólo prescindiendo de las particularidades infinitas a descubrir en la temporalidad puede ignorarse la importancia de las normatividades indeterminadas.

(23) El rechazo del Derecho extranjero contrario al orden público es una muestra extrema del rechazo a la transgresión de los límites establecidos por la normatividad indeterminada de la norma indirecta.

(24) En relación con el tema de la temporalidad del Derecho pueden v. BAGOLINI, Luigi, “Tempo obiettivato, tempo coscientiale e durata nell’esperienza giuridica”, en “Rivista ...” cit., IV Serie, LVIII, págs. 83 y ss.; COTTA, Sergio, “Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica”, en “Rivista ...” cit., IV Serie, LVIII, págs. 119 y ss.; OPOCHER, Enrico, “Diritto e tempo”, en “Rivista ...” cit., IV Serie, LVIII, págs. 129 y ss.; “Lezioni di Filosofia del diritto”, 2a. ed., Padua, CEDAM, 1993, págs. 303 y ss.; también v. gr., CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 65 y ss.

En especial, la indeterminación corresponde a una realidad relativamente equilibrada, entre lo que brinda la normatividad indeterminada y lo que produce la determinación. En cambio, cuando predomina la realidad que motiva la normatividad originaria, se procura que ésta sea más determinada y prepondera la interpretación y si predomina la realidad que produciría la determinación el centro de gravedad suele desplazarse hacia la producción de carencias (o “lagunas”) y a la elaboración de nuevas normas (“integración”).

El predominio de las tareas de interpretación y de elaboración corresponde a períodos de tensión cultural relativamente profunda, que pueden denominarse de “cultura”, en tanto el desarrollo de la determinación corresponde a tiempos de tensión cultural superficial pero uniformidad profunda, que pueden ser llamados de “civilización” (25).

No es sin motivo que luego de producir la gran carencia revolucionaria que desplazó al régimen relativamente feudal, la burguesía francesa elaboró la codificación y se aferró a conservar sus conquistas a través del fervor interpretativo de la escuela de la exégesis.

Como en nuestro tiempo, de la denominada “postmodernidad”, existen grandes tensiones de superficie, podría decirse tensiones difusas, sobre una realidad profunda cada día más uniforme en la vocación utilitaria, que incluso ha llevado a hablar del “fin de la historia”, hay a menudo normatividades constitucionales demasiado determinadas, que brindan lujos de detalles para consagrar los intereses por el momento triunfantes y junto a normatividades privatistas específicas muy determinadas existen otras notablemente indeterminadas, a fin de dejar posibilidades a soluciones diversas en las que se tiene relativa confianza. El modelo “postmoderno” de las sociedades “desarrolladas” se difunde y es posible que la indeterminación gane también más espacio en nuestro medio (26).

Las normatividades más determinadas o indeterminadas son al fin momentos de una “dialéctica” inevitable en el devenir jurídico (27).

VII. Significado filosófico general de la determinación

17. El equilibrado empleo de las normatividades indeterminadas es imprescindible para atender a la infinita complejidad del mundo que procura descubrir el realismo genético, según el cual el sujeto no crea sino descubre o cuanto más fabrica al objeto. En cambio, las posiciones idealistas genéticas, conforme a las cuales el sujeto crea al objeto, pueden caer en la pretensión de normativizarlo todo a priori o en el despliegue de una indeterminación desbordante (como en el caso de la teoría kelseniana), porque al fin da lo mismo que el encargado del funcionamiento sea, en general, un relativo creador de norma.

En el horizonte filosófico general está también la larga polémica acerca de la “determinación” que recibimos y la “determinación” que producimos en base a nuestra libertad (28).

(25) Es posible v. nuestro artículo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N°5, págs. 9 y ss.

(26) Puede v. NICOLAU, Noemí L., “Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del Derecho Privado argentino”, en “El Derecho”, t. 128, págs. 751 y ss.

(27) Respecto de la importancia que los principios poseen en las diversas etapas históricas y en el Derecho Comparado puede v. por ej. ESSER, op. cit., págs. 5 y ss., 37 y ss., 183 y ss., etc.

(28) Acerca de la Historia de la Filosofía del Derecho pueden v. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, 1993 y 1994 (en prensa).

LA TENSION ENTRE INTEGRACION Y DOMINACION EN EL DERECHO UNIVERSAL DE NUESTRO TIEMPO^(*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

A) El Derecho Universal, la originalidad, la recepción y la dominación

1. Si bien la Historia del Derecho no suele recibir toda la atención que merece, mucho menor es la que se brinda al **Derecho Universal** (1). El Derecho es una unidad que trasciende las fronteras de los Estados y se manifiesta al hilo de las proyecciones universales de los valores jurídicos y sobre todo de la justicia, evidenciándose así alcances principales de regionalidad local, nacionalidad, internacionalidad, integración, trasnacionalidad y mundialidad. Aunque dicha universalidad del fenómeno jurídico es evidente, es poca la consideración que recibe, y por lo demás ésta se produce desarticulada en manifestaciones parciales, como el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público.

Sobre todo es poco lo que se atiende a fenómenos de importancia capital para comprender la **dinámica** del Derecho Universal, como los de la **originalidad** y la **recepción** de las respuestas jurídicas (2). Si no fuera plenamente comprensible como expresión ideológica de **falsa conciencia**, sería sorprendente que se estudien, por ejemplo, los movimientos y las corrientes de los mares y no se estudien del mismo modo los movimientos y las corrientes del Derecho. A la escasa atención brindada específicamente a la recepción y sus resistencias obedecen las dificultades para comprender cabalmente problemas tan dispares y a la vez semejantes como los que plantean países como Rusia, Japón o la Argentina, donde a veces se juega sin embargo el porvenir de la vida de nuestro tiempo (3). La recepción es legítima en cuanto sea legítima la igualdad entre el ámbito de origen y el ámbito de recepción, pero puede esconder, en cambio, fenómenos de **dominación externa o interna** que pueden ser ilegítimos.

(*) Nota para una reunión de trabajo del Área de Derecho Comparado del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

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

(1) Puede v. no obstante CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

(2) Pueden v. nuestros estudios "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "Revista de Direito Civil", 8, págs. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el Derecho", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N°9, págs. 33 y ss.

(3) No es posible comprender la realidad rusa y sus dificultades para asumir el capitalismo sin advertir la confluencia de las culturas europea y asiática; sin reconocer la importancia del cristianismo ortodoxo, de la dominación mongólica, de los esfuerzos occidentalizadores de zares como Pedro el Grande, de la adopción del marxismo en estilo ruso, etc. No es comprensible la realidad japonesa con su tensión entre el capitalismo occidentalizado y la cultura tradicional sin apreciar la influencia básica china, la fuerte originalidad desarrollada en el país, la penetración forzada de la cultura occidental, etc.

B) ¿La integración: originalidad, recepción o dominación?

2. La **integración** es la expresión de la dinámica del Derecho Universal más característica de nuestro tiempo. Es la manera del acercamiento entre los pueblos más afin a los rasgos de la época que vivimos (4). Sin embargo, para su comprensión vale comprender también que la integración es, en el marco de la Unión Europea, un fenómeno **original**, en tanto en otros países como el nuestro resulta un producto de la **recepción**. En la Argentina la integración no es un reclamo originario desde las bases de la cultura y por eso, como fenómeno de recepción, puede consagrarse una relativa igualdad debida o un caso de dominación que puede ser ilegitima.

Urge no confundir las posibilidades y los obstáculos que puede afrontar la recepción cuando es un fenómeno originario y cuando es un fenómeno recibido. La integración europea surgió en mucho como un reclamo de la economía capitalista local para contar con mercados más amplios, pero la Argentina es una realidad heterogénea que mezcla rasgos feudales con un capitalismo muy débil, con poco empuje empresarial y una tendencia al cerramiento proteccionista.

C) Integración originaria o recibida

a) Dimensión sociológica (5)

3. Cuando la **integración** es un fenómeno **originario** deja más espacio a la espontaneidad de las distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar, permite más autonomía y más ejemplaridad y puede resultar más viable, en tanto cuando es un fenómeno **recibido** suele tener más características de conducción repartidora, puede necesitar más autoridad y planificación y puede tropezar con más límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas (6). En el primer caso puede lograr el orden de los repartos y las distribuciones con más facilidad, en cambio en el

No es factible comprender la realidad argentina y su dificultad para asumir el capitalismo liberal sin apreciar la dominación española tradicional, la recepción de la cultura anglofrancesada, la recepción inmigratoria de corrientes predominantes de Europa meridional, etc. (es posible v. nuestros artículos "Notas para la comprensión jusfilosófica del Derecho Soviético", en "Investigación y Docencia", Nº8, págs. 59 y ss.; "Una parte altamente significativa del "Derecho Universal" de nuestro tiempo: el Derecho de Familia japonés", en "Investigación ...", cit., Nº20, págs. 99 y ss.; "Argentina y sus posibilidades actuales de recepción del modelo capitalista", en "Boletín ...", cit. Nº14, págs. 14/15.)

(4) Pueden v. nuestros artículos "Perspectivas jusfilosóficas externas e internas del Derecho de la Integración", en "Investigación ...", cit., Nº25, págs. 55 y ss.; "Técnicas de integración", en "Investigación ...", Nº18, págs. 101 y ss.; "Clases de justicia e integración", en "Derecho de la Integración", Nº3, págs. 269 y ss.; "Derecho Privado de la Integración: Derecho Internacional Privado - Derecho Privado Unificado", en "Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas", Nº43/45, págs. 95 y ss.; "Implicancia de la integración en el Derecho Internacional Privado", en "Boletín ...", cit., Nº15, págs. 48 y ss.; "Las referencias al ser y a la vida, orientaciones últimas para la integración", en "Boletín ...", cit., Nº17, págs. 65 y ss.; "La nacionalidad en la integración", en "Boletín ...", cit., Nº18, págs. 9/10; "Aportes para la reflexión cultural de la integración de América Latina", en "Boletín ...", cit., Nº20, págs. 19 y ss.; "Compréhension jusphilosophique des conditions de l'intégration en France et en Amérique Latine", en "Journées de la Société de Législation Comparée", 1991, págs. 239 y ss.; "Significados del Derecho Privado en la integración", en "Investigación ...", cit., Nº20, págs. 91 y ss.; "Dissertación en la Sesión de Apertura del II Encuentro de Especialistas en el Mercosur", en "Derecho ...", cit., Nº3, págs. 17 y ss.

(5) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico elaborada dentro de la concepción tridimensional del Derecho, 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.

(6) En cuanto a los límites necesarios respecto del proceso integrador, vale tener en cuenta que el motor de la integración europea ha estado en países con idiosincrasia influida por el protestantismo e incluso de cierto modo por el calvinismo,

el ámbito de referencia o de partes de él. Así en nuestro ejemplo del Mercosur es necesario saber si esos “asientos” normológicos del proceso se encuentran en mayor o menor medida en Buenos Aires, en San Pablo, en Montevideo, en Asunción, en Río Gallegos, en Recife, en París, en Nueva York, etc.

c) Dimensión dikelógica

8. Desde el punto de vista jurístico dikelógico, para reconocer si se trata de un proceso de integración o de dominación hay que atender al origen de los **valores** pretendidos, de los sentidos de **descubrimiento** y **fraccionamiento** de la justicia, de la **legitimidad** de los repartidores, los recipientes, los objetos, las formas y las fundamentaciones de los repartos y de la proyección **humanista** o totalitaria que se desarrolle en el régimen. Hay que tener en cuenta los alcances en que se respetan la unicidad, la igualdad y la comunidad de los seres humanos. Para que haya integración y no dominación es necesario que el ámbito del proceso integrador coincida de manera decisiva, sin presencias extrañas ni vacíos muy relevantes, con todos esos puntos de radicación dikelógica. Se requiere, con especial intensidad, que se respeten la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los miembros del proceso integrador, sin sometimiento a referencias extrañas o desequilibrios internos. En nuestro ejemplo del Mercosur es necesario saber si esos “asientos” dikelógicos del proceso se encuentran en mayor o menor medida en Buenos Aires, en San Pablo, en Montevideo, en Asunción, en Río Gallegos, en Recife, en París, en Nueva York, etc.

9. La integración originaria y la integración recibida e incluso la dominación pueden ser justas o injustas según contribuyan o no en la mayor medida posible a la personalización de todos los individuos de que se trate, pero urge no confundir sus significados.

LA TENSION ENTRE LA NATURALEZA Y LA CULTURA EN LA JURIDICIDAD DE NUESTRO TIEMPO^(*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) Nociones básicas

1. La vinculación entre la naturaleza y la cultura es muy difícil de reconocer, no sólo por la multivocidad de las respectivas palabras, sino porque siendo el hombre un ser “cultural” e incluso un ser que de cierto modo se va “creando” a sí mismo, va constituyendo a través de la cultura su propia naturaleza (1). Suele decirse, con razón, que la cultura es una “segunda naturaleza”. Sin embargo, la diferenciación de los dos despliegues tiene alto valor esclarecedor, aunque sea para diferenciar como “naturaleza” a los despliegues de la cultura “naturalizados”.

A semejanza de lo que ocurre con las otras relaciones entre distintas realidades, las vinculaciones entre naturaleza y cultura pueden ser predominantemente de **coexistencia, dominación, integración, desintegración, aislamiento**, etc. (2). También aquí pueden plantearse **problemas de contacto**, sean de **calificaciones, fraude, reenvío, rechazo**, etc. También aquí hay que resolver, por ejemplo, si cuando se hace una referencia a la naturaleza o a la cultura se la ha de calificar en un sentido que se remita más a lo natural o a lo cultural; si cuando se hace referencia a la naturaleza no se está haciendo fraude disfrazando lo cultural y si cuando se hace referencia a lo cultural no se está haciendo fraude ocultando lo natural; si al remitirnos a la cultura podemos ser reenviados a la naturaleza o a la inversa y si la cultura está dispuesta a admitir ciertas expresiones de la naturaleza o a la inversa.

Sin embargo, en la realidad humana la solución de aislamiento entre naturaleza y cultura suele ser inviable. Siempre se requiere que entre naturaleza y cultura haya una vinculación profunda relativamente sólida. Países como el nuestro, que pretenden importar demasiado su cultura, sólo superponiéndola a su naturaleza, suelen tropezar con especial frecuencia en los límites con que la naturaleza castiga la inauténticidad (3). Con un sentido relativamente borgeano podríamos decir que los hombres estamos “atados” a la costumbre de ser alguien, pero para serlo

(*) En el luminoso recuerdo de Lucía y Miguel, en las Fiestas de Fin de Año de 1995.

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

(1) V. por ej. FERRATER MORA, José. “Diccionario de Filosofía”, 5a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1965, esp. “Cultura”, t. I, págs. 390 y ss. y “Naturaleza”, t. II, págs. 253 y ss

(2) Puede v. nuestro estudio “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U. N. R., 1976.

(3) Es posible v. nuestros estudios “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista do Direito Civil”, 8, págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 9, págs. 33 y ss.; “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

debemos evitar la mera máscara cultural. Los pueblos que nosotros tratamos de imitar suelen poseer, aunque sea por haberlo adquirido con una experiencia a menudo dolorosa, un pasado cultural relativamente "naturalizado" y arraigado en su naturaleza que los estabiliza, que está relativamente fuera de la negociación y de la imposición feroces en que solemos desenvolvernos.

En otra perspectiva más simple, es factible reconocer que las posiciones de la cultura pueden ser de cierto modo "**secundum**", "**praeter**" y "**contra**" natura. La cultura del África Negra es una de las que más corresponden al primer caso y la de Occidente la más "**contranatural**".

Desde el punto de vista de nuestro interés, en el complejo panorama de relaciones posibles entre naturaleza y cultura pueden reconocerse dos grandes tendencias de respectiva **dominación**, sea de la naturaleza por la cultura o de ésta por aquélla. A los fines del presente estudio nos importa sobre todo saber cómo, respondiendo a una característica profunda del hombre, especialmente del hombre "**occidental**", la cultura pretende dominar a la naturaleza.

2. Si bien en nuestros días la denominada "ingeniería genética" muestra posibilidades de la cultura de dominar a la naturaleza quizás antes insospechadas, en realidad siempre la naturaleza ha ido recibiendo en mayor o menor medida **imposiciones culturales**, ya que los juicios de valor han originado cauces para el desarrollo, la modificación o incluso la obstrucción de la naturaleza. Millones de personas han muerto o no han nacido porque las realizaciones culturales, inspiradas por juicios religiosos, económicos, etc. así lo han impuesto. En los otros seres suele predominar más la selección natural, pero en el hombre hay también una gran **selección cultural**.

Cada **época** ha planteado la pretensión de dominio de lo cultural sobre lo natural de diversa manera. La Antigüedad conoció reiterados intentos de dominación de la naturaleza por la cultura, pero al fin ésta se derrumbó en la "**barbarie**". En la Edad Media se trató de un control de lo natural por lo cultural en proyección a lo "**sobrenatural**". Quizás la modernidad intentó el desarrollo de una cultura de lo "**paranatural**", con un hombre que procuraba desarrollar una naturaleza paralela y hoy, en la época de la "**postmodernidad**" (4), cuando con cierta frecuencia se busca la cultura de la "**naturalidad**", el dominio se plantea de manera más característica en términos de "**infranaturalidad**" y "**transnaturalidad**", es decir, de cierto reconocimiento de lo natural, pero para sumergirse en ello o para romper sus fronteras, al punto de desarrollarse incluso como hemos señalado una peligrosamente denominada "**ingeniería**" genética humana.

Con miras a la situación de la postmodernidad un defensor de la cultura de lo sobrenatural podría decir que una vez que se le ha "**despegado**" lo cultural, como ha ocurrido con tanta intensidad en Occidente, lo natural no puede sostenerse sin una referencia a lo sobrenatural. Nuestra época, nuevamente pagana, parece repetir, con gran tensión, un panorama de la relación entre naturaleza y cultura de cierto modo análogo al que con tanta dificultad vivió la Antigüedad.

Desde el punto de vista **filosófico**, la tensión entre naturaleza y cultura quedó planteada con gran nitidez en la misma Antigüedad a partir del aporte socrático. A la par de la pretensión de disolver la cultura en la naturaleza, desarrollada por los cínicos, se mostraron entonces la fuerte referencia culturalista del platonismo y la propuesta aristotélica de una proyección más equilibrada.

(4) Puede v. nuestro artículo "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín ...", cit., Nº 19, págs. 9 y ss
También es posible c. nuestro trabajo en colaboración con Mario E. CHAUMET "Perspectivas jurídicas "dialécticas" de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación y Docencia", Nº 21, págs. 67 y ss.

3. La distinción entre la **naturaleza** y la **cultura** se expresa en mucho en el campo de los **valores** cuando se reconoce la existencia de valores “**naturales**” y valores “**fabricados**”, aunque quizás, como ocurre con la diferenciación entre la naturaleza y la cultura, en los niveles más profundos la solución no sea “dualista” de los dos ámbitos sino “monista”. En ese nivel de profundidad es muy poco lo que podemos conocer, pero tal vez, sin embargo, esa realidad última tenga sentidos inversos: quizás la realidad más profunda sea la naturaleza y tal vez en cambio los valores en definitiva sean de cierto modo todos “**fabricados**”. pese a que es notorio que para que un ser, en nuestro caso el hombre, exista, hay valores naturales que deben realizarse (5).

En la medida que los valores “circulan” se les van agregando despliegues culturales y fabricados e incluso se van falsificando. En una especie de proyección de la ley monetaria descubierta por Thomas Gresham (el celebre fundador de la Bolsa de Comercio de Londres, de la época isabelina) en general se trata de “**pagar**” con los valores más deteriorados que sea posible entregar.

Entre los valores del complejo axiológico al alcance de los hombres, siempre hay algunos que responden más a lo cultural y otros que constituyen mayores resguardos de lo natural. De alguna manera, el valor más próximo a la naturalidad es en todos los casos la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), pero cada época ha conocido distintos valores más naturales o culturales.

La Edad Media tuvo como gran bastión de la cultura al valor santidad que, desde la referencia a lo sobrenatural, desafiaba a la naturalidad. La modernidad poseyó como valor de naturalidad a la utilidad, que rompía las referencias de la cultura religiosa tradicional, pero desarrolló otros valores de cultura en la verdad, la belleza, etc. Hoy, en cambio, desarrollado hasta alcances sorprendentes el sistema capitalista, la santidad se ha tornado en un valor relativamente natural, a diferencia de la utilidad que se ha convertido en el gran valor cultural. La utilidad ha dejado de ser el gran llamado a la naturalidad de las satisfacciones para convertirse en el gran polo de desarrollo de la artificialidad, que promueve la cultura de una sociedad de consumo.

La justicia, el más alto de los valores jurídicos, es en principio un valor cultural, pero según las épocas posee diversos significados. De cierto modo a semejanza de lo que ocurrió en la Edad Media, cuando le correspondió enfrentar a la santidad, en este tiempo de reinado de la cultura de la utilidad es un valor de defensa de la naturalidad.

4. La diversidad de las tensiones entre naturaleza y cultura se manifiesta también en la distinción de los fenómenos que por la multivocidad de los vocablos son específicamente denominados de “**cultura**”, donde hay una mayor presencia de la naturaleza, con una fuerte integración con la cultura en el sentido de referencia a valores y con valores muy elevados; de “**civilización**”, en los que hay mayor predominio de la cultura, en el mismo sentido de referencia a valores, con cierta tendencia incluso al aislamiento respecto de la naturaleza y menos intensidad valorativa, y de “**decadencia**”, en los que los términos son al fin de desintegración entre naturaleza y cultura y reina la desorientación axiológica (6). La superposición de rasgos profundos de civilización y cierta superficialidad “cultural” de referencia a la naturaleza hace pensar a veces que

(5) En relación con el marco ideológico básico de este trabajo pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner. “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel. “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

(6) Puede v. nuestro artículo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín ...” cit., N° 5, págs. 9 y ss.

en la postmodernidad vivimos un período de decadencia.

b) La naturaleza y la cultura en las ramas del mundo jurídico

5. El complejo de las ramas jurídicas desarrollado en cada realidad abarca siempre despliegues más naturales o culturales. Incluso hay ramas que por sí tienen en general un sentido fuerte de referencia a la naturaleza, como ocurre con el Derecho de Familia o el Derecho Penal y actualmente con el Ecoderecho, donde han de sentarse y asegurarse las bases de la vida misma, y otras de más sentido cultural, como el Derecho Comercial. El Derecho Penal ha vivido, a través de las concepciones del Derecho Penal del delincuente y del Derecho Penal del delito, un importante conflicto entre la referencia natural y la referencia cultural. Una rama jurídica especialmente tensa entre naturaleza y cultura es el Bioderecho.

Sin embargo, en este trabajo deseamos plantear en particular el panorama de la postmodernidad, refiriéndonos de manera especial al muy fuerte carácter **cultural** del Derecho Comercial que, con una presencia avasallante, va arrogándose el lugar de todas las otras ramas jurídicas, cada vez más “comercializadas” (como ocurre incluso con el Derecho de Familia y el Derecho Penal) y a la función de defensa de lo **natural** que poseen otras ramas como el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de Menores, el Derecho de la Educación, etc.

Al resguardar la condición de los económicamente débiles el Derecho de la Seguridad Social es uno de los grandes bastiones de la defensa de la naturaleza contra el imperio de la cultura del Derecho Comercial. Aunque frena la aparente selección natural, el Derecho de la Seguridad Social evita sobre todo la selección cultural.

Es aleccionador comprender que si bien el Derecho de la Ancianidad se enfrenta a un problema agudizado por el desarrollo cultural, en mucho por la prolongación de la vida lograda por la Medicina, hoy esa prolongación es un fenómeno “naturalizado” para el que la cultura del Derecho Comercial no encuentra un lugar legítimo, de modo que relega a muchos ancianos a “depósitos” que son anteriores a la muerte.

En el Derecho de Menores se ha de procurar que la cultura no se deshaga de la vida nueva que brinda la naturaleza y ella no necesita. En el Derecho de la Educación se ha de proteger al educando contra la opresión de la cultura utilitaria.

El predominio de la cultura del Derecho Comercial es uno de los rasgos de civilización profunda y de cierta “cultura” superficial que caracterizan a este tiempo de la postmodernidad.

La decisión entre la mayor o menor atención a la naturaleza o a la cultura es uno de los problemas más importantes de la **estrategia jurídica** que debe elaborar al fin el “Derecho de la Cultura”. Encararla científicamente es a su vez una de las cuestiones más relevantes de la Teoría General del Derecho como estudio de todo el sistema jurídico.

6. Respecto de otras situaciones, cuando la cultura se proyectaba más a la dignidad humana, podemos simpatizar hasta cierto punto con la culturalista posición platónica. Incluso, en nuestros tiempos en que los desvíos de la democracia llegan a abusos de la negociación que tanto corrompen, vale reconocer la necesidad de una “Apología de Platón”. Sin embargo, creemos que ahora urge por lo menos **rescatar a la naturaleza** contra el naufragio en la “infranaturaleza” promovido por la cultura radicalmente utilitaria. Por eso hay que desarrollar las ramas jurídicas que tienden a ello.

LAS RAMAS DEL MUNDO JURIDICO, SUS CENTROS CRITICOS Y SUS ESFERAS CRITICAS

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

El mundo jurídico es reconocible en última instancia por los requerimientos del valor justicia, aunque como resultado de ellos se plantean exigencias en otros valores, como la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, el amor, laantidad, etc. e incluso la misma humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), que deben corresponder a lo requerido por la justicia (1). Aunque a veces se lo reconoce desde la penumbra del poder, el orden, etc., es en el reconocimiento de su raíz última en los requerimientos de justicia que el mundo jurídico se muestra con plena luminosidad. La larga trayectoria del pensamiento filosófico jurídico es un recorrido para ir iluminando, con frecuencia dialécticamente, el núcleo del Derecho, caracterizado en definitiva por la exigencia de justicia, o sea de que cada individuo reciba la esfera de libertad necesaria para que pueda desarrollarse cabalmente.

Puede decirse que el “**centro crítico**” de lo jurídico, lo que pone en “crisis” a las otras soluciones y exige las respuestas jurídicas, son los requerimientos de justicia, pero hay además una “**esfera crítica**” de lo jurídico, constituida por las exigencias proyectadas en los otros valores. El centro crítico de lo jurídico es dikelógico, mas la esfera crítica es en general de referencia axiológica.

En correspondencia con esa identidad última de lo jurídico se reconocen en su seno diversas **ramas**, signadas por especiales requerimientos de justicia, que tienen también sus **centros críticos** y sus **esferas críticas**. Por ejemplo, en el Derecho Penal se ha ido pasando desde diversas situaciones de penumbra hasta el reconocimiento de la exigencia de repersonalización (no sólo protección) del delincuente (2), con un centro crítico en la persona del delincuente y una esfera crítica que se proyecta a la víctima y a toda la sociedad, en cuanto es real o eventualmente agredida. Quizás en el Derecho Comercial el centro crítico esté en la protección contra la actividad económica en gran escala, pero la esfera crítica se proyecta al resguardo mismo de esa actividad y de la sociedad en su conjunto. En el Derecho del Trabajo el centro crítico es el requerimiento de protección del trabajador y la esfera crítica se proyecta al empleador y todos los otros interesados

(*) 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 ver CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976, esp. págs. 132/133; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Justilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

(2) Es posible ver nuestro estudio “Reflexiones trialistas acerca del Derecho Penal”, en “Anuario” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, N° 5, págs. 95 y ss.

en la relación laboral, que incluso también deben ser en cierto sentido amparados. En el Derecho Internacional Privado el centro crítico es la protección del elemento extranjero, mas la esfera crítica se proyecta al resguardo de la comunidad receptora e incluso a la comunidad mundial.

Para la mejor comprensión del panorama total del mundo jurídico es imprescindible que las perspectivas de las ramas jurídicas tradicionales, a menudo demasiado constituidas según exigencias utilitarias, sean complementadas con otras que con frecuencia pueden ser denominadas “transversales” y ponen en evidencia otros requerimientos de justicia. Así, por ejemplo, es imprescindible la comprensión del Derecho de la Salud, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc. (3). También en estos casos es debido reconocer los centros y las esferas respectivos.

En el Derecho de la Salud el centro crítico es la exigencia de protección del enfermo real o potencial, pero la esfera crítica abarca a médicos, enfermeros y la sociedad toda que han de ser resguardados; en el Derecho de la Ciencia y la Tecnología el centro es el requerimiento de protección del investigador, pero la esfera abarca el amparo al conjunto de los participes de la actividad científica y tecnológica y a la sociedad en su conjunto, interesada en los resultados; en el Derecho del Arte el centro es la exigencia de resguardo del artista, mas la esfera comprende el amparo a los receptores de su arte, a los dueños de obras de arte, a la sociedad toda; en el Derecho de la Educación el centro es el requerimiento de protección al educando, pero la esfera comprende el resguardo a los educadores y también a los otros participes de la actividad educativa y a la sociedad en su conjunto.

Dando un lúcido testimonio del centro crítico y la esfera crítica del Derecho de la Salud, en estos días el doctor Mauro Castelli, director médico ejecutivo del Hospital de Pediatría Dr. Juan P. Garrahan de Buenos Aires, dijo en un reportaje que “Las lágrimas no son un fenómeno infrecuente en un hospital de niños. El hospital trata de proteger a sus pacientes, pero también a sus médicos, a sus enfermeras.” (4).

En definitiva, en todos los casos las esferas críticas se proyectan a todo el régimen, porque la presencia de cada rama en mayor o menor medida debe tenerse en cuenta en todo el conjunto del Derecho. En cada rama jurídica están interesados al fin todos los integrantes de la sociedad.

Los múltiples centros críticos (o “núcleos”) de las ramas jurídicas y las amplias proyecciones de las esferas críticas de lo jurídico y de las ramas jurídicas (o “áreas periféricas” de las ramas jurídicas) son consecuencias de la “pantomomía” (5) y del desfraccionamiento de la justicia.

(3) En relación con el tema puede v., en este mismo número del “Boletín”, el material referido a las Jornadas de Teoría General del Derecho “Nuevas fronteras de la juridicidad”. También es posible c. nuestro trabajo en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

(4) PALOMAR, Jorge, “Los chicos del Garrahan”, en “La Nación Revista” del 24 de diciembre de 1995, pág. 44.

(5) “Pan=todo; nomos=ley que gobierna” (puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1986, págs. 53 y ss., “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 401 y ss.).

REFLEXIONES SOBRE DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL CON MOTIVO DEL V CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO PROCESAL

(Taormina, 17 al 23 de septiembre de 1995)^(*)

Miguel Angel CIURO CALDANI ()**

I) Panorama de las exposiciones básicas

A) La cooperación internacional - El relato Andolina

1. En “**Relazione generale sul tema: La cooperazione internazionale nel processo civile**” (texto sumario provisorio) y apoyándose en relaciones nacionales y respuestas a un cuestionario especial (1), **Italo Andolina**, profesor ordinario de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Catania, pasa revista a diversas perspectivas que brindan un rico panorama del tema de la cooperación internacional.

Al referirse a las líneas fundamentales de la **cooperación internacional** en materia judicial, atiende a la **historia** de la misma en los diversos ámbitos geográficos, que arranca en el siglo pasado y tiene sus antecedentes iniciales en **América Latina**, sobre todo con el Tratado de Montevideo de 1889, pero no ha alcanzado nivel universal.

Luego de obras normativas tendientes a abarcar en **general** el procedimiento civil (los Tratados de Montevideo y la Convención de La Haya de 1954) se ha preferido circunscribir la cooperación a determinados **temas específicos**, cruciales para el funcionamiento del proceso civil, pero con mecanismos de cooperación más intensa. A su vez, las **fuentes internacionales** han contribuido a mejorar y uniformar las soluciones de las fuentes internas y a reducir los conflictos jurisdiccionales. Las formas más avanzadas de cooperación internacional se han desarrollado con carriles de especial cooperación e integración económica (como la Unión Europea, la Organización de Estados Americanos y el Mercosur).

Se llega así, en los procesos de integración de mercados únicos, a las formas más sofisticadas de cooperación e **integración** caracterizadas por la circulación de las sentencias pronunciadas por jueces de los Estados participantes sobre la base de criterios uniformes de jurisdicción y de

^(*) International Association of Procedural Law.

^(**) Investigador del CONICET. Profesor de Derecho Internacional Privado y director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

El autor agradece profundamente la colaboración del **profesor doctor Gualberto Lucas Sosa**, quien muy gentilmente le proporcionó el material básico para este trabajo.

(1) Las reflexiones nacionales fueron enviadas por los profesores Martha Jardi Abella (Uruguay), Antonio Carlos Marcato (Brasil), Gualberto Lucas Sosa (Argentina) y Thomas Pfeiffer (Alemania) y las respuestas al cuestionario provinieron de los profesores Eduard Fagan (Sudáfrica), Bryant Garth (Estados Unidos de América), Ladislao Gaspardy (Hungria) y Akira Takakuwa (Japón).

reconocimiento de la litispendencia (afirmándose así el principio de la economía internacional de los juicios) y por la presencia de una autoridad jurisdiccional única, de cierto modo supranacional, que asegure la interpretación y la aplicación uniformes del Derecho de la organización y del Derecho derivado.

2. El relato Andolina distingue **tres modelos** de la evolución de la cooperación internacional. El **primer** se centra en los **conflictos** de leyes y de jurisdicciones y se inspira en el principio de la **soberanía nacional**. Prevalecen las fuentes internas y éstas responden a las directrices de no considerar la litispendencia internacional, de afirmar el dominio de la lex fori sobre la materia de utilización de pruebas, de postular la necesidad de que las rogatorias internacionales sean sometidas a la autorización de órganos jurisdiccionales locales e incluso al exequatur, de no atender al principio “iura novit curia” para la aplicación del Derecho extranjero y de sujeción de las sentencias extranjeras a homologación previa, originariamente reservada a que entre otros requisitos sean pasadas en cosa juzgada. No hay espacio para las medidas cautelares. A la lógica básica de este modelo es extraña la idea de la cooperación internacional, pero ésta se ha ido abriendo paso de a poco, sin reemplazarlo, de modo que ha quedado por lo menos con alcance residual.

El **segundo** modelo se inspira en el principio de la **cooperación internacional** y persigue el objetivo de atenuar progresivamente el rigor de las consecuencias de la rígida atención a la soberanía nacional. Este modelo se caracteriza por la expansión de las fuentes internacionales. Se producen entonces reglas más simples para la notificación de los actos, las rogatorias y especialmente la asunción de pruebas y progresivamente se extiende la normación al momento de la circulación de las providencias jurisdiccionales, introduciendo nuevas reglas en cuanto a ejecución de las sentencias y las providencias provisorias y cautelares.

A su vez este modelo abre camino a un proceso de homogeneización de los ordenamientos internos, que se adecuan a los nuevos principios de fuente internacional, y a nuevas formas de cooperación-integración y sienta las bases para la instauración de un nuevo sistema normativo transnacional. Este segundo modelo resulta ya delineado, aunque de manera embrionaria, en el Tratado de Montevideo de 1889 y está definitivamente fijado en el Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Desde el ámbito europeo se ha proyectado con tendencia universal por las Convenciones de La Haya sobre procedimiento civil de 1954, sobre notificación de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial de 1965 y sobre producción de pruebas en el extranjero de 1970 y por la Convención de Londres de 1968 relativa a la información sobre el Derecho extranjero.

Los caracteres fundamentales de este modelo son presentados por el informe Andolina diciendo principalmente:

- a) los procesos civiles son regulados por las lex fori;
- b) las pruebas son sometidas a la lex causae por lo que atañe a su admisibilidad y a su fuerza probatoria;
- c) los jueces son obligados a aplicar de oficio el derecho extranjero, aunque las partes tienen facultad de alegar su vigencia y su contenido;

d) el cumplimiento en el exterior de actos procesales es requerido por medio de rogatorias cuya transmisión puede estar a cargo de agentes consulares o diplomáticos, de la vía administrativa o del curso judicial;

e) no se requiere la legalización de las rogatorias cuando son transmitidas por vía consular, diplomática o administrativa;

f) el curso dado a la rogatoria no significa reconocimiento de la competencia internacional del juez extranjero que la emitió;

g) los jueces deben cumplir las medidas cautelares dispuestas por los jueces extranjeros dotados de competencia internacional, con exclusión de las que son prohibidas por el ordenamiento interno o contrarias al orden público internacional;

h) la realización dada a la medida cautelar no comporta la obligación de reconocer la sentencia respectiva;

i) el juez al que se requiere la ejecución de una sentencia extranjera tiene el poder de adoptar a instancia de parte las oportunas medidas conservativas, de conformidad con las leyes estatales;

j) las sentencias extranjeras tienen efectos imperativos, probatorios y de fuerza ejecutiva;

k) entre las condiciones requeridas para que la sentencia extranjera tenga eficacia se señalan en particular: que provenga de juez con competencia internacional para conocer en la causa; que el demandado haya sido regularmente citado; que se haya asegurado a las partes el derecho de defensa y que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el Estado de origen y no sea manifiestamente contraria a los principios de orden público.

El tercer modelo es el de **cooperación-integración**, promovido por los procesos de integración de la segunda mitad de nuestro siglo, que ha llegado a la formación de un órgano jurisdiccional supranacional que incide en la misma formación de los pronunciamientos nacionales. Entre las fuentes que llevan a este modelo se citan el Tratado de la Comunidad Económica Europea firmado en 1957; la Convención de Bruselas de 1968 sobre competencia jurisdiccional y ejecución de decisiones en materia civil y comercial; la Convención Europea en el campo de la información sobre el Derecho extranjero de Londres de 1968; la Convención de Lugano de 1988 concerniente a la competencia jurisdiccional y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial y el Tratado de Maastricht de 1992.

3. Asimismo el profesor Andolina se refiere al creciente fenómeno de **homogeneización** de los ordenamientos internos hacia un “**jus commune**” de los procesos civiles, remitiéndose a los ejemplos del nuevo Código General del Proceso uruguayo y de la ley nº218 italiana sobre la Reforma del sistema de Derecho Internacional Privado y señalando la influencia que han tenido las fuentes convencionales en la normatividad interna.

Al referirse a la ley italiana el profesor Andolina indica que las modificaciones de mayor relieve que muestran la confianza general que el ordenamiento peninsular tiene respecto de los sistemas procesales extranjeros son las producidas en cuanto a la litispendencia internacional y al régimen de reconocibilidad y exequatur de las providencias del extranjero. El ordenamiento nacional renuncia a la defensa intransigente de sus propias prerrogativas jurisdiccionales a través

de una disciplina favorable a la circulación de los productos judiciales extranjeros (2).

Destaca el profesor Andolina que la referencia central ya no es la soberanía de los Estados nacionales, sino el **derecho del hombre** de ver satisfecha su necesidad de justicia en términos de efectividad y de tempestividad.

4. En concordancia con las tendencias de la cooperación internacional se evidenciaron orientaciones a la **globalización** por **uniformación** o **armonización** del Derecho Procesal. La exposición de estas orientaciones surge de los trabajos de **Takeshi Kojima y Azmy A. Ateia**.

En su exposición sobre “**Legal Families in Procedural Law Revisited**” Takeshi Kojima, de la Chuo University de Tokio, se apoya también en informes nacionales provenientes de países de distintas familias jurídicas. Señala al comienzo de su documento el continuo proceso de globalización en las normas procesales y el creciente fenómeno de colisión del poder judicial entre Estados, como es demostrado por la creciente tensión entre los Estados Unidos de América y Europa y Japón en la batalla de la jurisdicción y los conflictos de leyes. Una de las causas de fricción es la diferencia en las reglas y standards procesales, que incrementa los riesgos de “forum shopping”.

En su exposición sobre “**Le regroupement des familles juridiques en Droit Judiciaire**”, basada asimismo en informes de diferentes países, Azmy A. Ateia, de la Université de Manoura (Egipto), plantea los caracteres que en cuanto al proceso civil tienen los principales sistemas jurídicos y muestra las tendencias en relación con las posibilidades de su reagrupamiento. Indica que la evolución ideológica y política pone en evidencia que existe un número de principios fundamentales que han encontrado acuerdo de todas las familias jurídicas: la independencia del juez, el respeto de los derechos del hombre, el derecho de tener un proceso equitativo, la igualdad ante la justicia y la eficacia de los fallos.

Si bien las diferencias entre las familias jurídicas se refieren esencialmente a la naturaleza del poder judicial en cada país y los obstáculos a la unificación o a la armonización resultan de diversidades culturales, hay factores que conducen a la unificación o a la armonización. En este sentido, el Derecho Romano es considerado una fuente histórica para todas las familias jurídicas contemporáneas y la religión no es una fuente de reglas procesales; además las reglas procesales son neutras y abstractas y no han sufrido la influencia de consideraciones ideológicas de la manera que la han recibido las reglas sustanciales. No obstante, la exposición reconoce que los autores discrepan en cuanto a las posibilidades de la unificación y la armonización (3).

(2) Pueden v. nuestros artículos “Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado - Ley 218 del 31/5/95” en “*Jurisprudencia Argentina*”, 1/XI/1995 y “La reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado, un avance significativo para la construcción de la internacionalidad”, en “*Derecho de la Integración*”, Nº2, págs. 9 y ss

(3) En concordancia con las vías de “globalización” integradoras, la exposición de **Georges de Laval** (Lieja) se plantea “*Une harmonisation des procédures d'exécution dans l'Union européenne est-elle concevable?*”. En un claro reconocimiento del Derecho Procesal Internacional Privado, que abarca las cuestiones en que el Derecho Internacional Privado de fondo juega su destino en el Derecho Procesal, de Laval dice que todo esfuerzo de uniformación o de armonización del Derecho sustancial de los Estados miembros será insuficiente si no es acompañado por medidas destinadas a asegurar una mayor uniformidad en la aplicación de los títulos ejecutivos. Se pronuncia por reducir los obstáculos nacionales más irritantes y contribuir a la convergencia de los procedimientos que persiguen la misma finalidad. Asimismo, en relación con la globalización se considera la necesidad de **procedimientos provisarios** en los litigios transnacionales, abordada en el relato **Kerameus - Normand**.

La exposición de **Konstantinos Kerameus** (Atenas) y **Jacques Normand** (Reims) “*La nécessité de procédures provisoires dans les litiges transnationaux*” se apoya, también en informes provenientes de diferentes países. Los autores dan cuenta de la importancia que, con diversos grados, han tomado los procedimientos provisionarios en todos los

B) El problema internacional de la prueba - El relato De Vos - Rechberber

5. El problema internacional de la prueba fue considerado bajo el título “**Transnational litigation and the evolution of the law of evidence**” por los profesores **Wouter De Vos** (Johannesburg) y **Walter Rechberger** (Viena). Se plantean las diferencias entre el más “**adversarial**” (dispositivo) sistema del “common law” y el más “**inquisitorial**” sistema continental, diversidades que no sólo se refieren a los hechos sino incluso al Derecho. Desde este punto de vista, de los principios dispositivo e inquisitorio, se estudian los problemas internacionales respectivos, atendiendo a las referencias a la lex fori y a la lex causae. Entre las cuestiones a resolver en el ámbito estudiado se encuentra el tratamiento procesal del Derecho extranjero y, en general, salvo algunas significativas excepciones, también aquí se advierte la diferencia entre la pasividad del juez del common law y la mayor actividad del juez continental.

C) Los efectos de las sentencias y los laudos extranjeros - Los relatos Herzog e Hitters

6. En su exposición sobre “**The effect of foreign judgements and arbitral awards**”, apoyada también en diversos informes locales, **Peter E. Herzog** (Nueva York) concluye señalando que todos los países son conducidos por consideraciones de utilidad pública y privada a dar efectos a las sentencias y los laudos extranjeros, pero todos son renuentes a hacerlo si esto lleva a una grosera falta de equidad o a resultados que son demasiado contrarios a los puntos de vista locales.

Como el comercio internacional conduce a una economía más global, algunos obstáculos al reconocimiento y la ejecución, como el requisito de reciprocidad o la posibilidad de revisión de fondo tienden a ser abandonados. La violación de la política pública parece tener menos importancia en los casos referidos a fallos por sumas de dinero, a menos que se incluya un procedimiento no equitativo. En cambio, lo mismo no ocurre en instancias en que se litiga acerca del estado personal, en las que el sistema continúa siendo ampliamente divergente.

Haciéndose eco también de informes nacionales, la exposición “**Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros**” de Juan Carlos Hitters (La Plata) parte de señalar que si bien en épocas antiguas las sentencias como actos de soberanía política sólo producían consecuencias dentro de las fronteras, a partir de la Segunda Guerra Mundial se ha desarrollado la llamada dimensión transnacional del Derecho y la justicia, que en la práctica ha obrado como una limitación de la soberanía. Indica Hitters la tendencia al abandono de la condición de reciprocidad que

los países tenidos en cuenta. Ellos obedecen a la necesidad de rapidez inherente a ciertos negocios, que requieren una reacción inmediata. Los tipos de necesidades de los litigios no varían cuando se hacen transnacionales, es más, de cierto modo este carácter más bien acentuaría la necesidad de medidas provisionales porque puede agravar la lentitud del procedimiento ordinario. Las distancias se reducen, las fronteras se hacen permeables o desaparecen, la economía se mundializa y se acrecientan las ocasiones de litigio con la necesidad de soluciones inmediatas, al menos de carácter provisional.

En atención a los aspectos de que se trate, el régimen de las medidas provisionales suele no ser o ser diferente según se aborden medidas internas o internacionales. En cuanto esas medidas provisionales se hacen particularmente necesarias en el proceso internacional y deben recibir trato diverso, resulta más evidente la existencia del Derecho Procesal Internacional Privado.

Acerca del Derecho Procesal Internacional Privado pueden v. por ej. nuestros estudios “Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Judicial Internacional Privado”, en “Doctrina Jurídica”, 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972; “Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Judicial Material: la jurisdicción internacional)”, en “La Ley”, t. 1975-A, págs. 1047 y ss.; “Un caso de Derecho Procesal Internacional Privado”, en “El Derecho”, t. 112, págs. 411 y ss.; “La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado”, en “Investigación y Docencia”, N°14, págs. 27 y ss. y “Dos notas de Derecho Procesal Internacional Privado”, en “Investigación ...” cit., N°14, págs. 23 y ss.

imponía la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y que pasó al Derecho del mundo ibérico posterior y también figura en regímenes de otro origen. Sin embargo, concluye que en este campo no se ha avanzado mucho y que todavía existen diversos obstáculos para la admisión de los pronunciamientos extranjeros.

D) Perspectiva jusfilosófica

7. El proceso internacional significa que la función jurisdiccional, de “decir” (y “hacer”) el Derecho debe superar el espacio entre los países respectivos. A esa superación deben contribuir el reconocimiento de la jurisdicción de unos países en otros, el auxilio judicial internacional, la admisión de los documentos extranjeros, la valoración de la prueba extranjera, el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros, etc. Se trata de crear un espacio para el proceso que supere los límites de los espacios estatales.

8. La superación del espacio a través del proceso tiene significados diversos según las épocas. El marco procesal internacional referido en las exposiciones reseñadas muestra nítidamente el paso de la modernidad a la postmodernidad (4).

La época de la **modernidad**, culminante en la Edad Contemporánea, fue un tiempo de **razón fuerte**, en diversas relaciones de coexistencia con la experiencia y la historia. Se caracterizó por la aparición de los **Estados** “modernos”, que luego se hicieron nacionales, y el surgimiento de la **comunidad internacional**. Esta comunidad se produjo con la existencia de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y las relaciones económicas, científicas, artísticas, etc. entre esos Estados que hacían necesaria una compleja regulación jurídica. La modernidad se caracterizó por la centralidad de los mercados nacionales y por un clima de “distancia” entre los Estados en el que se hizo crecientemente importante el logro del **orden** y de la **justicia**.

En cambio la **postmodernidad** es un tiempo de **diferencias superficiales** pero de honda **uniformidad económica** que al fin rechaza todas las diferencias y conduce a la globalización. Como suele señalarse con acierto, uno de los problemas fundamentales de este tiempo es el diálogo entre la economía y el resto de la cultura, que en el fondo es absorbido y negado por ella (5); se trata del diálogo entre la utilidad y los demás valores, que soportan su arrogancia. En la postmodernidad los Estados pierden sus identidades profundas y las “distancias” entre ellos disminuyen. De cierto modo, no son los Estados quienes imponen su orden público en las relaciones internacionales, sino el orden público “mundial” el que se impone a los Estados.

Pese a conflictos, incluso armados, de innegable importancia, el afianzamiento general del orden parece haberse logrado con el rechazo difundido de las actitudes beligerantes y la vocación de justicia resulta demasiado compleja y dudosa. Interesan en cambio sobre todo la **eficacia** y la **utilidad**. Cuando se debilita el sentido de la relevancia de la justicia, importa con particular intensidad llegar a un pronunciamiento jurisdiccional eficaz de la manera más simple y rápida posible. El debilitamiento de los vínculos racionales profundos entre medios y fines hace que la

(4) Puede v. nuestro estudio “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, Nº19, págs. 9 y ss.

(5) En relación con el tema puede v. por ej. TOURAINÉ, Alain, “Critique de la modernité”, París, Fayard, 1992, pág. 16.

“razón instrumental” llegue a pesar más que la hondura de los resultados. La superación de los obstáculos en cuanto a los medios llega a importar más que los alcances últimos de los resultados. El proceso tiene que transformarse también en lo internacional, para que la jurisdicción guarde correspondencia con los alcances mundiales del **mercado**.

En un mundo donde la filosofía tiende a ser filosofía del **lenguaje** y crece el interés por la **argumentación**, el proceso, construido en gran medida por el juego del lenguaje y por la argumentación, adquiere especial significación. En un tiempo cada día menos “re-ligioso” y más semejante al mundo “pagano” y menos ideológico, el proceso gana significación, avanzando sobre los aspectos de fondo, en cierto grado más vinculados a la ideología.

Aunque la superficialidad de esta época suele dejar espacio para reacciones regionalistas y nacionalistas e incluso, según ya señalamos, para el uso de la violencia física que sin embargo se trata de desterrar, la tensa complejidad axiológica de la cultura Occidental y de las familias jurídicas del mundo que reinó hasta la Segunda Guerra Mundial (o el segundo episodio de la Gran Guerra Mundial del siglo XX) es hoy reemplazada por la uniformidad que difunde el imperio de la **cultura anglosajona**. De aquí que, con el sentido utilitario anglosajón, el proceso es concebido como el camino más rápido y eficaz para obtener soluciones y adquiere también protagonismo en lo genéricamente “internacional”.

Pese a que el papel de los jueces gana espacio respecto de otros poderes, ellos son a menudo reemplazados por los **árbitros** y sobre todo por la recomposición más ágil que brindan los **cauces sociales paralelos**, como los medios de comunicación de masas. Si los árbitros intervienen superando las fronteras estatales y los medios de comunicación juzgan a nivel mundial sería suicida que los jueces se aferraran a los ámbitos nacionales.

El proceso gana en el **espacio**, pero a menudo pierde en la **materia**, y decrece considerablemente la posibilidad de escuchar a quienes son en profundidad distintos. Como suele señalarse, el mundo se globaliza, pero al propio tiempo se **estratifica**. Los que no tienen voz, los “extranjeros”, no son ya tanto los físicamente distantes, sino ciertos próximos (6).

El mundo de este tiempo se caracteriza por el debilitamiento de la noción de sujeto y por el carácter **difuso** de las proyecciones vitales. Esto sucede también con el proceso, en cuanto a sus repartidores (cuando los jueces son sustituidos no sólo por los árbitros sino por los comunicadores sociales), sus recipientes (a través de consecuencias hacia grupos casi indeterminados), sus potencias e impotencias (que pretenden incluso proyección mundial), sus formas (con la legitimación de actores difusos) y sus fundamentos (cuando se invocan muchas causas aunque sin profundidad). Las transformaciones del proceso internacional son en mucho consecuencias de la “difusión” de su sentido.

En la postmodernidad el mundo de la internacionalidad ha sido en mucho superado por el de la **integración**, pero a su vez éste tiende a ser superado por las vinculaciones **interbloques**. Vertiginosamente las relaciones internacionales, que caracterizaron al mundo hasta la postguerra,

(6) Es posible v. por ej. TODD, Emmanuel. “Le destin des immigrés - Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales”. París, Seuil, 1994

se convirtieron en vinculaciones de integración, como las de la actual Unión Europea o las del Mercosur, y ahora surge la gran problemática de las relaciones entre los dos bloques. Es por ello que, de acuerdo con el tercer modelo de la cooperación, se multiplican los tribunales supraestatales.

En un mundo en el que urge el reconocimiento del “Derecho Universal” el proceso se hace cada vez más universal (7).

(7) Puede v. nuestro estudio “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

REFLEXIONES SOBRE LA CONDICION DE LOS ANCIANOS EN LA ACTUALIDAD^(*)

Graciela N.GONEM de GANDOLFO^(**)

I.-La vejez es una etapa natural en la que hay pérdidas importantes (que se dan en el atractivo físico, la salud, el vigor o energía física, el deseo sexual, en las funciones sociales útiles y respetadas, en el horizonte vital, en la posibilidad de gratificación de determinadas expectativas, y también por la muerte de seres queridos), pero en la que, por otra parte, consiguen su máximo desarrollo determinados aspectos de las capacidades humanas (experiencia, desinterés, la sabiduría en la elección, mesura, etc.). pudiéndose mencionar como posibles adquisiciones y logros realizativos los siguientes: serenidad (transformándose la energía en tendencias sociales más altruistas y ahondándose en la comunicación interpersonal), revisión de las experiencias pasadas (que conduce a una mayor asunción de identidad), conocimiento indulgente (apreciándose y asumiéndose la limitación propia y de los otros y que lo humano está formado por aspectos buenos y malos, sanos y enfermos, gratificantes y frustrantes), visión totalizadora (capacidad de efectuar síntesis totalizadoras que constituye un logro intelectual importantísimo que impulsa el desarrollo cultural), y sabiduría (sentida muchas veces como la conciencia de la propia ignorancia y limitación, fruto del sufrimiento y de lo que no puede remediararse y que se alcanza como conclusión y consecuencia de los logros anteriores) (1).

Creemos fundamental destacar que no se pueden fijar límites precisos ni determinada edad para estimar el comienzo de la ancianidad (2). No obstante, en Argentina, el grupo de ancianos - compuesto según la definición de las Naciones Unidas para países en desarrollo por las personas de sesenta y más años-, alcanzaría aproximadamente cuatro millones cuatrocientos mil ciudadanos (3).

Nos referiremos a la condición de los ancianos en nuestro país, teniendo en cuenta aspectos sociológicos, normológicos y axiológicos, aludiendo a situaciones problemáticas que suelen presentarse.

(*) Trabajo expuesto en el Panel sobre Derecho de la Ancianidad, organizado por el área de Derecho de la Ancianidad, del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de Rosario, el 29/9/95.

(**) Investigadora categoría "E" del C I U N R

(1) HERCE, J.M., "La vejez como etapa vital", en "Genátrika. Revista Iberoamericana de Geriatría y Gerontología", Argentina, Vol. I (3), 1991, págs. 60 y 61.

(2) CAINO, Héctor V., "Introducción a la clínica geriátrica", en CAINO, Héctor V. y coautores, "Clínica y tratamiento de las enfermedades en la tercera edad", Bs As., Celcius, 1986, pág. 4.

(3) POCHTAR PSZEMIAROWER, N. y PSZEMIAROWER, S.N., "Ancianidad y derechos humanos", en "Geriatría...", op.cit., Vol 5 (2), 1995, pág. 43

autor en derecho a la existencia, a la consistencia (o sea a elegir un modo de vivir, una función, un rol, una misión), a la subsistencia (que tiene como derechos anexos el derecho a la verdad -que se ramifica en otros, como el derecho a una educación auténtica y el derecho a la información-, el derecho a trabajar y el derecho a la propiedad), el derecho a la acrecencia (a crecer en la existencia), y el derecho a la asistencia (21).

En general, estos derechos, tienen consagración normativa en el marco constitucional y en Tratados Internacionales, que después de la reforma de 1994 tienen jerarquía constitucional, no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución nacional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la misma según el art. 75 inc.22: por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, constan, entre otros, en el Derecho de la Seguridad Social, (vg. normas sobre jubilaciones, pensiones, seguros), en el Derecho Administrativo (normas referidas a residencias para adultos mayores, y para establecimientos de internación geriátrica para dependientes y semidependientes), y en la legislación civil (normas que regulan el derecho a alimentos, el derecho a visitas, el derecho a la intimidad, el derecho de habitación del cónyuge superstite, el derecho a disponer de sus bienes para después de la muerte, la inhabilitación judicial, la interdicción por demencia, la protección al consumidor, etc.).

No obstante es fundamental que esos derechos logren vigencia sociológica.

Consideramos, además, que existen lagunas en el ordenamiento normativo con respecto a los ancianos y que queda abierto un amplio campo para la investigación en este aspecto. (Castells refiriéndose en las instituciones asilares a la falta de personal calificado que genera situaciones de gran desgaste psicofísico, que procuran solucionarse con la rotación en las tareas o las personas, con detrimento de la relación geronte asistente y del anciano mismo, destaca que “tanto unos como otros se someten a una persistente situación de arbitrariedad en donde la falta de claridad en los procedimientos, así como en los deberes y derechos, complejiza aún más la vida institucional” (22), y recalca precisamente que “en dónde no hay normas se impone la voluntad del más fuerte. Como, en un hogar de ancianos, la parte más débil la ocupa el que está internado, el resultado de la anomia es el maltrato del anciano” (23).

IV -Con respecto a la dimensión axiológica, y específicamente en lo que se refiere a la axiosofía jurídica corresponde destacar que “el principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona” (24), y que en su forma colectiva consiste en organizar la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad a tal fin, comprendiendo el humanismo y la tolerancia (25).

(21) id., págs. 347 y ss.

(22) CASTELLS, op. cit., págs. 14/15.

(23) id., pág. 15.

(24) GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. edic., Bs.As., Depalma, 1985, pág. 417.

(25) id., pág. 439.

Con relación a la condición de los ancianos. es notorio que existen situaciones de injusticia y desigualdad opuestas al humanismo. que se observan entre otros aspectos mencionados. en el aislamiento, la falta de posibilidades para integrarse y participar en la sociedad, en la distribución de la riqueza que da lugar a jubilaciones y pensiones insuficientes, en la suspensión de los beneficios por causa de muerte cuando las personas viven aun. alegando errores que tardan meses en subsanarse, en coberturas médicas inadecuadas. resultando asimismo inadmisibles el maltrato, la falta de afecto, la ingratitud, el abandono en geriátricos. privando a los ancianos de la compañía familiar, de los bienes que los han acompañado a lo largo de sus días, y de los lugares que les son conocidos ...

Con respecto a los medios para la realización del régimen de justicia, no se protege al anciano adecuadamente contra lo demás, los demás, y contra sí mismo (26).

La persona, creada a imagen y semejanza de Dios, tiene una dignidad propia y debe ser valorada y respetada en las distintas etapas de la vida, con independencia de la utilidad que proporcione o pueda proporcionar. En la ancianidad se la debe ayudar a conservar la salud, a darle un sentido a la vida y a evitar la inactividad (27).

Son imprescindibles cambios en la política económica, sanitaria, y en la educativa (28). Esta última debe basarse en el respeto a esa dignidad propia que tiene el ser humano, en el amor, y en la revalorización de todas las virtudes humanas, especialmente la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza.

La vejez debe ser aceptada por los propios ancianos (29), y por la sociedad, y no ser vista como un problema, sino como una suerte, y un desafío para todos (30). No es sólo la conclusión de la vida, tiene un sentido propio muy bueno y profundo que abarca dos aspectos, uno determinado por la palabra sabiduría y el otro referido a lo eterno, a Dios y a su reino intemporal (31).

Consideramos fundamental cambiar la idea de que en Gerontología son valores guía la improductividad, la inefficiencia y la dependencia, y destacar el descanso, la relajación, juegos, ocio confortable, creatividad y sabiduría (32).

Además, es importante apreciar la soledad como una oportunidad ya que tiene dos riquezas, la libertad y el abrir la puerta al verdadero conocimiento de uno mismo y tener en cuenta que no producirá efectos negativos si la persona logra dialogar consigo, tener autoestima, y confianza en sí misma (33).

Por otra parte, consideramos la oblación -que designa el nivel más alto del desarrollo psíquico y afectivo señalado por la capacidad de interesarse por los otros, aún cuando ello no sea pedido y sobre todo sin buscar nada a cambio, y sin recompensa alguna-, y la disponibilidad hacia los demás como determinantes en esta edad, aunque no son prerrogativas de la misma (34). Incluso aquellas

(26) Sobre los medios para la realización del régimen de justicia p.v. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 446 y ss.

(27) P.v. GLYN THOMAS, R "Durar en un mundo que cambia". en Salud Mundial, O.M.S., abril 1979, págs.3 y ss.; CANOVA, Francisco, "La estación de los frutos", trad. María Rosario C. de Smarelli, Bs As., Paulinas, 1991.

(28) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho de la Ancianidad, en "Investigación y Docencia" N° 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992, pág. 39.

(29) P.v. GUARDINI, op. cit., pág. 137.

(30) LEHR, Úrsula, "Correlato Social y Psicosocial de la Longevidad", en "Geriatria Práctica", op.cit., Vol III, N° 9, 1993, pág. 8.

(31) GUARDINI, op.cit., págs.135/ 140/ 142.

(32) TORNSTAM, L., op. cit., pág. 21..

(33) CANOVA, op.cit., págs. 76 y 47.

(34) id., pág. 79.

personas totalmente dependientes y postradas, pueden ayudar a los otros con la gratitud y el afecto que les demuestren y que los hagan sentir queridos, además de la importancia que tiene para los que somos creyentes, el ofrecimiento de sus sufrimientos y de sus oraciones (35).

Compartimos con Canova que hay algo del anciano que no envejece o, mejor dicho, que no debería envejecer nunca “el anhelo por la vida, la esperanza, el crecimiento de la persona” (36).

(35) . "El espíritu de servicio encuentra en la oración un modo inefable para prodigarse inclusive en beneficio de personas muy lejanas y que nunca se conocieron, de personas vivas y de personas muertas. Quien ora puede influir también sobre los acontecimientos políticos mucho más que un jefe de estado" CANOVA. op cit , págs 89 .

(36) CANOVA. op cit , págs. 82

NOTAS DE LA DISERTACION DE APERTURA: “ECLIPSE” Y “EMERSION” DE LAS RAMAS JURIDICAS

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1) Las ramas del mundo jurídico y la Teoría General del Derecho como sistema jurídico

1. El Derecho se identifica por la posibilidad de realizar un complejo de valores que culmina en la justicia. Todos los fenómenos que lo integran poseen una estructura tridimensional compuesta por realidad social, normas y valores. Sin embargo, se trata de una realidad diversificada en distintas ramas que se identifican por requerimientos axiológicos específicos y, en última instancia, por exigencias particulares de justicia. Así, por ejemplo, sin desconocer la posibilidad de diferencias de detalles, señalamos que los requerimientos de la justicia particular caracterizan al fin al Derecho Privado y las exigencias de la justicia general expresan en definitiva al Derecho Público; el requerimiento de protección respecto de la actividad económica en gran escala identifica al Derecho Comercial; la necesidad de amparo del trabajador caracteriza al Derecho del Trabajo; el requerimiento de protección del elemento extranjero constituye al Derecho Internacional Privado; la preservación última de la comunidad nacional caracteriza al Derecho Constitucional; la necesidad de servir a la comunidad identifica al Derecho Administrativo; el requerimiento de repersonalización de los delincuentes da identidad al Derecho Penal; la necesidad de convivencia entre los Estados y entes paraestatales independientes identifica al Derecho Internacional Público, etc.,

2. Las “autonomías materiales” de las ramas jurídicas, surgidas de esos requerimientos de valor, no son, sin embargo, compartimientos estancos, sino **continuidades** con áreas combinadas, de modo que, por ejemplo, hay ámbitos donde el Derecho Privado es más “privatista”, como ocurre en el campo de los contratos y otros donde tiene más presencia de Derecho Público, como en el Derecho de Familia y los Derechos Reales; el Derecho Público tiene en general proyecciones relativamente privatistas cuando posee carácter liberal y, por lo menos hasta ahora, parece más privatista en el Derecho Administrativo y más publicista en el Derecho Penal, etc. El Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, etc. poseen a su vez perspectivas más civilistas, comercialistas, del trabajo, etc.

(*) Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y presidente del Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados y de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

En el acto de apertura de las Jornadas hicieron además uso de la palabra el presidente del Colegio de Abogados de Rosario, profesor doctor Juan José Casiello y el vicedecano de la Facultad de Derecho de la U. N. R. profesor doctor Mario Ducler.

3. En correlación con su “autonomía material” las ramas jurídicas deben tener en diversos grados, según los casos, autonomías **derivadas**, de carácter legislativo, judicial, administrativo, científico y académica y adquieran, además, autonomía **educativa**.

La autonomía **legislativa** significa que la legislación recibe el sentido de la autonomía material, y tiene sus más altas expresiones en las leyes especiales y sobre todo en los códigos. La autonomía **judicial** plasma en el reconocimiento de la materia en los pronunciamientos judiciales y posee su más elevada manifestación en los tribunales especiales. La autonomía **administrativa** consiste en que los rasgos de la materia sean atendidos en la administración y alcanza sus mayores grados cuando se consagran en ministerios, direcciones generales, etc. La autonomía **científica** significa que el saber muestra los caracteres de la materia abordada y se consagra en el más alto nivel cuando ese saber adquiere forma de un sistema expresable en tratados. La autonomía **académica** plasma en el reconocimiento de la materia en la enseñanza jurídica y se manifiesta de la manera más nítida cuando hay cátedras especiales. La autonomía **educativa** consiste en la capacidad formativa de la conciencia jurídica en general que posee el estudio de la rama jurídica de que se trate.

4. La juridicidad de la modernidad realizó grandes esfuerzos por legislar, juzgar, administrar, descubrir y enseñar las ramas jurídicas en “**simplicidades puras**”. Se llegó así a las codificaciones, a fueros especiales y a la diversificación administrativa, a la consolidación de “partes generales” de las ciencias respectivas, que permitieron la redacción de grandes tratados, y a la multiplicidad de asignaturas que hoy caracteriza a los planes de estudios. Sin embargo, el tiempo actual de la llamada “postmodernidad” vive un proceso de desintegración que podría significar una “**complejidad impura**”. Las leyes pierden su delimitación; las competencias se mezclan y la burocracia avanza; la ciencia parece acompañar dócilmente a esa mezcolanza legislativa y judicial haciendo a menudo una simple exégesis de sus textos y múltiples cursos, con frecuencia de actualización y especialización de postgrado, ponen de manifiesto esa confusión. Las perspectivas de justicia son con frecuencia desdibujadas por el avasallante avance de la utilidad.

En esta circunstancia de la “postmodernidad” urge superar tanto la “simplicidad pura” de los comportamientos estancos como la “complejidad impura” en una “**complejidad pura**” legislativa, judicial, administrativa, científica, académica y al fin también educativa. A esa complejidad pura deben tender, por ejemplo, los procesos de “unificación” -no “uniformación”- legislativa de lo civil y lo comercial; la reconsideración jurisdiccional y la superación de las barreras y las mezclas administrativas que con sentidos burocráticos destrozán los casos y los privan de su auténtica significación. Lugares destacados corresponden a la comprensión científica culminante en una “**Teoría General del Derecho**” que integre todo el sistema “sistema jurídico” y a la autonomía académica a través de cátedras que imparten este saber, ubicables al finalizar los estudios de Derecho. Mucho es lo que se ganaría si este saber se impartiera al hilo del análisis de casos y a través de ese reconocimiento se avanzaría en la educación jurídica con una mejor comprensión de la unidad de la vida, del hombre y de la problemática del Derecho.

Además, el “**Derecho de la Cultura**”, comprendido como rama material identificada por la exigencia total de justicia e integradora de todas las demás resulta particularmente relevante para

que la Teoría General del Derecho como sistema jurídico se proyecte en la realidad de la vida jurídica. La vivencia plena del conjunto requiere no sólo saber y educar sino repartir y normativizar en consecuencia. El Derecho de la Cultura ha de ser la última expresión de la **estrategia jurídica**.

2) Las nuevas ramas jurídicas en la complejidad pura del Derecho, su eclipse actual y su emersión

5. Por la luminosidad de su requerimiento de valor cada rama jurídica es comparable de cierto modo a una “estrella” y urge reconocer todo el sistema “astronómico” respectivo. El reconocimiento de la complejidad pura del Derecho suele requerir la “**emersión**” de ramas jurídicas que permanecen “**eclipsadas**” por otras que pueden ser lisa y llanamente falsas -como lo sería el Derecho de la Servidumbre- pero a menudo sólo requieren que su comprensión sea complementada por nuevas perspectivas.

Las ramas jurídicas deben vincularse en relaciones de **coadyuvancia** o de **sustitución**, pero no de **secuestro** y **eclipse** del lugar de unas por otras. Cuando hablamos, como en estas Jornadas, de “nuevas fronteras de la juridicidad”, debemos reconocer que a veces se trata de ramas materialmente “viejas” que han sido ignoradas, como el Derecho de la Salud, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología y el Derecho del Arte y en otros casos se trata de ramas “nuevas” por novedad de los problemas, según sucede con el Bioderecho y el Derecho de la Informática.

El eclipse de las ramas jurídicas por la interposición de otras ramas puede obedecer a motivos dikelógicos, normológicos y sociológicos.

6. Desde el punto de vista **dikelógico** el eclipse de una rama jurídica puede deberse a causas diferentes, que a menudo se presentan combinadas. Puede ocurrir, v. gr., por el **secuestro** del material estimativo de sus **valores** propios por otros valores, falsos o falsificados, según sucede en nuestro tiempo con el ocultamiento de múltiples ramas, basadas en referencias a la salud, la verdad, la belleza, el amor, etc. por los desbordes de la utilidad. Así surgen las exigencias de complementar el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, el Derecho Comercial, etc., en los que en más o en menos termina imperando relativamente la utilidad, con ramas como el Derecho de la Salud, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc. que hoy están eclipsadas por ellos.

El eclipse de las ramas jurídicas puede surgir también de la desviación en los senderos de descubrimiento del valor que constituyen **clases de justicia**, por ejemplo, por abusos en las rutas de la justicia consensual, sin acepción (consideración) de personas, simétrica, commutativa, etc., que tanto caracterizan a estos días, ocultando los caminos de la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea, etc. El Derecho Civil y Comercial de los Contratos, de fuertes sentidos consensualistas, sin acepción de personas, simétricos, commutativos, etc. a menudo eclipsa al Derecho de la Salud, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, etc.

Asimismo el eclipse de las ramas jurídicas puede surgir de que **criterios generales orientadores** de valor ocultan las **valoraciones completas** de los casos, según ocurre con frecuencia con los criterios generales utilitarios tradicionales que tapan las valoraciones de nuevas maneras de realizar la utilidad bloqueando, por ejemplo, el despliegue del Derecho de la Informática; con los criterios generales de justicia por respeto, propios del Derecho Internacional tradicional, que en ciertos casos ocultan valoraciones de necesidades de integración, o a la inversa por el abuso de los criterios generales de justicia por integración eclipsando las valoraciones que hacen necesario el respeto.

Sólo a través de la emersión de todas las ramas jurídicas eclipsadas puede apreciarse el desarrollo cabal de la **persona** exigido por el principio supremo de justicia.

El eclipse de las ramas jurídicas imposibilita la **legitimidad** de los repartidores, de los recipientes, de los objetos a repartir, de las formas y de las fundamentaciones, tiende a bloquear los caminos del **humanismo** haciendo a unos hombres meros medios de otros o de la sociedad y rompe el equilibrio entre los **medios** que deben contribuir al régimen de justicia. El ocultamiento de las ramas jurídicas suele ser sobre todo camino para la consagración de intereses ilegítimos. Así, por ejemplo, el eclipse del Derecho de la Ciencia y la Tecnología y del Derecho de la Educación por las presencias exclusivas del Derecho Administrativo, el Derecho Civil y el Derecho Comercial plantea como repartidores legítimos a los burócratas meramente antiautónomos, oculta los merecimientos de los científicos y los educandos, bloquea la creatividad, dificulta la audiencia de los interesados más relevantes y desvía la correcta fundamentación de los repartos. Por ese ocultamiento los científicos y los educandos suelen convertirse en medios de otros hombres o de la sociedad y los protagonistas débiles y necesitados de protección quedan a merced de otros individuos, del régimen e incluso de "lo demás" (**ignorancia**, pobreza, etc.). Muchos intereses ilegítimos se nutren específicamente del **eclipse del Derecho de la Ciencia y la Tecnología y del Derecho de la Educación**.

7. Desde la perspectiva **normológica** el eclipse de las ramas jurídicas suele obstruir el correcto **funcionamiento** interpretativo, determinativo, elaborativo, aplicador, conjetural y sintetizador de las normas. ¿Es que acaso, por ejemplo, las normas administrativas que rigen la investigación científica o la educación deben funcionar igual que las que rigen el alumbrado público o la recolección de residuos?

A través de la interferencia de ramas jurídicas que ocultan la presencia de otras suelen abrirse paso **conceptuaciones** y **materializaciones** "desvaliosas" y las **instituciones** se desorientan. No es posible comprender el acto administrativo de realización de la ciencia o el acto administrativo **educativo**, como el de iluminación pública o el de recolección de residuos; los investigadores, los educadores y los educandos no somos sujetos administrativos indiferenciados de los demás y las instituciones científicas y educativas no son órganos administrativos comunes.

8. Desde la perspectiva **sociológica** el eclipse de ramas jurídicas dificulta la conducción promoviendo confusos despliegues de distribuciones por influencias humanas difusas; aumenta y desorienta la autoridad y promueve un orden a la vez **exagerado** y **claudicante**.

9. A reconocer la complejidad pura del Derecho y poner en condiciones de emersión a las ramas jurídicas eclipsadas tienden estas Jornadas (**).

(**) En relación con los temas abordados pueden v. por ej. nuestros estudios "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; "Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993. Asimismo puede v. nuestro trabajo en colaboración con Ariel Ariza, Mano 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. Entre las otras ramas "nuevas" que deben enriquecer las perspectivas de las ramas tradicionales se halla el **Derecho Universal**, que ha de considerar el fenómeno jurídico en su plenitud mundial (es posible v. nuestros "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1978).

Resúmenes de las disertaciones y las comunicaciones presentadas

Teoría General del Derecho

LA TENSION ENTRE LA TEORIA GENERAL Y LAS RAMAS

Noemí L. NICOLAU (*)

Es interesante analizar la tensa relación que hoy existe, por un lado, entre el sistema jurídico y los microsistemas, originados en la proliferación de leyes especiales y, por otro, entre el sistema jurídico, cuya versión positivizada se expresa en la teoría general y los subsistemas, las diversas ramas del mundo jurídico.

En este marco puede reflexionarse acerca de la relación entre fuentes del derecho y teoría general. Respecto de la ciencia jurídica, expresada en la **doctrina**, urge que cumpla su rol: descubrir los nexos causales y los principios que los regulan para reducirlos a una unidad orgánica, a pesar de que la **ley**, que capta la realidad fraccionada que vivimos, vaya abriendo el camino para el fraccionamiento de la teoría, cuando crea microsistemas que lentamente socavan la unidad por la multiplicidad de pretendidas nuevas ramas. La teoría general debe mantener un sistema positivizado coherente y ordenado que permita averiguar las causas, relacionar los efectos y verificar la justicia de las soluciones.

También cabe cuestionarse si, como se argumenta con frecuencia, es necesario reconocer la autonomía de las pretendidas nuevas ramas cuando se encanan sobre el Derecho Público (en el que predominan las adjudicaciones autoritarias) y el Derecho Privado (con predominantes adjudicaciones autónomas). El argumento no es sostenible porque la división entre Derecho Público y Privado, que continúa siendo valiosa, se funda en el predominio, no en la exclusividad, de una u otra forma de relacionarse.

Se trata de preservar la autonomía científica de las nuevas ramas para supuestos excepcionales que realmente lo justifiquen.

(*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la U N R. Directora del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

EDUCACION: UTOPIA POSIBLE DESDE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL

Marta E. SARRA (*)

Una de las responsabilidades sociales incluidas que debemos afrontar es la de redefinir a la educación en el Sistema Social. Para ello diremos que no nos pondremos frente al hecho educativo, sino dentro de él. Es decir, trataremos de pasar de lo fenoménico a lo explicativo, con lo cual nos haremos cargo como sociedad global de sus falencias. Por cierto, no tan distintas ni tan distantes a las falencias que acusan otros sistemas de conocimiento.

La educación en particular ha sido fraccionada. Distintas teorías irrumpieron en ella sin someterse al esfuerzo epistemológico de la continuidad y las diferencias. Consecuencia de lo anterior es que las relaciones y las diferencias se fueron diluyendo dejando al pensamiento anclado en el dogmatismo teórico, verbalista y ritual, opuesto de manera irreconciliable a la apropiación del conocimiento como función inteligente, en relaciones explicativas.

Las teorías funcionan ontológicamente. Se atreven a decir lo que los objetos son y no cómo se piensan. Entonces los conceptos, en lugar de participar de la urdimbre teórica, acompañados por un pensamiento interrogante capaz de estructurar desde las regularidades nuevas tramas, quedan seccionados. Quedan, pues, condicionados por la imposibilidad de retornar con sus aproximaciones a la teoría general del proceso educativo.

Cada momento teórico parcializado mutila a los entrecruzamientos que permiten la utilización conceptual, como instrumento profesional. El docente, con su predisposición casi "sacerdotal", guardiana de la mística de enseñar de la mejor manera, concurre paciente y valorablemente a miles de cursos. Construye saberes parcelados sin las vinculaciones necesarias para apropiarse de ellos inteligentemente. A los que "supuestamente" sabían les faltó recordar que las palabras son conceptos. Al privarse a la palabra de la operatoria de sentido que la respalda, se convierte en una palabra ausente, aunque ella esté verbalizada.

Las teorías cuyos núcleos se definen desde los juicios, conceptos y formalizaciones, comenzaron a navegar por el sin sentido. Por eso le urge al sistema educativo (parte vital del Sistema Social) recuperar el valor de saber relacionante y creativo. El aceptar las diferencias como enriquecimientos que se dan a través de síntesis superadoras. El producir y recrear múltiples lenguajes y competencias que habiliten a lo por venir, a lo por decirse y a lo por hacerse. Para eso debemos tener dominio de los saberes específicos de nuestra propia profesión -y los generales- para

vincular un saber a un saber proyectar desde lo individual y lo social. Sólo así el sistema educativo pasará del aletargado sueño a la salud plena. Para que esto deje de ser una entelequia se deberá revincular desde lo ético con lo trascendente y lo cotidiano, con lo público y lo privado.

Es necesario poner de pie a la autoridad académica que facilite y recupere el potencial docente. Sólo así la educación será una utopía posible, en el marco de las responsabilidades sociales.

DERECHO DE LA EDUCACION

José Luis CANTINI (*)

La autonomía legislativa del Derecho de la Educación es indiscutible, atento a la abundancia de normas específicas contenidas en la Constitución Nacional, en las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, en la Ley Federal de Educación (Nº24.195), en la de Educación Superior (Nº24.521), y, en cada provincia, su propia constitución y sus leyes. Como dato ilustrativo puede señalarse que el CD Rom LENA, editado por la Academia Nacional de Educación, contiene cuatro mil cuatrocientos veinte textos legales (leyes, decretos y resoluciones ministeriales) sobre esta materia.

Su **autonomía académico-docente** es, en cambio, muy discutible, porque ni en las facultades de Derecho ni en las de Ciencias de la Educación hay cátedras específicas. Tampoco existen, al menos en nuestro país, obras o textos que encaren su estudio de forma integral y sistemática. La bibliografía conocida es por lo general monográfica y, en muchos casos, más ideológica que rigurosamente jurídica.

Siendo así, no puede hablarse en este momento de **autonomía científica**, en el sentido de una “construcción jurídicasistemática completa y cerrada, que haga innecesaria la recurrencia a principios generales de otras ramas del Derecho” (Aftalión).

En **conclusión**: estamos ante un campo académico virgen, cuyo cultivo resulta necesario y urgente por razones tanto teóricas como prácticas, pues la carencia de una comprensión integral y coherente del fenómeno jurídico-educativo fomenta los excesos reglamentaristas, la discrecionalidad burocrática y la confusión ideológica.

(*) Miembro de la Academia Nacional de Educación.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL DERECHO DE LA EDUCACION

Araceli RESTELLI (*), Sebastián KAPLAN(*) y Luciano PÉREZ (**)

En la dimensión sociológica identificamos adjudicaciones de potencia e impotencia promovidas por conductas humanas, los repartos. El eje de éstos en este Derecho está centrado en el acto educativo, entendido como un orden de actos y hechos informativos y formativos. El Derecho de la Educación puede ordenarse por planificación gubernamental en marcha, pero depende de la continuidad que se obtenga en las generaciones venideras a través de la ejemplaridad. La dimensión normológica nos coloca ante la existencia de normas, entendidas como captaciones lógicas y neutrales de repartos proyectados. El problema de las fuentes formales del Derecho de la Educación no radica en su fidelidad, que no presenta mayores inconvenientes en describir la voluntad del autor que otras ramas del Derecho, pero sí en su exactitud, es decir el cumplimiento de la voluntad que raramente se materializa. Dikelógicamente se exige dar al educando la esfera de libertad necesaria para que se convierta en persona, condición esencial para poder cumplir con el principio supremo de justicia. El Derecho de la Educación debe apuntar en especial a la protección del educando, que es particularmente débil. Este ser futurizo no debe ser dejado como “objeto” del Derecho. Para proteger al educando hay que amparar también al educador y a la sociedad.

(*) Docentes de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(**) Ayudante alumno de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

Durante las Jornadas se leyó y comentó el fallo del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE DISTRITO DE LA DECIMA NOMINACION DE ROSARIO A CARGO DEL DOCTOR MARIO E. CHAUMET en el caso “CHIAVARINI MATILDE c/PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE SANTA FE s/ RECURSO DE AMPARO”, expte. N°1254/95, que contiene importantes consideraciones relativas al **Derecho de la Educación**.

LA INVESTIGACION CIENTIFICA

Sol L. RABASA (*)

La investigación científica original avanza como quien camina a tientas en la oscuridad. Con la trampa, no obstante, de que se la realiza a plena luz del día. Pero sucede que esa luz (que es la luz del conocimiento) le permite ver y reconocer lo que conoce y no lo que ignora. Por eso sabe lo que conoce e ignora la magnitud de su ignorancia. Eso es parecido a lo que sucede cuando se escucha hablar dos idiomas distintos, de los cuales sabemos sólo uno de ellos. Este nos dice muchas cosas y el otro es solamente ruido.

El peor error del investigador original es creer que es mucho lo que se sabe y relativamente menos lo que se ignora, cuando en realidad los conocimientos son finitos y la ignorancia es infinita.

Estos hechos, bastante simples, explican la precariedad del conocimiento científico y con más motivo cuando se privilegia el estudio de las partes en detrimento del todo, que es lo único que tiene existencia real en la naturaleza.

Estos antecedentes tornan incierta la labor del investigador porque hacen poco previsibles los resultados. El valor de éstos justifica la aventura de intentar descubrir lo desconocido. Pero esto lleva tiempo y el crédito que el investigador puede ganar eventualmente por los frutos de su labor puede demorar muchos años o no llegar nunca.

¿Qué derechos puede ganar el investigador por la labor que realiza?. Sólo los brindan los resultados, el resto son intenciones y ya sabemos que el camino del infierno está cubierto de buenas intenciones.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL DERECHO DE LA CIENCIA Y DE LA TECNOLOGIA (*)

Alfredo M. SOTO (**)

La justicia exige en el Derecho de la Ciencia y la Tecnología la protección del investigador, la propiedad intelectual y la transferencia científica y tecnológica, etc.

Desde la perspectiva **sociológica** advertimos que el investigador tiene en muchos casos escasa capacidad repartidora inmediata y, en cambio, suele ser recipiendario y gravado con mucha frecuencia. Su aptitud de negociación es muy escasa y no hay un verdadero proceso para con él sino una mera imposición. La investigación científica y en los casos más obvios de las “ciencias blandas”, sociales y culturales, de las ciencias básicas, etc., no goza de una gran razonabilidad de parte de la comunidad. La planificación gubernamental suele no contemplar significativamente la realidad y las necesidades de los investigadores científicos. El investigador se encuentra a menudo con límites sociopolíticos y socioeconómicos que le dificultan o le impiden realizar su labor.

Las **normatividades** que contemplan la situación de los investigadores son, según hemos dicho, muy dispersas y no coherentes.

En la dimensión **dikelógica** de este ámbito jurídico se relacionan la justicia, la verdad y la utilidad. Hay que revertir la escasa creencia en la legitimidad de la aristocracia del saber acerca de determinadas áreas, sobre todo en las ciencias sociales y es necesario superar el actual punto de vista tecnocrático. Hay que proteger al individuo investigador contra el régimen, contra los demás individuos y la empresa utilitaria, las distribuciones por influencias humanas difusas y la naturaleza.

(*) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho de la Ciencia y protección del investigador", en "Jurisprudencia Argentina", t. 1992-III, págs. 851 y ss.

(**) Investigador del Consejo de Investigaciones de la U N R. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la U N R.

DERECHO DE LA INFORMATICA

Josefina C. ORZÁBAL (*)

La consideración de las nuevas fronteras de la juridicidad constituye -debe constituir- un análisis sólo provisorio, una primera y mera aproximación al tratamiento de la problemática jurídica actual. Estamos frente a una realidad incommensurablemente más profunda que la que habitualmente percibimos y si solamente analizamos los cambios que estamos viviendo como algo más de lo mismo -nuevas fronteras de un mismo paisaje- seguiremos sin centrarnos en el meollo del tema. Porque de lo que se trata es, sencillamente, de advertir que hay un nuevo paisaje, un cambio de paisaje. Dicho de un modo quizá fuerte, **hay - habrá - que refundar, reformular el Derecho.** Es decir: si bien el Derecho debe extender su mirada a la ampliación de lo existente, de lo material y visible, ello no es en modo alguno suficiente y debe al menos intentar respuestas para lo inmaterial y lo intangible, que es el modo dominante de comunicación humana que se avecina como paradigma.

Hay que prepararse para un nuevo Derecho: el Derecho se ha objetivado a través del soporte en que ha podido expresarse. Al principio, la tradición oral, luego en las "tablas" y, desde hace quince siglos, en libros. Por tanto, desde hace siglos, el soporte papel ha condicionado al Derecho. Sin embargo, las nuevas tecnologías de la comunicación están postergando al papel como soporte de registro de datos jurídicos, sustituyéndolo por el soporte electrónico. El mundo se vuelve cada día más digital, el soporte se desmaterializa, de la unidad más pequeña de la materia -el átomo- se pasa a la unidad más pequeña de la informática, el bit. La trascendencia de este pasaje es impredecible: el bit no pesa, no tiene tamaño material, se transmite a la velocidad de la luz, puede ser mezclado, usado, reutilizado y puede dar información sobre otros bits. Ello permite el intercambio puramente electrónico de datos en redes informáticas que eliminan las barreras de tiempo y de espacio, todo lo cual conduce el progresivo abandono de todas las instituciones y figuras jurídicas determinadas por el papel: la forma de los actos, la expresión de la voluntad, la firma, la prueba, etc. etc.

Las tecnologías de la información, al permitir que ésta se transforme en informática, plantean nuevos problemas: económicos, sociales, culturales, jurídicos. Sin embargo, ellos no son de mayor envergadura que los que ya hubieron de enfrentar civilizaciones anteriores. Por permitir que la información vuele en libertad y pueda ponernos a todos en intercomunicación a nivel planetario, la informática es la herramienta más fina creada hasta el presente por la inteligencia humana, por lo que, sin duda, su empleo irá en crescendo. Entiendo que ante estas circunstancias es perjudicial e inútil todo intento retardatario por parte de los operadores jurídicos, por lo cual, se requiere ya poner manos a la obra y comenzar a construir un nuevo Derecho porque, como dice Alvin Toffler en "La Tercera Ola", la *historia humana, lejos de concluir, no ha hecho sino empezar.*

(*) Profesora de Derecho Civil II de la Facultad de Derecho de la U.N.R. Directora del Instituto de Derecho, Informática y Nuevas Tecnologías de la Escuela de Graduados de la misma Facultad.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL DERECHO DE LA INFORMATICA

Carlos MUFARREGE(*) y
Jorge STÄHLI (**)

Uno de los más significativos impactos que la informática produjo en la sociedad actual es el referido al tratamiento y disponibilidad de la información. Un amplio acceso a la información implica expandir las posibilidades de desarrollo de la persona. Desde este punto de vista no parece correcto que se limite el acceso a las redes de medios informáticos, pudiendo pensarse en un derecho de amplio acceso a las mismas como uno de los ejes de discusión más importantes en la materia.

Sin embargo, es igualmente relevante la necesidad de proteger al autor o al titular de los datos, evitando acciones que dañen, corrompan, modifiquen o falseen información. En este sentido se orientan las legislaciones en materia de protección de datos, que en los distintos Estados adquirieron particularidades propias del grado de desarrollo económico y tecnológico que condiciona el uso de la información masiva procesada con sistemas informáticos.

(*) Estudiante de la Facultad de Derecho de la U. N. R.
(**) Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la U.N.R

PROTECCION Y DESPROTECCION DE LA OBRA ARTISTICA EN EL DERECHO ARGENTINO

Luis Antonio RATENI (*)

Al considerar los valores propios de la obra artística tutelados por el derecho nacional, tomándola como ente ontológicamente independiente de su creador surge que la ley 11.723 es escueta al tratar la **VALORACION** de la obra tutelada, por lo cual las más de las veces debe apelarse a creaciones pretorianas. La jurisprudencia es constante al analizar los elementos a proteger, a saber:

I) INTEGRIDAD DE LA OBRA DE ARTE:

La obra es protegida en su conjunto, y hasta para su tutela que una parte de ella revista carácter creativo, o que lo tenga el conjunto, aunque sus elementos, considerados aisladamente no sean susceptibles de tutela.

II) ORIGINALIDAD:

Para que la obra pueda ser objeto de tutela debe ser identificable, tener su propio rostro. La originalidad creativa puede ser de sustancia, pero debe ser sobre todo de forma.

III) INALTERABILIDAD:

No puede realizarse ninguna modificación en una obra original sin el consentimiento de su autor dado expresamente.

IV) AUTENTICIDAD:

Deben considerarse auténticas:

- a) Las obras realizadas por la mano del artista, firmadas o no.
- b) Aquellas creadas por el artista y realizadas por sus colaboradores, siempre que hayan sido firmadas. (**)

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra III de Filosofía del Derecho de la U.N.R

(**) Durante el debate de la comunicación sintetizada se consideraron los aspectos jusfilosóficos del Derecho del Arte, atendiendo a la protección del artista y de la comunidad, incluyendo el amparo debido a la obra artística.

DERECHO A LA SALUD

Eduardo RONDELLI(*)

En 1946 la O.M.S. declaró que la salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano y una de las condiciones para lograr la paz y la seguridad internacional; así también definió a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. ¿A partir de esta declaración puede llegarse a la conclusión de que la salud es un derecho universal? Janet Rodgers afirma que "...decir que cualquier cosa es un derecho presupone la idea de que se trata de un servicio o de una condición social libremente disponible, o que se puede alcanzar u otorgar. De la salud no se puede decir tal cosa, por el contrario, puede no haber posibilidad de alcanzarla o concederla". Decir que la salud es un derecho impresionaría como intentar abolir la enfermedad por decreto.

Hay coincidencia en que **el acceso a la atención sanitaria es un derecho**; desde donde se desprendería la obligación del cuerpo social de resolver las demandas que en este campo surjan de la población. Ahora bien, se juzga que donde no hay consenso es en el momento de pensar qué es **salud**, o mejor dicho, qué es el proceso salud-enfermedad.

Se podrían analizar dos paradigmas tal vez enfrentados: uno muy ligado a la modernidad que podríamos llamar **tecnocrático**, y otro "**alternativo**", muy ligado a la idea de "vivir en salud". El primero de éstos entiende por ejemplo que la salud es poseída o no por el individuo y no por la familia o la comunidad, que la reconstrucción de la salud corresponde únicamente al "médico", dejando las puertas cerradas al abordaje comunitario de los problemas. Centra, como buen paradigma positivista, su progreso en lo científico y técnico; limita, así, la comprensión del ser humano enfermo cuyos recursos más vitales pueden ser movilizados justamente por la comunicación y la sensibilidad. En su afán de medir, reduce la salud como norma y la enfermedad como anormalidad, es decir, la enfermedad como variación cuantitativa de las funciones normales por exceso o defecto. Esto vs. salud-enfermedad expresadas como conceptos cualitativos que dependen de la realidad cultural, de la psíquis humana, de la historia individual y comunitaria, de pautas comunicacionales, etc. Es muy importante entender a la salud también como la **capacidad de los individuos para funcionar dentro de sus papeles sociales**.

(*) Médico diplomado en Salud Pública. Profesor adjunto de la Facultad de Medicina de la U. N. R.

No cabe duda que el avance tecnológico puede vulnerar de alguna manera la relación del equipo de salud con los pacientes. Corremos el peligro de terminar no sabiendo quiénes somos como cultores de la disciplina del bienestar si dejamos que ese avance se imponga entre el paciente y el médico. Un ejemplo de desvío es la presencia de una competencia sin sentido entre abogados y médicos, donde los reales perjudicados son los pacientes.

Se suelen confundir calidad con complejidad y ese es un grave error. **Defender el derecho a la salud en base a qué prácticas o qué estudios se realizaron o no a un determinado paciente es un reduccionismo.**

Hemos acostumbrado a la gente a solicitar formas de recuperación de la salud y no procedimientos para vivir en salud. Y ¿qué es esto?. Es un buen nivel de vida a partir de la satisfacción de las necesidades básicas primarias; nutrición y alimentación, vivienda, vestido, trabajo bien remunerado, autorrealización, educación, recreación, etc. y, por supuesto, la accesibilidad al menos a un sistema de atención primaria, es decir, a “la atención esencial basada en métodos y tecnologías prácticas científicamente fundadas y socialmente aceptadas, puestas al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación a un costo que las personas y el país puedan soportar ...”.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL DERECHO DE LA SALUD

Felipe Juan AMORMINO(*)y
Juan José BENTOLILA(**)

Desde la dimensión sociológica, un correcto análisis debe centrarse en el enfermo como posible recipiendario gravado del esquema de atención a la salud, por sus especiales condiciones de debilidad, acentuadas porque se lo considera improductivo e inútil.

En la dimensión normológica el derecho de la salud es reconocido como un derecho humano básico con caracteres de operatividad en nuestro sistema jurídico y con obligaciones que surgen para el aparato estatal, encargado de garantizarlo en todos los casos. Existe una pluralidad de normas muy variadas que desde distintos órdenes (Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Comercial, etc.) se refieren a la materia, aunque su dispersión puede ser uno de los motivos de que se oculten sus sentidos más profundos. Corresponde averiguar, sobre todo, en qué medida esas normas son exactas, o sea, si se cumplen.

En la dimensión dikelógica el valor salud presta una considerable contribución a la realización de la justicia y de su principio supremo, contribuyendo a posibilitar la personalización del individuo por la realización de su deber cabal. De aquí que exista una exigencia de justicia específica, de protección del enfermo, superando, no ignorando, los requerimientos de otras ramas jurídicas.

El enfermo suele necesitar la intervención de cierto modo paternalista del régimen, pero a su vez hay que respetarlo en su derecho al humanismo abstencionista. La enfermedad integra la amenaza que el trialismo considera en "lo demás", pero pone a merced de otras amenazas de los demás individuos, del régimen, del propio individuo y de "lo demás" y para resguardar contra ella es necesaria asimismo la confluencia de la intervención de los demás individuos, del régimen y del propio individuo.

(*) Ayudante de la cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la U N R

(**) Ayudante alumno de la Cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la U N R.

VICTIMIZACION EN EL ANCIANO

Elvira ELIZALDE (*)

La violencia contra las personas mayores no es nueva, previéndose que se incrementará en función del aumento del número de grandes ancianos en las próximas décadas (Congreso de Victimología, Lisboa, 1984).

Así como hubo holocaustos sociales en la historia, se podría hablar en la actualidad de un holocausto de ancianos generado por razones socioeconómicas.

La victimización de los ancianos puede tener lugar en la calle, el domicilio o el ámbito familiar o institucional.

La vulnerabilidad se debe a múltiples causas:

- a) la salud física disminuida hace más difícil la huida;
- b) la presencia de alteraciones intelectuales que pueden hacer olvidar al anciano consignas de prudencia;
- c) situaciones familiares y sociales que facilitan las agresiones.

Podríamos establecer diferentes categorías de violencia:

1) físicas y sexuales, 2) psicológicas, 3) explotación financiera, 4) médicas, 5) privación de alimentos y bebidas, 6) negligencia.

La victimización de las personas mayores ocasiona repercusiones psíquicas de importancia. Se observan trastornos del comportamiento y de la conducta.

La mayoría se refugia en el silencio y el aislamiento.

El doctor Robert Hugonot, de Grenoble y colaboradores estudiaron ciento tres casos de ancianos agredidos. Por regla general la agresión era cometida por falsos policías, gasistas, electricistas, etc. Las mujeres estaban más expuestas. Los actos de violencia fueron graves y requirieron hospitalización. Generalmente los agresores eran personas jóvenes y drogados.

La violencia en el medio familiar involucraba a familiares alcohólicos, a personas jóvenes de la familia o hermanos de las víctimas. Muchas veces las agresiones son de índole moral, que son las más difíciles de comprobar: amenazas, insultos, encierro.

En el medio institucional se da todo tipo de agresiones, pero el silencio es casi infranqueable.

Además, no siempre es fácil establecer la verdad de los hechos.

LA PROBLEMATICA DEL ANCIANO INTERNADO EN UNA INSTITUCION GERIATRICA

María Fabiana RAVEGLIA (*)

Es sabido que en los últimos tiempos han tomado estado público irregularidades suscitadas en los geriátricos, en donde los malos tratos a los ancianos están a la orden del día; así tenemos, por ejemplo, el caso de una anciana que tenía una úlcera en un pie y no le daban medicamentos. Esta es una muestra de la innumerable cantidad de hechos del mismo tenor ocurridos en esas instituciones geriátricas que constituyen repartos autoritarios directos de los que son recipientes gravados los ancianos, en los que se realiza el valor natural relativo poder. Son repartos que no se encuentran ordenados al hilo de ninguno de los dos modos constitutivos del orden de repartos, a saber, plan de gobierno en marcha y ejemplaridad. Podríamos decir que se encuentran en una total anarquía teleológica porque no se sabe con qué criterios se reparte y éstos a su vez se oponen entre sí, pero no podemos hablar de anarquía institucional porque sí sabemos quiénes son los supremos repartidores: por un lado los titulares y personal de geriátricos y por otro lado los integrantes de la repartición municipal correspondiente encargada de las inspecciones y control de esas instituciones. Esa anarquía realiza el desvalor natural relativo arbitrariedad.

Si analizamos el concepto de hogar de internación geriátrica y hacemos una interpretación literal del mismo comprobaremos que esos hogares deben cumplir con la función de alojar, contribuir al reposo, cuidado y asistencia del anciano, lo cual no se contradice en absoluto con la voluntad del legislador al momento de dictar la norma, de modo que comparando la interpretación literal y la interpretación histórica vemos que ambas coinciden, por lo que la norma es fiel. Si en cambio tomamos en cuenta la realidad social del cumplimiento veremos que la norma no es exacta, ya que no describe con acierto la realización de la voluntad del legislador al momento de su aplicación. Las normas referidas a esta materia constituyen una recopilación.

El valor utilidad imperante en la sociedad produce una arrogación del espacio que corresponde a la justicia de la cual son víctimas tanto el anciano como su núcleo familiar y se hace necesaria una protección de los mismos contra “lo demás” (enfermedad, pobreza, soledad, etc.) y respecto de los demás individuos.

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

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL DERECHO DE LA ANCIANIDAD (*)

María Isolina DABOVE (**)

El Derecho de la Ancianidad surge de una especial exigencia de justicia en atención a la identidad del anciano, como ser especialmente débil; y respecto a su lugar en el mundo.

Desde la perspectiva **sociológica**, la vejez es el resultado tanto de distribuciones como de repartos. No es un problema cronológico, ni es igual para todos. Pocas veces un anciano es repartidor. Con frecuencia se verá sometido a la autoridad de los demás. Como recipiendario está sujeto a impotencias relevantes. Pierde sus referencias culturales, su status social, su autonomía y el control de su propia vida. Su condición requiere un plan de gobierno que haga posible su inserción social porque la sociedad no lo considera un modelo adjudicatario razonable.

Existe una verdadera dispersión de fuentes en el plano **normológico**. Falta una consagración constitucional del status jurídico del anciano. Las numerosas carencias históricas y dikelógicas exigen elaboración de normas que contemplen de manera integral su condición de sujeto de derecho.

Desde la **dimensión dikelógica** urge proteger al anciano, superando la crisis del valor humanidad. En este sentido es necesario preguntarnos acerca de su situación de legitimidad actual. De su lugar como repartidor infraautónomo, en atención a su pasado aristocrático. Y de su papel como recipiendario, en particular frente al problema de la distribución de recursos escasos (económicos, sanitarios, etc.). Habrá que cuestionarse, en suma, respecto de su condición de sujeto como fin en sí. Comunitariamente igual y distinto.

(*) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho de la Ancianidad", en "Investigación y Docencia", N°20, págs. 35 y ss.; "Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad", en "Investigación ..." cit., N°25, págs. 7 y ss.

(**) Jefe de Trabajos Prácticos de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y EL DERECHO DE LA ANCIANIDAD

Graciela N. GONEM de GANDOLFO (*)

En el momento actual se constata un envejecimiento progresivo de la población mundial, y se calcula que en Argentina la esperanza de vida al nacer para el año dos mil será aproximadamente de setenta y seis años. Asimismo, se observa la necesidad de protección que requiere el anciano, contra los demás, contra lo demás y contra sí mismo. En consecuencia, siguiendo la elaboración de Ciuro Caldani, se considera que podría reconocerse al Derecho de la Ancianidad como una rama jurídica transversal, materialmente autónoma, identificada por la exigencia de justicia de protección a los ancianos.

Si se reconociera esta rama se encontraría estrechamente vinculada con el Derecho civil, y el de la Seguridad Social, siendo también importantes las relaciones con el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal y, aunque menos trascendentes, con el Derecho Comercial. Entre las nuevas ramas se relacionaría con el Derecho de la Salud, con el Bioderecho y con el Derecho a la Educación. Asimismo se trataría de una rama marcada fuertemente por la interdisciplinariedad.

En la comunicación sintetizada, luego de mencionar algunas de las normas generales del derecho nacional, no referidas específicamente a los ancianos, pero que se vinculan con la protección de los mismos en las principales ramas jurídicas tradicionales, se proponen medidas para mejorar su situación y se destaca que el Derecho de la Ancianidad revaloriza a la persona a la que se concibe con una dignidad propia por haber sido creada a imagen y semejanza de Dios.

(*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la U N R Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la U N R.

ECODERECHO

Carlos Enrique ARCOCHA (*)

El Ecoderecho o Derecho Ambiental es el conjunto de normas que regula la tutela de los bienes bióticos y abióticos, naturales o modificados por la acción antrópica. Posee una naturaleza jurídica interdisciplinaria, sistemática, de sesgo preventivo y perfil supraindividual. Tutela al bien jurídico ambiente como “bien institución” por oposición a “bien mercancía”. Sus herramientas procesales: La acción popular, la acción de clase, la acción derivada, el proceso preliminar preventivo, el control de producción en origen. Demuestra una proyección expansiva en los tratados internacionales y de integración. Ha obligado a la Economía a reconocer los “costes ambientales” (costes externos de producción) en todos los procesos productivos. Incorpora al par “repartos autónomos” - “repartos autoritarios”, los “repartos transversales” caracterizados por la retroalimentación entre el poder difuso de las Organizaciones No Gubernamentales y los centros conceptuales de poder formar. En su marco se ha de “Pensar globalmente y actuar localmente”.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL ECODERECHO

Rubén C. PAVE (*) y
Alfredo M. SOTO (**)

La justicia exige en el Ecoderecho la protección del medio ambiente, aunque cabe discutir si es como fin en sí o para beneficio del hombre.

Desde el punto de vista **sociológico** se advierte que la debilidad del medio ambiente se produce no sólo por repartos sino también por distribuciones. La naturaleza es muchas veces recipiendaria gravada. Las formas de los repartos que se relacionan con ella no tienen en cuenta a menudo ni el proceso ni la negociación. Nuestro tiempo estima que dichos repartos no son razonables, a raíz de lo cual va ganando espacio una ejemplaridad contraria a las prácticas destructoras de la naturaleza. Sin embargo, la protección ecológica tiene recepción limitada y dispersa en la planificación gubernamental en marcha y en la empresarial. Los repartos respectivos pueden encontrar límites necesarios.

Desde el punto de vista **normológico** las fuentes que se ocupan del tema son muy dispersas, desde la Constitución reformada en 1994, los tratados internacionales y otras fuentes del Derecho positivo nacional y provincial como así también la jurisprudencia. Es asimismo destacable el marco normativo ambiental Mercosur.

En la dimensión **dikelógica** están en juego los valores justicia, en relación con la humanidad y con la utilidad. Hay cierta crisis del propio valor humanidad, superado quizás por el valor “cosmos”. Sin embargo, la jerarquía del hombre en la civilización occidental exige reconocer a aquél como último recipiendario legitimado. Es cuestionable la legitimidad de ciertos repartidores aristocráticos para actuar sobre el medio ambiente. Para realizar el régimen de justicia en la perspectiva del Ecoderecho hay que proteger a la naturaleza respecto de los individuos, del régimen, de las propias fuerzas naturales y contra el azar y las influencias humanas difusas.

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

(**) Investigador del Consejo de Investigaciones de la U.N.R. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

BIODERECHO - ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Pedro F. HOOFT (*)

Tecnociencia, Bioética y Bioderecho. Las actuales tecnociencias -que se caracterizan por una relación cada vez más estrecha entre ciencia y técnica, y donde la prioridad ha pasado ahora al polo tecnológico-, son las herederas del nuevo concepto de ciencia desde Bacon y Galileo hasta nuestros días. Fue F. Bacon quien en el siglo XVII enunció lo que hoy conocemos como “**imperativo tecnológico**”, cuando en su “Nueva Atlántida” propuso “Hacer, todo lo que es posible hacer”. Pero hoy, hacia el fin del segundo milenio ¿debemos aplicar todos los conocimientos sin límite alguno? Recordamos aquí una expresión de Anatole France en el sentido que “Nada es tan incierto como la eficacia moral de los progresos científicos”. Hoy decimos: no todo lo técnicamente posible es éticamente aceptable.

A partir de la revolución biológica de los últimos decenios, nace la Bioética como **nueva ética de la ciencia** en la era tecnológica, como síntesis paradigmática entre ciencia y ética, hechos y valores, ser y deber ser parafraseando a José A. Mainetti, y donde la clave pasa por un “uso humano y crítico” de la tecnociencia (Héctor D. Mandrioni). La ambivalencia del desarrollo tecnológico genera situaciones conflictivas entre libertad de investigación y los derechos humanos, a causa de una falta de sincronización entre lo que el hombre “es” y lo que “puede hacer”. La Bioética se presenta aquí como el espacio interdisciplinario para el análisis crítico de las implicaciones éticas que presentan los desarrollos en el campo de las ciencias de la vida, tanto a nivel macro como micro social y con un sentido de responsabilidad frente a futuras generaciones (F. Abel).

La labor de las comisiones institucionales de bioética -en particular los comités bioéticos nacionales-, al igual que la labor de los centros bioéticos mundiales de referencias ha logrado una creciente proyección en el campo jurídico. Un caso elocuente es lo ocurrido en Francia, donde muchos de los aportes del Comité Consultivo Nacional para las Cuestiones Bioéticas (creado en 1983, y que durante una década presidiera Jean Bernard), vertidos en sus opiniones consultivas, han sido recogidos en las llamadas “leyes bioéticas” francesas de julio de 1994, dando paso así a un nuevo “**Bioderecho**”, como parte de un creciente proceso de “juridificación” de la Bioética. Otro

tanto ocurre actualmente con el Proyecto de Convención Europea de Bioética del Consejo de Europa. Esa “**juridificación**” por una parte parece necesaria para garantizar en este campo el respeto por los derechos humanos fundados en la dignidad del ser humano, pero al mismo tiempo crea el peligro de una excesiva “**formalización**” con riesgo de pérdida de la riqueza que implica el fructífero diálogo interdisciplinario que es consustancial a la Bioética. Existe una “Bioética práctica”, que a través de la acción de amparo, y con el asesoramiento de Comités institucionales de bioética, permite brindar una tutela judicial efectiva en situaciones bioéticas conflictivas.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL BIODERECHO

María Isolina DABOVE y
Alfredo M. SOTO (*)

La justicia exige en el Bioderecho la protección de la vida en sus manifestaciones humana y no humana.

En la **dimensión sociológica** del Bioderecho se advierte la especial debilidad de los sujetos del mismo, por repartos y distribuciones. El hombre, el azar y la naturaleza se pueden constituir en fuerzas adjudicadoras. Los seres vivos, pasados, presentes y futuros son de modo constante recipiendarios gravados y beneficiados. La vida es un objeto ampliamente repartible, en nuestros días con una magnitud antes quizás insospechada. Los problemas "vitales" (no cotidianos) generales, no dan lugar a la negociación ni al proceso y se resuelven a menudo por mera imposición y mera adhesión.

Existe respecto de la vida cierto derecho espontáneo basado en la ejemplaridad, los seres humanos creemos que la vida es razonable. La planificación gubernamental en marcha ha reconocido desde siempre su importancia. El Bioderecho se encuentra muchas veces con límites físicos, sociopolíticos, religiosos y económicos.

Las **normas** del Bioderecho abarcan tanto el ámbito del Derecho Público como el del Derecho Privado. Las fuentes formales constitucionales y los tratados internacionales suelen referirse a la vida con un gran alcance. Sin embargo, existen innumerables carencias axiológicas y por lo tanto es menester elaborar normas al respecto, con preferencia de carácter individual formalizadas en las sentencias.

Desde el punto de vista **dikelógico** en el Bioderecho se debe integrar la justicia con los otros valores absolutos para la realización del valor humanidad. El Bioderecho replantea quién es en definitiva el recipiendario último más legitimado, pues la perspectiva vital se amplía. Sin embargo, creemos que en el mundo jurídico la mayor importancia axiológica le corresponde a la vida humana. El hombre es, en definitiva, un fin en sí mismo.

PARADIGMAS JURIDICOS Y BIOETICA

Mariano G. MORELLI (*)

Diversos epistemólogos postulan la existencia de paradigmas científicos que focalizan la reflexión afectando la objetividad y alcances espacio temporales de nuestros juicios y percepciones. Cabe preguntarse así en qué medida los paradigmas ético-jurídicos tradicionales sirven para explicar las nuevas realidades bioéticas. Respuesta importante, porque si negamos por principio la aplicación en el campo de la bioética de los paradigmas vigentes, corremos el riesgo de dejar desprotegida a la persona humana, como ocurre, por ejemplo, con el eticista australiano Peter Singer.

Creo importante distinguir dos tipos de paradigmas: a) Los **paradigmas técnico jurídicos** que son aquellos principios o institutos que imperan las soluciones práctico técnicas a situaciones jurídicas concretas, que están directamente fundados en razones de utilidad, y en cuanto tales, deben acompañar la cambiante realidad fáctica (de allí el error de quienes argumentan, para oponerse al patentamiento de descubrimientos genéticos, con el paradigma técnico clásico “se patentan inventos y no descubrimientos” sin revisar sus razones de justicia); b) Los **paradigmas axiológico o dikelógico-jurídicos**, que representan las exigencias jurídicas de la dignidad humana como tal, teniendo por ello cierto valor permanente, y que inspiran más o menos remotamente los paradigmas técnicos.

Como ejemplo de la necesidad de aplicar al campo de la bioética los paradigmas jurídico axiológicos recordemos la perenne pretensión del orden jurídico de proteger al desprotegido, al indefenso, a quien está de alguna forma en una situación desfavorable. Así lo muestran los principios **in dubio pro reo** (art. 3 C.P.P.N.), **in dubio pro operario** (art. 9 L.C.T.) y **favor debitoris** (art. 218 inc. 7 Cód. Com.). Llevado al campo biojurídico, el mismo principio nos exige admitir otro: **in dubio pro nasciturus**, “en caso de duda, debe estarse a lo que sea más favorable al por nacer”. Así, existiendo dudas sobre cuándo comienza la existencia de la persona (con la fecundación, catorce días después, anidación, nacimiento, etc.), se debe estar por lo más favorable al embrión, es decir, que comienza su existencia como persona, con los derechos inherentes a ésta, desde la fecundación.

Un bioderecho conforme con las exigencias de la dignidad de la persona humana exige mantener en este campo los paradigmas jurídico axiológicos que se desprenden de ella.

(*) Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario. Integrante de la Comisión de Bioética de la Fundación Fraternitas de Rosario.

DERECHO DE LA INTEGRACION

Alicia Sonia MORENO (*)

El Derecho Comunitario es un ordenamiento jurídico propio que regula la organización, las competencias y el funcionamiento de una comunidad determinada entre países que por la misma razón de constituirse en un orden jurídico propio se distingue del Derecho Internacional y del Derecho Interno.

El Derecho Comunitario se nutre de fuentes primarias, derivadas y complementarias. Entre las primarias u originarias, los tratados internacionales se relacionan directamente con el hecho comunitario al constituirse en piedra fundacional de una unidad común interpartes en los diferentes ámbitos de la economía, la política, la sociedad y la cultura.

Tomando como ejemplo el sistema comunitario europeo, podemos destacar que el Derecho Internacional Público se constituye en punto de partida, en la norma fundamental, para la conformación de este nuevo Derecho, mediante tratados internacionales.

Es decir, que estos tratados que dan origen a una comunidad son firmados por los Estados que a partir de ese acto pasan a formar parte como miembros de un nuevo ordenamiento ya no internacional sino comunitario.

Si bien una de las características diferenciables entre el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario estaría dada por los principios de “co-operación” y el de “integración” que los sustentan respectivamente, en la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno se pueden detectar ambas actitudes, donde se intentan respetar las competencias de sus ordenamientos (1). La cooperación se manifiesta cuando se delega en los estados la función de aplicación de las normas del Derecho Comunitario como así también al alcanzar las directivas y recomendaciones su plena eficacia, mediante actividades de reenvío, de integración y de recursos.

No obstante, también existen disparidades entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno de los Estados. Si bien el Derecho Comunitario adquiere autonomía frente al Derecho Interno como resultado de la delegación de competencia que este último transfiere, esa autonomía no es total, ya que desde el momento en que se produce la transferencia el Derecho Comunitario pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional.

(*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la U.N.R. Profesora adjunta y secretaria del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) EKMEDKJIAN, Miguel Angel, “Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano”, Depalma, Bs.As., 1994.

Creemos que el tránsito hacia una integración comunitaria resulta en nuestra América una problemática sumamente compleja pero no imposible. El resultado dependerá del logro del equilibrio justo, de la vocación integradora de los Estados, de la conciencia comunitaria de sus ciudadanos. No todo podrá ser resuelto en relación al recurso de reforma constitucional, del establecimiento de las primacías correspondientes respecto de los tratados, de fijar prolíjamente las características del Derecho Comunitario o implementar instituciones capacitadas para dirimir las cuestiones -parlamento, tribunales de justicia, etc.- porque sabido es que en nuestra referencia directa, la Unión Europea, la adecuación resulta ser aún hoy un movimiento constante donde una amplia gama de situaciones como las referentes a las divisiones regionales, las tradiciones históricas, las motivaciones políticas y sobre todo económicas y las diferenciaciones nacionales desvirtúan a veces lo declarado en los tratados respectivos para alcanzar una adhesión totalizadora.

En nuestro caso, si la adhesión debe traducirse en una cesión de derechos, la integración se concretará en la forma correcta estipulada o probablemente será a través de la jurisprudencia donde se hallarán los caminos para su consecución.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL DERECHO DE LA INTEGRACION

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

En diversas oportunidades nos hemos referido a la jusfilosofía del Derecho de la Integración señalando que la integración ha de culminar en un **nuevo orden de repartos**, un **nuevo ordenamiento normativo** y un **nuevo régimen de justicia** donde se satisfagan los requerimientos de este valor en términos de mayor aproximación entre los hombres, distintos del respeto que caracteriza al Derecho Internacional. Como nuestros trabajos al respecto son suficientemente conocidos por los participantes en las Jornadas (pueden v. por ej. "Técnicas de Integración", en "Investig. y Doc.", 18, págs. 101 y ss.; "Perspectivas jusfilosóficas externas e internas del Derecho de la Integración", en id., 25, págs. 55 y ss.) hemos de referirnos a la conveniencia de preguntarse hacia dónde, en última instancia, irá el proceso de integración. Aunque averiguar el porvenir es sumamente difícil la pregunta y la atención a la posible respuesta valen para contribuir a orientar ese proceso.

Es valioso interrogarse si el proceso integrador se detendrá en un fenómeno análogo al de la "Unión Europea", volverá a etapas anteriores o a la internacionalidad clásica, devendrá en la formación de un nuevo Estado, quizás con caracteres confederativos o federativos, o irá a otro fenómeno diverso, ahora desconocido. ¿La integración planteada actualmente sobre todo en términos de "sociedad civil" generará algún tipo de nueva eticidad estatal? ¿Si el ámbito del mercado integrado es mayor que el Estado, qué estructura y resistencia tendrá el complejo de valores del que la utilidad del mercado suele formar parte en el marco estatal? ¿Cómo serán las realizaciones de la justicia, la verdad, la belleza, etc. que tienden a satisfacer los Estados cuando la utilidad tenga un fuerte alcance mucho mayor? ¿Si es difícil, por ejemplo, que un italiano del Norte pague impuestos para beneficiar a un italiano del Sur, en qué medida puede pagarlos para apoyar a un portugués o un griego? ¿Tendrá este proceso, como parte del curso histórico, algún sentido representable con una semirrecta, por ej. proyectada directamente a nuevas formas jurídicas, tal vez mejores, de circunferencia con retorno a la estatalidad o de espiral con una vuelta a una estatalidad diferente? Sólo deseamos abrir los interrogantes, pero plantearlos es de cierto modo acercarse a las respuestas.

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

EL DERECHO DE LA CULTURA

José Luis CANTINI (*)

Si partimos de una noción amplia de cultura (cultivo de los bienes y valores de la naturaleza, como medio para alcanzar la verdadera plenitud humana) el Derecho de la Cultura se confundiría con el Derecho en su totalidad. Si, en cambio, lo hacemos desde una noción restringida al ámbito de los bienes y valores más altos, en especial los intelectuales y artísticos, el Derecho de la Cultura adquiere una especificidad indudable, que abarca la regulación de importantes derechos subjetivos (como los autorales), la preservación del patrimonio cultural colectivo (como monumentos históricos, obras de artes, etc.) y la promoción cultural (becas, premios, créditos y subsidios).

No obstante, hay que tener presente que la actividad cultural en sí misma no pertenece al ámbito de la gestión estatal, sino al de la creatividad individual y social, en el cual el primer valor jurídico -cuyo amparo corresponde precisamente al Derecho- es el de la libertad. Algun intento -felizmente frustrado- de legislar en la materia en época no lejana demuestra los riesgos que implica no tener bien en claro este principio básico.

En cuanto a la posibilidad de que el Derecho de la Cultura se constituya en rama jurídica autónoma, la respuesta la podrán dar los juristas cuando hayan culminado una tarea de investigación y análisis que sólo ha comenzado.

(*) Miembro de la Academia Nacional de Educación.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL DERECHO DE LA CULTURA (*)

Alejandro Aldo MENICOCCI (**)

La expresión “cultura” es muy multívoca. En este caso la emplearemos en el sentido de “realidad tridimensional compuesta por hechos, representaciones lógicas y referencias a valores”.

Captar la realidad jurídico cultural de un país como el nuestro, signado por la escisión desde el momento mismo de su nacimiento, torna la problemática jurídico-cultural harto dificultosa. Ello ha motivado que, desde la dimensión sociológica, la cultura se imponga a menudo a través de repartos autoritarios, cuando debiera desenvolverse más a través del acuerdo. Esta incomprensión explica en cierto modo el afán de planificar, sin considerar la posibilidad de desarrollo ejemplar de órdenes jurídico-culturales.

La desintegración jurídico-cultural se pone también de manifiesto en la dimensión normológica, por la abundancia de normas infieles, inexactas e inadecuadas. Precisamente la inexactitud de las normas transforma a estas últimas en conceptos abstractos, desprovistos de material estimativo, lo que en términos económicos se denomina inflación. ¿Habrá alguna correspondencia entre la inflación económica y la inflación normativa en la realidad argentina?

Dikelógicamente, la comprensión jurídica de la cultura puede llevar a apreciar mejor las injusticias demasiado frecuentes del régimen argentino. Es imprescindible una perspectiva jurídica que se ocupe del **Derecho en su conjunto**, a fin de elaborar y poner en marcha una estrategia jurídica. Hay que evitar las injusticias producidas por el fraccionamiento de la justicia sin caer en el vacío, ya que la referencia axiológica al conjunto será siempre concreta. Se debe proteger al individuo de la cultura “de los demás” (individuos y régimen) y “lo demás” (en especial, de la “anomía” y la soledad) y hay que evitar que la tantas veces proclamación de la “protección contra sí mismo” de los regímenes autoritarios se convierta en un humanismo intervencionista desviado por las sendas del totalitarismo.

(*) La presente comunicación se basa en el libro “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura” de Miguel Angel Ciuro Caldani (Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993)

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