

APORTES TRIALISTAS A LA PEDAGOGIA JURIDICA

(Notas para la motivación. Propuesta de desarrollo de la educación universitaria personalizada) (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. El profesionalismo y el cientificismo suelen ser desviaciones de la Universidad que, radicalizando despliegues que le son legítimos, ocultan los *sentidos educativos* de la Institución. Sin desconocer la importancia de la comprensión de la Universidad como entidad profesional y científica, entendemos que el proceso educativo que en ella se desarrolla requiere *consideraciones específicas*, que no deben disolverse en los otros enfoques. La tarea educativa de la Universidad exige, a nuestro parecer, el cultivo de las disciplinas de la “enciclopedia de las ciencias de la educación” referido a las Institución y, entre esas disciplinas se halla la *Pedagogía Universitaria* ⁽¹⁾.

En sentido amplio, nos referimos a la Pedagogía como ciencia y arte de la educación. Uno de los temas importantes de esta disciplina es la consideración del *aprendizaje*

(*) Sobre la base de una disertación dictada a invitación del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

A la memoria de Lucía, madre, maestra y amiga, veinticinco años después..

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

(1) Es posible v. por ej. nuestros estudios “Tarea de la cátedra de Introducción al Derecho”, en “Juris”, t. 41, págs. 289 y ss. y “Didáctica de un programa de Introducción al Derecho trialista”, en “Juris”, t. 41, págs. 340 y ss. También, v. gr., “Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia”, en “Zeus”, t. 29, págs. D.175 y ss.; “Ubicación de la Facultad de Derecho en la Universidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 21, págs. 57 y ss. En relación con el tema y con diversas orientaciones pueden c. asimismo, v. gr., TABORDA, Saúl, “Especulación y Pedagogía”, en “Universidad”, publicación de la Universidad Nacional del Litoral, N° 6, tercera parte, págs. 217 y ss.; GOLDSCHMIDT, Werner, “Justicia y Verdad”, Bs. As., La Ley, 1978, págs. 525 y ss.; LO VALVO, José, “Ciencia y docencia”, Santa Fe, Imprenta de la Universidad, 1954; “El problema universitario del profesionalismo y la investigación”, Santa Fe, Instituto Social de la Universidad Nacional del Litoral, 1955.

Por la herencia medieval básica, apoyada en la Bolonia del siglo XII, la Universidad tiene un importante despliegue de enseñanza de la profesión y por el legado contemporáneo, centrado en la Universidad alemana del siglo XIX y comienzos del siglo XX, posee una relevante exigencia científica. A su vez, la contemporaneidad desarrolló despliegues democráticos y de extensión (cabe recordar la Reforma Universitaria).

En la enciclopedia de las ciencias de la educación pueden incluirse la Filosofía de la Educación, la Pedagogía, la Didáctica, la Historia de la Educación, la Psicología Educativa, la Sociología de la Educación, la Política Educativa, etc. También importa considerar el *Derecho de la Educación*.

y, dentro de éste, del *estudio* que procura obtenerlo ⁽²⁾. En nuestro caso, en un despliegue jurídico de la Pedagogía, procuraremos aclararla aprovechando las enseñanzas de la *teoría trialista del mundo jurídico* que nos parecen, en definitiva, una manera particularmente valiosa de desarrollar la concepción tridimensional del Derecho y de la cultura toda ⁽³⁾.

La teoría trialista considera en el Derecho repartos de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser y en particular a la vida) (dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas por el valor justicia (dimensión dikelógica).

El trialismo integra la comprensión del Derecho en la vida plena a través de la noción de adjudicación de potencia e impotencia, sea la adjudicación emergente de la conducta de seres humanos determinables (reparto) o de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar (distribución).

La comprensión del *estudio* en carácter de *adjudicación* contribuye a integrarlo en la vida y es altamente significativa para su *motivación*. Si bien la motivación ha suscitado polémicas, en parte porque suele ser utilizada en exceso, vale considerar que también suele ser marginada indebidamente ⁽⁴⁾.

2. Si fuera necesaria alguna prueba de la profunda *relación* que existe entre la educación y el Derecho y entre ambos y el resto de la cultura, podría citarse por ejemplo que, culminando un proceso abierto en gran medida en el Renacimiento y el Humanismo y con una notoria influencia en el porvenir de todas esas áreas, en el mismo año 1762 Juan Jacobo Rousseau publicó sobre bases comunes que venía desarrollando al menos desde 1749 “El contrato social”, obra de gran relevancia en el pensamiento democrático, y “Emilio”, trabajo importante de la evolución de la Pedagogía.

(2) Pueden v. por ej. NOGUEROL, Arturo, “Técnicas de aprendizaje y estudio”, Barcelona, Graó, 1994; GARCIA-HUIDOBRO, Cecilia B. y otros, “A estudiar se aprende”, 3ª. ed., México, Alfaomega, 1999; DEMATTIA, Luis Alberto, “Método de estudio”, La Plata, ed. del autor, 1998; MIRA Y LOPEZ, Emilio, “Cómo estudiar y cómo aprender”, Bs. As., Kapelusz, 1948; asimismo cabe tener en cuenta, v. gr., CRISTALLI, Marta Graciela y otras, “Metodología de estudio”, Bs. As., Marymar, 1988.

Según Mira y López “Estudiar es concentrar todos los recursos personales en la captación y asimilación de datos, relaciones y técnicas conducentes al dominio de un problema”, el resultado apetecido es aprender (MIRA Y LOPEZ, op. cit., pág. 5). La voz “estudio” tiene su origen en el latín “studium” (aplicación, celo, ardor, diligencia, estudio) (COROMINAS, Joan con la colaboración de PASCUAL, José A., “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. II, 1980, pág. 816).

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

(4) Puede v. por ej. CABRAL, César A, “Motivación. Teoría y clínica”, Bs. As., Silbalba-Boedo, 1976. En relación con el tema cabe c. v. gr. HABERMAS, Jürgen, “Conocimiento e interés”, trad. José F. Ivars - Luis Martín Santos, Madrid, Taurus, 1982.

I) Comprensión trialista del significado jurídico del estudio

a) Dimensión sociológica

3. En cuanto a la *dimensión sociológica* del estudio como adjudicación jurídica, vale reconocerlo en su carácter de *reparto* proveniente de la conducta del estudiante, que se realiza en un marco de otros repartos y de distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Es importante, en este sentido, que el estudiante sepa que su estudio se produce en mucho en un campo de condicionamientos de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar que pueden tener significados positivos o negativos y él puede aceptar o rechazar, aprovechar o desaprovechar. En general es mucho lo que puede hacerse para cambiar los condicionamientos negativos, pero también es necesario que se tenga en cuenta que no todo está a merced de la voluntad del estudiante. Para producir el cambio, para "*construir*" su conocimiento, el estudiante debe contar con *datos* acerca de cómo hacerlo que conviene obtener de otras ciencias, como la Psicología, la Sociología, etc.

4. 1. El reconocimiento cabal del acto de estudiar como reparto, que puede contribuir a hacerlo más consciente, eficaz y valioso, exige saber *quién estudia* (quién es repartidor), *para quién estudia* (quiénes son beneficiarios), *qué estudia* (objeto del reparto), cómo se recorre el *camino previo* que lleva a estudiar (forma del reparto) y cuáles son las *razones* del estudio (móviles, razones alegadas y razones sociales del reparto).

4. 2. Según ya adelantamos, para que el estudiante como repartidor sujeto activo del acto de estudiar pueda *reconocer su identidad* como tal, ha de apoyarse en lo posible en datos de otras ciencias. Las Facultades deberían tener siempre *departamentos psicopedagógicos* que asesoraran a los estudiantes respecto de sus condiciones. Sin embargo, también hay que tener en cuenta la necesidad de que cada estudiante realice su propio *reconocimiento personal*. Es relevante que advierta cuáles son las aptitudes de que dispone en lo intelectual, lo afectivo, lo volitivo, etc. Es esclarecedor responder a la pregunta ¿quién estudia? o en sentido personal ¿quién soy? Estudia toda la persona.

4. 3. El acto de estudiar como reparto tiene *beneficiarios*, marco en el cual cabe reconocer en puestos destacados al propio estudiante, sus familiares, sus profesores y compañeros y los otros integrantes de la sociedad. Siempre es significativo saber para quién se estudia. Es frecuente que el estudiante no se reconozca como beneficiario beneficiado del estudio y, de ser así, la situación es muy grave. La desorientación a este respecto suele llevar a ideas muy equivocadas, como la de creer que si no se estudia se perjudica sólo a los profesores o a los otros integrantes de la sociedad.

4. 4. Es importante saber reconocer en profundidad qué se estudia y a nuestro parecer sobre todo cuál es la relación que lo estudiado tiene con la vida; en qué medida el *objeto de estudio* es potencia e impotencia. El estudio no siempre adjudica potencia: puede ser la incorporación de un cuerpo “muerto” que daña la propia personalidad.

4. 5. El reparto del estudio puede alcanzarse por *vías previas* de mayor o menor audiencia. Es posible que las propuestas educativas se elaboren con distintos grados de participación. En caso que se prepare un reparto autónomo es factible que se lo forme por las sendas de la negociación o de la adhesión; si es un reparto autoritario puede producirse por los caminos del proceso o de la imposición. La audiencia en el camino previo, a través de la negociación o del proceso, puede ser relevante para conseguir más compromiso en el estudio.

4. 6. El reparto que constituye el acto de estudiar cuenta con *móviles* que hay que saber reconocer y construir; pueden *alegarse razones* que lo visten de manera valiosa y es factible que cuente con *razones* en el propio estudiante y el medio, en el supuesto que éstos lo consideren valioso. En caso de existir, estas razones suelen promover un más fácil cumplimiento del reparto y un posible seguimiento.

Es esclarecedor reconocer los verdaderos móviles del estudio, que pueden referirse a la búsqueda de la verdad, la obtención de capacitación profesional para ganar dinero, la satisfacción de los deseos de otras personas, etc. Aquí se encuentra el lugar específico de la *motivación* que, en definitiva, se enriquece a través de todo el reconocimiento del significado jurídico del estudio que aquí planteamos.

Más allá de la vida intelectual, los sentimientos son factores de importancia para mover la voluntad y es también relevante comprender el reparto del estudio en el marco de las necesidades y su satisfacción ⁽⁵⁾. Una cuestión de alta significación es, en consecuencia, ¿por qué estudiar?

5. Para la comprensión del estudio como reparto es relevante apreciar si se desenvuelve de manera *autónoma* o *autoritaria*. El estudio en condiciones de autonomía tiene en general mayores posibilidades de desarrollo que el desplegado en un clima de autoridad. Esto es relevante de manera particular en los tramos finales del proceso de estudio, como sucede en la Universidad. El estudio en autonomía hace más promisorio su continuidad luego de la graduación.

6. Como en todos los casos de ordenación de los repartos, los que constituyen el estudio pueden ordenarse de manera *planificada* o a través de la *ejemplaridad*. La planifi-

(5) Es posible v. por ej. HELLER, Agnes, “Teoría de los sentimientos”, trad. Francisco Cusó, México, Fontamara, 1987.

cación es importante para conseguir un orden más sólido y eficaz y, si bien la institución universitaria suele ocuparse de ello, resulta enriquecedor que el propio alumno planifique de modo creciente y proyectivo sus estudios, pensando que la etapa previa a su graduación es sólo un momento y cubre sólo ciertos aspectos de su formación. Una planificación institucional que no deje espacios a la planificación del estudiante y a la ejemplaridad puede ser proyectivamente frustrante. La ejemplaridad del estudio, apoyada en la razonabilidad que se atribuya a los repartos, está en estrecha relación con su seguimiento.

Con miras a la continuidad de su formación, el estudiante debe cuidar que su estudio se desarrolle predominantemente en condiciones de autonomía y de ejemplaridad. Quien estudia en un marco de autoridad o de una planificación que le es ajena puede resultar limitado en el esfuerzo de la formación amplia y permanente.

7. Los repartos que surgen del estudio pueden ser *limitados* por causas que surgen de la *naturaleza de las cosas*, de carácter físico, psíquico, político, económico, etc. Estos obstáculos son piezas del juego de fuerzas en que se desenvuelven el estudio y la vida en general y es importante saber que el "es-fuerzo" puede ser exitoso para hacerlos ceder. Hay que promover en la mayor medida posible los recursos para lograrlo.

b) Dimensión normológica

8. Los repartos proyectados, en este caso del estudio, pueden ser captados en juicios que constituyen normas. En esta perspectiva es importante reconocer, por ejemplo, que las normas pueden integrar los repartos pero no tienen fuerza "*mágica*" para cambiar su significado. Es relevante tener en cuenta que la finalidad del estudio es aprender y que esto no se consigue por juicios que capten actos de estudio inexistentes. Así, v. gr., no se estudia ni se aprende por estar formalmente presente en un curso regular.

c) Dimensión dikelógica

9. A nuestro parecer, la justicia de los repartos contenidos en los actos de estudio se debe referir de modo principal a la realización del valor *verdad* y ambos han de contribuir a la satisfacción del valor *humanidad* (el deber ser cabal de nuestro ser). Esto no excluye que, sobre todo tratándose de estudios con miras a tareas profesionales, se integre el complejo axiológico agregando a la verdad la *utilidad* ⁽⁶⁾. Aunque mucho es lo que puede discutirse respecto de estos valores y creemos que al fin, ante su indemostrabilidad, deben apo-

(6) Puede v. nuestro estudio "Profesiones y valores" en "Estudios ..." cit., t. I, 1982, págs. 229 y ss.

yarse sobre bases de consenso, pensamos que la referencia axiológica contribuye a la toma de conciencia acerca del significado último de los repartos.

10. La justicia es, a nuestro parecer, una categoría "*pantónoma*", referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como esa plenitud no está a nuestro alcance, es imprescindible realizar fraccionamientos cuando no se puede saber o hacer más y esos cortes son generadores de seguridad. Al apreciar la justicia del acto de estudio hay que fraccionar los alcances de la justicia, lo que significa a su vez recortar el objeto que se estudia. Incluso la verdad es, según nuestro entender, una categoría *pantónoma* necesitada de fraccionamientos, en su caso productores de certeza.

Una de las mayores responsabilidades de los estudiantes es, al fin, determinar *qué estudiar* y, a su vez, esto lleva consigo las respuestas acerca de *cuánto, cómo, cuándo y dónde* estudiar. La apertura mental hacia la búsqueda permanente de nuevos conocimientos, que puede denominarse *sabiduría* posee, a nuestro parecer, alta significación. La permanente necesidad de desfraccionar la justicia y la verdad del estudio lleva a preferir la sabiduría respecto de la mera erudición.

11. Aunque las valoraciones suelen ser facilitadas por criterios generales orientadores, a veces éstos pueden ser falsos o al menos inadecuados para los casos particulares que se presenten. En este sentido, si bien los planes y programas de estudios contienen criterios generales orientadores importantes, la gran relevancia del estudio por su proyección a la vida toda hace que sean convenientes a menudo las *valoraciones completas*, que al menos han de realizar los propios estudiantes. Cada estudiante debe preguntarse, de modo casi permanente, qué le es valioso estudiar en su propia circunstancia vital, superando los meros criterios generales orientadores.

12. La valoración de los *repartidores* de los actos de estudio puede incluir la aristocracia de los profesores, con su idoneidad científico-técnica para decidir al respecto, pero debe reconocer la alta legitimación de los propios estudiantes, consagratoria de su *autonomía*. En principio, cada estudiante, sobre todo en la Universidad, ha de decidir lo que estudiará. Aunque la cuestión suele ser discutida, creemos que en los actos de estudio y en general en el proceso de enseñanza-aprendizaje los profesores son al fin legitimados por la autonomía de los estudiantes. Esto tiene consecuencias muy significativas, por ejemplo, en cuanto al derecho de los estudiantes y los egresados a *participar* (si no lo hacen con *desviaciones personalistas o partidistas*) en la selección de sus profesores.

Creemos que la valoración de los *recipiendarios* del estudio debe incluir en un lugar destacado a los propios estudiantes. A menudo suele ignorarse esta exigencia, a veces por los extraños, pero incluso por los propios estudiantes. Es digno de tener en cuenta que si bien se estudia también para los demás, principalmente se estudia para uno mismo. Este reconocimiento es muy significativo para la motivación del estudio.

Un tema importante en esta perspectiva es la *evaluación* del estudio, con su referencia tensa a los merecimientos de la naturaleza y los méritos de la propia conducta. La evaluación del estudio ha de comprender despliegues permanentes y de autoevaluación.

En cuanto a la legitimidad del *objeto* del reparto, consideramos que vale estudiar *para la vida*, propia y de los demás. Esto significa desarrollar la *creatividad* y evitar la rutina y perseguir, a través de la información, la *formación*. Sólo la formación adquirida permite que los grados obtenidos perduren a través de las variaciones del mundo y de la ciencia que, en nuestros días de cambio de edad y quizás de era de la historia, son de particular intensidad.

Estimamos que la forma del reparto del estudio es más legítima cuando hay *audiencia* de los interesados, ocupando este lugar los componentes de la sociedad en general, las autoridades educativas y, en una posición muy destacada, los propios estudiantes. Estos deben ser al menos escuchados al decidir los planes y programas de estudios. La audiencia exige, incluso, que se investiguen y tengan en cuenta las aptitudes intelectuales, afectivas y volitivas de los estudiantes.

Hay que estudiar “con” toda la persona, utilizando los propios recursos de la manera más eficiente posible, y obviamente, “para” toda la persona. Las viejas enseñanzas didácticas de *motivar, adquirir, elaborar y aplicar* conservan relevancia.

A nuestro parecer, la razón del estudio ha de ser la *personalización* (el desarrollo pleno) de los protagonistas, de modo principal, la personalización de los estudiantes.

13. Creemos que un régimen es justo cuando toma al individuo como fin y no como medio. Entonces le adjudicamos carácter *humanista*. Consideramos que el régimen de estudio ha de ser humanista, tomando al estudiante como un fin. Es importante que no sea incluso el mismo estudiante quien se mediatice, por ejemplo, superficializando su aprendizaje para aprobar sus exámenes con menos esfuerzo pero también con menos formación.

Estimamos que un régimen justo ha de atender a la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres y esto debe suceder también en el régimen de estudio. Así, cada estudiante ha de estudiar lo que requiere la *particularidad* de su persona, debe tener *igualdad de oportunidades* y ha de sentirse parte de una *comunidad de estudio*. La *solidaridad* entre los estudiantes adquiere aquí gran significación.

Para ser justo, el régimen ha de proteger a cada individuo contra los demás individuos, como tales y como régimen, respecto de sí mismo y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). El estudio es sobre todo una manera de proteger al estudiante contra la ignorancia, pero también lo ampara en los otros frentes. Corresponde resguardar al estudiante respecto de los demás individuos (v. gr. los profesores, los compañeros, etc.) y contra sí mismo (por ej. estimulándolo para que no caiga en la indolencia).

Una de las maneras de resguardar al estudiante es su formación adecuada desde los niveles más iniciales de su proceso educativo. Este es otro de los despliegues en que tiene importancia la *educación jurídica para niños*.

14. Una vía importante para que el régimen de estudio sea justo es el desarrollo de la *educación personalizada*, despliegue éste de la tarea de la Universidad e incluso de los departamentos y las cátedras que merece una atención que ahora no ha recibido.

II) Horizonte de comprensión trialista del estudio

15. En analogía con la concepción tridimensional del Derecho y la teoría trialista del mundo jurídico, cabe reconocer también en el *estudio*, como fenómeno que al fin pertenece al tridimensional mundo de la cultura, tres dimensiones: una *fáctica*, otra *lógica* y otra *axiológica*.

El estudio puede producirse por la conducción, del propio estudiante o de otras personas, o por fuerzas más espontáneas, de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. La conducción desarrolla "*actos de estudio*", reconocibles de manera análoga a la de los repartos; esos actos son captados por *juicios de estudio* y los actos y los juicios son valorados a través de los valores del aprendizaje, que a nuestro parecer tienen su expresión más específica en la *verdad* ⁽⁷⁾.

III) Propuesta

16. Sobre los fundamentos que anteceden, creemos conveniente que las cátedras desarrollen tareas de formación personalizada y en ese sentido viene organizando su labor la cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(7) Es posible c. por ej. nuestro artículo "Meditaciones acerca de la ciencia jurídica", en "Revista de la Facultad de Derecho" de la Universidad Nacional de Rosario, Nos. 2/3, págs. 89 y ss.

BASES PARA LA ESTRATEGIA EN EL DERECHO, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I) Derecho y estrategia en general

1. Entre las graves mutilaciones que produjo en el pensamiento jurídico la escuela de la exégesis con su deductivismo silogístico se encuentra el empobrecimiento de las perspectivas estratégicas en los hombres de Derecho y quizás de modo especial entre los abogados. La escuela de la exégesis promovió la radicalización de la referencia de los abogados a la actividad tribunalicia y estatal. La comprensión dinámica del Derecho, que exige el *aprovechamiento de las oportunidades* para su realización y se nutre con la problemática de la toma de decisiones, ha resultado marginada por la creencia en un mecanicismo ajeno a la realidad ⁽¹⁾.

Una de las grandes líneas de superación de las mutilaciones exegeticas viene desenvolviéndose a través de las teorías de la argumentación y de la conjetura, pero también es mucho lo que en esa visión amplia importa la *estrategia jurídica*, que está muy interrelacionada con la argumentación y la conjetura.

Karl von Clausewitz, uno de los más grandes elaboradores de la teoría de la táctica y la estrategia en el ámbito militar, consideró a la *táctica* como la preparación y conducción de los encuentros; como la utilización de las fuerzas armadas en los encuentros. Su concepto de *estrategia* es, en cambio, la combinación de los encuentros para lograr el ob-

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

(1) Es posible v. nuestro "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976, pág. 51.

jetivo de la guerra; la utilización de los encuentros para realizar ese objetivo ⁽²⁾. La táctica y la estrategia se *nutren recíprocamente*, pero el propio Clausewitz aclaró que la “equivocación consistiría en otorgarle a las combinaciones estratégicas un poder independiente de los resultados tácticos” ⁽³⁾.

La comprensión histórico-filosófica del gran militar prusiano, discutible en diversos aspectos pero esclarecedora de relevantes despliegues de la *razón dinámica de la vida*, puede ser proyectada más allá de la guerra, a la cual él se remitió. El propio Clausewitz señaló que la guerra es una disputa de intereses que sólo se distingue de otras disputas porque se resuelve con el derramamiento de sangre ⁽⁴⁾.

Así como la teoría de la estrategia se aplica en nuestros días con alcances significativos a la Economía y a la Política en general, también vale proyectarla al *Derecho en su conjunto* ⁽⁵⁾. Referida al fenómeno jurídico, la comprensión estratégica permite tomar conciencia, de cierto modo *científica*, de mucho de lo que los abogados que ejercen la profesión aprenden y hacen en la práctica. Importa reconocer a la *estrategia jurídica* como la combinación, la utilización de los negocios y los actos jurídicos para lograr el objetivo de Derecho perseguido y a la *táctica jurídica* como la preparación, la utilización de los medios del Derecho en los negocios y los actos jurídicos ⁽⁶⁾. La estrategia tiene sentido “*macrojurídico*” y la táctica se ubica en el enfoque “*microjurídico*”. De modo análogo a la importancia que posee en la movilidad bélica el reconocimiento de las *posiciones* y de las *maniobras*, también es significativo valorizar las posiciones y las maniobras jurídicas.

2. Mucho es lo que en la estrategia y la táctica del Derecho puede aprenderse de Maquiavelo ⁽⁷⁾ y, como le agradaría decir a Lassalle, se trata, en un importante grado, de

(2) CLAUSEWITZ, K. V., “De la guerra”, trad. Francisco Moglia, Bs. As., Need, 1998, págs. 109 y ss. y 153 y ss. Asimismo en relación con el tema cabe referir, por ejemplo, MACHIAVELLI, Niccolò (Maquiavelo), “El Príncipe” y “Escritos Políticos” (rec.), trad. Juan G. de Luaces, 6ª. ed., Madrid, Aguilar, 1966; “Del arte de la guerra”, trad. Manuel Carrera Díaz, 2ª. ed., Madrid, Tecnos, 1995; SAWYER, Ralph D., “El arte de la estrategia. Técnicas No Convencionales para el Mundo de los Negocios y la Política. Sun Tzu”, trad. Ralph D. Sawyer - Mauricio Prelooker. Bs. As., Distal, 1999; LEVAGGI, Gero, “Herramientas para análisis de marketing estratégico”, 1ª. reimp., Bs. As., Universo, 1998.

(3) V. CLAUSEWITZ, op. cit., pág. 113.

(4) Id., op. cit., pág. 149.

(5) V. RIES, Al - TROUT, Jack, “Marketing de guerra”, ed. revisada, trad. Swap, S. A., Madrid, McGraw-Hill, 1998; DUVERGER, Maurice, “Introducción a la política”, trad. Jorge Esteban, 1ª reimp., Barcelona, Ariel, 1968, pág. 176; GABLENTZ, Otto Heinrich von der, “Introducción a la ciencia política”, trad. Víctor Bazterrica. Barcelona, Herder, 1974, págs. 435 y ss.; TROTSKI, León, “Lecciones de octubre”, en “El gran debate (1924-1926) León Trotski-Nicolai Bujarin-Grigori Zuroviev”, trad. Carlos Echagüe, Córdoba, Pasado y Presente, 1972; PERON, Juan Domingo, “Conducción política”, Bs. As., Freeland, 1971, pág. 124; GOYRET, José Teófilo, “Prospectiva y estrategia”, en “Estrategia”, N° 4, espec. págs. 75 y ss. y 88 y ss. Asimismo puede c. por ej. ADORNO, Theodor, “Filosofía de la nueva música”, trad. Alberto Luis Bixio, Bs. As., Sur, 1966, pág. 14.

(6) V. id., pág. 82. C. en relación con el tema por ej. D'UBALDO, Hugo Oscar, “Los Abogados y el nuevo Marketing”, Bs. As., Ediciones Profesionales, 1998; “Marketing para Abogados”, Bs. As., D&D, 1996

(7) MACHIAVELLI, obras citadas.

hacer jugar a las fuerzas sociales (factores de poder) con miras al objetivo buscado ⁽⁸⁾. Schmitt indicaría que se ha de obtener el equilibrio deseado en la relación amigo-enemigo ⁽⁹⁾. Mucho es lo que hay que aprender también de las vinculaciones entre la “infraestructura” y la “superestructura” de la sociedad.

Una regla estratégica importante es jugar con las alianzas y las discordias para mantener la fuerza o para conseguirla. Vale tener en cuenta el criterio de que donde no es posible la superioridad absoluta hay que producir una relativa en el punto decisivo, aprovechando de manera eficaz lo que se tiene. La táctica y la estrategia requieren destreza. Urge desarrollar la destreza estratégica del abogado.

3. En términos de la *teoría trialista del mundo jurídico*, a nuestro parecer el desarrollo más satisfactorio respecto del objeto jurídico, que desenvuelve la concepción tridimensional, podría expresarse que la estrategia se vincula más con el orden de repartos, con el ordenamiento normativo y con el régimen de justicia, en tanto la táctica se relaciona específicamente con el reparto y la norma aislados y con su justicia ⁽¹⁰⁾. Cada posición, de partida o de llegada, y cada maniobra pueden ser así apreciadas en sus significados *sociológicos*, *normológicos* y *axiológicos*.

Hay que saber cuáles son las adjudicaciones, la situación normativa y los despliegues de valor de los que se parte, a cuáles se pretende llegar y cómo se ha de recorrer el camino, en los conjuntos y en los componentes. Se deben construir, al fin, el reparto en cada uno de sus elementos y su inserción en el orden de repartos, la lógica pertinente en la norma y respecto del ordenamiento normativo y la justicia de esos despliegues aislados o relacionados.

Las concepciones unidimensionalistas o bidimensionalistas del Derecho empobrecen las posibilidades de desarrollo de la táctica y de la estrategia. En el primer sentido, el unidimensionalismo normológico, cuyo principal exponente es la “teoría pura” del Derecho, y el unidimensionalismo axiológico del jusnaturalismo apriorista, en el que a veces incluso incurren abierta o veladamente el tomismo y las orientaciones críticas, bloquean los caminos de la actualización que, a nuestro parecer, requiere sobre todo el modelo actual del hombre de Derecho.

No tenemos duda de que conviene integrar a la construcción del objeto jurídico una perspectiva lógica de cierto modo afín a la de la escuela de Kelsen y tampoco dudamos de que la simplificación kelseniana supera la mezcla de las dimensiones, pero creemos que por

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

(9) SCHMITT, Karl, “El concepto de lo político”, trad. “Hechos e Ideas”, en esa revista, nos. 74-75, págs. 43 y ss.

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

esa vía pretendidamente “pura” se arrincona al abogado y al Derecho en general en papeles cada día menos significativos para el resto de la sociedad. Si las tendencias siguen como suelen ir, los abogados serán cada vez más sólo formalizadores o escribientes de los economistas. Creemos que, como lo hace el trialismo, hay que ampliar las perspectivas de lo jurídico en una *complejidad pura* que integre las normas con la realidad social y los valores y además permita comprender mejor al Derecho en sus relaciones con la Economía, la Biología, la Medicina, el Arte, la Religión, etc.

La consideración de la realidad social y de los valores y la apertura a la juridicidad de los repartos autónomos y de las distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar son vías trialistas excelentes para la superación en la apertura táctico-estratégica.

4. La táctica y la estrategia son importantes en *toda la vida del Derecho*, v. gr. en los *contratos*, la *administración de las empresas*, la *represión del delito*, los *procesos*, el *gobierno*, etc. En el proceso, que es una gran combinación de tácticas y estrategias de los distintos protagonistas, ambas perspectivas se muestran especialmente condicionadas por la intervención del gobierno.

El desenvolvimiento de estos enfoques tácticos y estratégicos está estrechamente vinculado a la comprensión de los *complejos* de las *ramas jurídicas*, de las *ramas políticas* y de la *cultura* en su conjunto ⁽¹¹⁾. El abogado debe saber, por ejemplo, si le conviene avanzar por las vía civil, administrativa, penal, procesal judicial, arbitral, conciliatoria, etc. para lograr no sólo el propósito táctico sino el objetivo estratégico de su cliente. Debe comprender los significados económicos, sanitarios, científicos, artísticos, etc. de lo que le corresponde hacer. Al decir de Clausewitz, “el tipo de proceso mental y la formación siempre fluctuante de los acontecimientos reclaman de la persona que actúa la totalidad del aparato mental de sus conocimientos para que pueda tomar las decisiones precisas en todos (los) lugares y los momentos” ⁽¹²⁾.

Como hemos de desarrollar más adelante, perspectivas de especial importancia en la estrategia jurídica son en nuestro tiempo las de las relaciones del Derecho con la *Economía* y con la *Biología*. El abogado debe tener una estrategia jurídica que le permita participar lúcida y eficazmente en las estrategias de las otras áreas de la vida social, en particular en la estrategia económica que, por el contrario, sin esa capacidad puede llegar a trabar.

Uno de los campos para la mejor comprensión de las tácticas y las estrategias es el *análisis de casos*.

(11) Es posible c. nuestro estudio, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCHI, 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. Asimismo, nuestros “Derecho ...” cit. y “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

(12) CLAUSEWITZ, op. cit., pág. 144.

5. 1. Para poder desarrollar una perspectiva táctica y estratégica propia y a su vez relacionada con la táctica y la estrategia económica, el abogado debe comprender, por ejemplo, la táctica y la estrategia de los *negocios*, v. gr., en el caso de una compraventa ⁽¹³⁾. Con miras a conceptuar mejor el camino estratégico del negocio, puede ser especialmente relevante la noción de relación jurídica. Esta es una vinculación entre al menos dos sujetos de derecho que produce derechos y deberes. Para la construcción de la relación hay que tener en cuenta la existencia de *sujetos* a vincular y las *relaciones* respectivas inscribiéndolas en un *mercado* y, al menos por el tiempo ahora previsible, en alguna vinculación con un aparato *estatal*.

5. 2. La composición jurídica estratégica del *sujeto*, que en la mayoría de los casos no es una persona de existencia física, suele requerir presencia en la circunstancia del negocio, manejo de los distintos tipos de persona jurídica, obtención de medios y relación del negocio con la actividad de conjunto.

Vale saber, por ejemplo, si conviene tener un representante, una sucursal, etc. y con qué alcances; cuál es la clase de sociedad que importa formar, con posibilidades de decisión más simples o complejas (v. gr. una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad anónima, etc.); si es adecuado que la empresa se constituya en una o varias sociedades y en su caso cuál es mejor utilizar; cómo agrupar intereses de distintas personas con miras al negocio y la actividad, etc. Otro enfoque relevante es el de la *información* del sujeto que negocia. La fuerza es cada vez más producto de la información.

También es importante que se adopten decisiones acertadas respecto de las *marcas*, las *patentes de invención*, etc. El empleo inadecuado de una marca, v. gr. trasladándola de un producto de alto costo y prestigio a productos de menores características con miras a ampliar el mercado, puede tener resultados contraproducentes.

5. 3. La comprensión del negocio en su vinculación exige encontrar en la *otra parte* también sujetos adecuados. A su vez la relación, que en nuestro caso puede ser centralmente la compraventa, debe resolver otros problemas que hacen al *complejo* del negocio, pudiendo resultar necesario atender a la *comunicación* (incluyendo la publicidad), al *transporte*, al logro de *crédito*, etc.

5. 4. La atención al negocio ha de referirse además a las características del *mercado* y de sus necesidades y posibilidades más o menos complementarias o contrapuestas y tiene que considerar la *presencia estatal*. La perspectiva de mercado es un enfoque estratégico de gran significación.

(13) Es posible recordar, en relación a la compraventa, por ej. ORTEGA PASCUAL, Fernando, "Sea buen vendedor", 18ª. ed., México, 1978

5. 5. El negocio puede ser un episodio en una relación de *acuerdo y controversia* entre las partes mucho más duradera, que a veces se manifiesta en un pleito y también a veces requiere una solución tribunalicia y el hombre de Derecho debe poder apreciarla en su conjunto.

El abogado ha de entender cada pleito en su propia táctica dentro de las perspectivas del negocio y la empresa. No tiene que aferrarse a una solución de “juris-dicción” y puede optar por una reelaboración jurídica; no debe confundir la *solución de controversias* con la vía judicial, optando, cuando sea necesario, por el arbitraje, la mediación, la simple renegociación, etc. Es posible que convenga tener prevista la respuesta pertinente en términos de preparación de vías arbitrales, de mediación, etc.

La *jurisdicción* y la *ley* deben ser comprendidas como partes del negocio, concebidas en carácter de posiciones que pueden manejarse en el intercambio. Una frase muy vieja y limitada, pero de significación para lo que afirmamos, indica que “más vale un mal arreglo que un buen pleito”. Puede ser táctica y estratégicamente conveniente ceder la jurisdicción y el régimen legal a cambio de otras ventajas. Es posible que estratégicamente valga perder unos derechos para ganar otros. Lo que importa es el *negocio* y la *empresa*, no sólo la compraventa o el pleito.

En la guerra suelen reconocerse como elementos a manejar las *fuerzas morales*, la *audacia*, la *persistencia*, la *sorpresa*, la *estratagema* y las *reservas* ⁽¹⁴⁾. La realidad económica, sociológica, psicológica, etc. merece gran atención. Es relevante el conocimiento de las fuerzas y las posibilidades propias ajenas. Todo esto es también importante en la táctica y la estrategia del Derecho en general.

Lamentablemente las enseñanzas respecto de estos temas, que deben alcanzar una comprensión *integrada y dinámica*, suelen estar mutiladas incluso en diversas *asignaturas inconexas* de los estudios jurídicos.

6. 1. Los grandes modelos de estrategia pueden procurar el logro de los objetivos a través de la *excelencia propia*, del expansivo *relacionamiento con los demás* o del *enfrentamiento con los opositores*, que es especialmente análogo a la guerra. En la teoría económica suele hablarse de modo respectivo de la estrategia del producto, del consumidor y de la competencia ⁽¹⁵⁾.

6. 2. Si se desarrolla una estrategia de excelencia, como la que durante años persiguió Henry Ford (célebre además por la organización de su sistema de producción) pueden cobrar particular relieve las normas de control de calidad. Vale recordar la célebre frase: “Usted puede comprar un Ford del color que desee, siempre y cuando sea negro”.

(14) *Id.*, págs. 167 y ss.

(15) Acerca del diverso marketing del producto, del consumidor y de la competencia, v. por ej. RIES-TROUT, págs. XIV y ss.

6. 3. Cuando se trabaja con una estrategia de *relacionamiento con los demás* (v. gr. consumidores), hay que atender en especial a la vinculación respectiva a través de las normas que provean la propaganda, el servicio de mantenimiento, el reclamo, etc.

6. 4. A menudo el cerramiento de las posibilidades expansivas del mercado lleva a la estrategia de *enfrentamiento*, que se orienta a *competir*, con más afinidades con la guerra. Se ha llegado a decir que “En la actualidad, la naturaleza real del marketing es el conflicto entre las corporaciones, y no la satisfacción de las necesidades y deseos humanos”⁽¹⁶⁾. El “capital-ismo” se muestra en su radicalidad. En este ámbito cobran particular importancia las normas que rigen la competencia.

Cuando de competir se trata, vale recordar que en general la tendencia es el triunfo del más poderoso y que, como lo señaló Marx, existe una tendencia a la *concentración del capital*. Es posible que David vuelva a vencer a Goliat, pero no hay que olvidar que suele afirmarse que Goliat estaba gravemente enfermo.

La estrategia de competencia puede tener sentidos de *defensiva* y de *ofensiva*, sea ésta *frontal*, de *flanqueo* o de *guerrilla*.

7. La *estrategia defensiva* puede producirse cuando el interesado está instalado en la posición que desea; se trata de ganar sin pérdida. La defensa puede consistir en la *consolidación* de la propia posición (formalización de los derechos, aseguramiento de pruebas, acciones meramente declarativas, etc.). Además, una buena estrategia defensiva es el *autoataque* a través de la renovación constante de la propia posición (v. gr. con nuevos productos, nuevas marcas, etc.). Al fin, sólo la actitud dinámica puede estar a la altura del cambio de la historia. También hay que estar dispuesto a *bloquear* los movimientos ofensivos con la mayor eficacia posible.

Asimismo suele aconsejarse a quien actúa a la defensiva que en lo posible *reserve medios*, utilizando sólo lo necesario para mantener a la competencia bajo control.

Desde el Derecho Romano se sabe con gran claridad de la felicidad de los que poseen, podría decirse de los que ocupan la posición (vale recordar el proverbio “*beati sunt possidentes*”). Las ventajas de quien ocupa la posición, a veces aunque sea sólo de hecho, son evidentes. Suele ser verdad que quien está en la posición deseada tiene a menudo dos oportunidades para la defensa, rechazando el ataque o al fin recuperando lo que perdió, pero esta última vía es riesgosa.

Al decir de Clausewitz, el objetivo de la defensa es *resguardar* y como esto es más fácil que vencer, si los instrumentos de los dos bandos son similares, la defensa es más sencilla que el ataque⁽¹⁷⁾. Sin embargo, aunque se comience en la defensiva al fin suele ser necesario terminar atacando.

(16) *Id.*, op. cit., pág. XVII.

(17) CLAUSEWITZ, op. cit., pág. 220.

En el campo de los ejemplos, las medidas preparatorias y el embargo son vías de que se vale el proceso para limitar las posibilidades de defensa. El arraigo, en cambio, favorece la actitud defensiva. La caída del derecho por la prescripción puede ser una muestra notoria del fracaso en la estrategia de defensa.

8. La *estrategia ofensiva*, que debe realizar quien esté fuera de la posición deseada, puede ser *frontal*. El ataque frontal requiere fuerzas suficientes para el conflicto en plenitud. Los principios ofensivos frontales suelen ser hallar una *debilidad en el punto fuerte* del defensor para atacarlo y lanzar el ataque en un *frente tan estrecho como sea posible*. Lo más importante no es encontrar una debilidad marginal, sino apreciar la debilidad inherente a la fuerza del adversario, por ejemplo, atacar al acreedor en la fuerza que tuvo o tiene sobre el deudor. El empleo de un frente estrecho puede significar discutir una parte del derecho del oponente donde el propio derecho puede llegar a ser más fuerte. Si se trata de una empresa proveedora grande, el punto débil puede ser v. gr. la lentitud en el aprovisionamiento. El beneficio de pobreza es una vía procesal para favorecer tácticamente a la ofensiva.

9. La estrategia ofensiva de *flanqueo* es adecuada para los competidores más pequeños, más débiles, que no pueden desarrollar un ataque frontal pero pueden encontrar un espacio donde cumplir la regla de convertirse en los más poderosos relativamente, quizás porque ese espacio no le interese a los más fuertes. En el flanqueo la sorpresa tiene gran importancia. Hay que contar con los medios necesarios para detectar el sector de ataque y mantenerse en lo que se conquiste. Ganar cuestiones marginales -v. gr. de inembargabilidad de un bien- en el proceso puede ser una estrategia de flanqueo.

10. La estrategia ofensiva de *guerrilla* es apropiada para quienes son tan débiles que no pueden afrontar otra. Las reglas que suelen recomendarse al respecto son localizar un área lo bastante pequeña como para *poder defenderla*, no actuar como pueden hacerlo *por su fuerza* los poderosos y estar preparado para *retirarse* en el momento que sea necesario.

Para ejemplificar las características de la guerra de guerrillas suele decirse que si los Estados Unidos de América hubiesen podido convencer a Vietnam para que enviara a sus soldados a instruirse en los centros militares del país americano, el resultado de la guerra entre ambos hubiese sido inverso. El soldado norteamericano puede tener comportamientos “pesados” y burocráticos que la guerrilla no se puede permitir.

Sería catastrófico, v. gr., constituir una empresa que ha de librar guerrilla con el peso de una sociedad anónima. En el proceso la guerrilla suele adquirir la forma de “chicanas”.

11. Las posiciones relativas de la vida jurídica suelen ser muy *cambiantes*, de modo que hay que estar atentos para responder adecuadamente. Por ejemplo: se debe estar en guardia para variar a tiempo la estructura de una sociedad cuyo papel estratégico en el mercado debe cambiar; para modificar la estrategia si la propia posición se ha debilitado

con una sentencia de primera instancia adversa, etc.

La incapacidad para *adaptarse* a los cambios de magnitud y posición de las empresas suele ser una de las causas importantes que aceleran su quiebra.

12. La táctica y la estrategia del Derecho son cuestiones de relevancia para los *particulares* pero también obviamente para los *gobiernos*. Si hoy la insuficiencia de la discusión respecto de los despliegues particulares es importante, también lo es la pobreza de la consideración en cuanto al accionar de los gobiernos.

La carencia suele ser tan grande que en el debate argentino actual sobre el proyecto de Código Civil es poco lo que se analiza desde los puntos de vista de la estrategia jurídica y de su relación con la estrategia económica y cultural en general. Si se tiene en cuenta la conciencia estratégica que evidenciaron juristas como Alberdi y Vélez Sársfield se advierte mejor el carácter negativo de la situación.

El modelo de hombre de Derecho de los últimos tiempos, reducido por la aparición de nuevas profesiones "sociales", entre las que ocupa un lugar destacado la de los economistas, requiere una profunda modificación. No es admisible que, con una limitación no exclusiva de la abogacía, pero que en ésta es particularmente intensa, se mantengan modelos aislacionistas que apartan de datos sobre el mundo provistos por las nuevas ciencias sociales y humanas.

II) La estrategia y el Derecho en el nuevo tiempo y el nuevo espacio, con especial referencia al Derecho Internacional Privado

13. Los días actuales corresponden a un *gran cambio histórico* de la cultura de Occidente, que más que nunca se proyecta al mundo, y requieren *destrezas estratégicas especiales* en el campo jurídico.

Según el modelo expandido desde Occidente y en particular desde la cultura anglosajona a través del capitalismo, se vive un proceso de *globalización/marginación* que abarca cada vez más todo el Planeta ⁽¹⁸⁾.

Cuando se habla de edades de la historia se hace referencia, en realidad, a estilos especiales en la historia de Occidente, pero ahora se vive una mutación no sólo más extensa porque tiene más dimensiones planetarias sino porque las modificaciones son más profundas. En nuestra época, que claramente dejó de ser de la ciencia para ser de la *técnica*, los cambios poseen una hondura sorprendente. No sólo hay enormes modificaciones en las

(18) Pueden v. por ej. nuestros estudios "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en "Investigación y Docencia", Nº 27, págs. 9 y ss.; "Una perspectiva bioética: vida y globalización", en "Bioética y Bioderecho", Nº 1, págs. 43 y ss.; "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., Nº 25, págs. 25 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. ORSI, Vittorio, "Las Claves de Davos 97", Bs. As., ABRA. 1997; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, "La aldea global", Txalaparta, Tafalla, 1997.

comunicaciones, que culminan en la red informática mundial. Se van desarrollando posibilidades *biotecnológicas* que permiten predecir la construcción de hombres con características fijadas voluntariamente y quizás la producción de nuevas especies, todo con excelentes oportunidades de expansión del tiempo y la calidad de vida humana pero con el riesgo de que responda a las exigencias de la Economía.

14. 1. Nuestros días son de *crisis del Estado moderno-nacional* y de la *internacionalidad*.

14. 2. A fines de la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna la necesidad de mercados más amplios, que excedieran las ciudades, condujo a la burguesía a impulsar, aliada a los reyes, la formación de los *Estados*. Entonces la lucha fue contra los señores feudales inferiores en el interior y el Emperador y el Papa en el exterior. El proceso tuvo entre sus principales ideólogos a Maquiavelo, con la liberación del poder respecto de la moral tradicional y la denominación “Estado”, a Bodin con la noción de soberanía y a Hobbes con el monopolio del poder en manos del gobierno. De una u otra manera, los tres contribuyeron a posibilitar que la economía superara las trabas de la cultura heredada. Cabe destacar, sobre todo, la importancia del planteo de Hobbes con miras a contribuir a la eliminación de las trabas de los poderes feudales internos.

Una vez constituido el Estado, la misma burguesía comenzó, de manera directa o indirecta, el acoso al poder real a través del liberalismo político encabezado por Locke y continuado por el barón de Montesquieu, de la democracia de Rousseau, del liberalismo económico de Smith e incluso del liberalismo filosófico de Voltaire, Diderot e incluso Kant. Ya en la Edad Contemporánea, el Estado moderno adquirió la carga de eticidad que lo hizo nacional, con la comprensión teórica de Fichte y Hegel.

14. 3. Casi paralelamente al proceso de división del Imperio medieval, las bases culturales comunes condujeron a la formación de la *comunidad juspublicista internacional*, constituida por Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones artísticas, científicas, económicas e incluso religiosas entre ellos suficientemente complejas como para requerir una compleja regulación jurídica.

La expansividad cultural del capitalismo y el Renacimiento intensificaron la colonización e iniciaron la “planetarización”. Si los nombres de Colón, Vasco da Gama, Magallanes y Elcano van unidos a la colonización-planetarización fáctica, los de Vitoria y Grocio significan la teorización de la colonización y la internacionalidad.

En ese tiempo, para afirmar su propia conformación, los Estados sostuvieron la territorialidad del Derecho, rompiendo la extraterritorialidad *jusprivatista* interregional de fines de la Edad Media. La extraterritorialidad *jusprivatista* internacional recién comenzó a ser sostenida y desarrollada a partir de fines de la Edad Media, alcanzando su manifestación clásica en la obra de Savigny.

14. 4. Sobre todo a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, la propia fuerza expansiva del capitalismo y de la burguesía ha dado lugar, como ya señalamos, a la formación de una tecnología y un mercado *globales*, que promueven, sin embargo, una gran marginalidad, especialmente tensa, de quienes no participan de modo total o parcial en la producción, la distribución o el consumo. Pobres hubo siempre, pero la marginalidad actual es una expresión tensa, porque resulta contradictoria con los propios ideales y las posibilidades del capitalismo.

Quizás pueda afirmarse que la marginalidad total e incluso la marginalidad parcial de quienes sólo son incorporados en algunas de sus potencialidades útiles al sistema, es una de las "*contradicciones*" del mismo, manifestada por ejemplo en la tensión entre democracia y derechos humanos por una parte y mercado y economía en general por la otra, aunque tal vez suceda que una readaptación conceptual lleve al casi todopoderoso marco económico a excluir lisa y llanamente a los "inútiles".

La globalización tiene *áreas débiles* en regiones donde el estrato incorporado al sistema es muy delgado frente a la mayoritaria marginalidad, áreas de dificultades especiales, como la del tenso proceso de "occidentalización" de Rusia (con su cultura y su carácter tan diversos de los que originaron al capitalismo) y áreas de rechazo, como la del Islam o el Africa Negra. Entre las zonas de relativa dificultad de la globalización, con altos índices de marginalidad está, al menos en parte, la católica Iberoamérica ⁽¹⁹⁾. En los marcos de dificultad el capitalismo utiliza como instrumentos de penetración la sociedad de consumo y los derechos humanos; es interesante saber qué hará con éstos si llega a dejar de necesitarlos.

14. 5. En la nueva realidad los Estados modernos-nacionales suelen resultar demasiado *pequeños* espacial y materialmente. Su mercado es estrecho y su eficacia limitada. Esto contribuye a promover los procesos de *privatización* que, con diversos alcances, vienen produciéndose en distintos ámbitos espaciales.

En este nuevo marco histórico se suscitan interrogantes importes como el de saber si nos encontramos *en el fin del fenómeno de estatalidad*, porque se cumpliría el sueño tan bien ejemplificado por Saint-Simon de que la Economía suma el control total de la vida, o si se está *formando una nueva estatalidad* de alcance mundial, cuyo gobierno estaría en la Organización del Tratado del Atlántico Norte y particularmente en los Estados Unidos de América, estatalidad que se encontraría en etapa hobbesiana de monopolización del poder y que, tal vez, algún día podría proseguir con su liberalización, su democratización y una eticidad de tipo "nacional" terráqueo ⁽²⁰⁾. Por lo menos hasta el presente, parece que cuan-

(19) V. nuestro estudio "Bases ..." cit.

(20) SAINT-SIMON, "Catecismo político de los industriales", trad. Luis David de los arcos, 2ª. ed., en B.I.F., Buenos aires, Aguilar, 1964. En cuanto a la comprensión universal del Derecho cabe recordar nuestros "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

do los norteamericanos votan por su presidente eligen, a la vez, de cierto modo, al presidente del Planeta. Preferiríamos que hubiese una nueva estatalidad, para que protegiera a los débiles.

15. En búsqueda de una síntesis podría decirse que la *tecnología actual* supera el espacio y promueve los “*no lugares*”, pero al propio tiempo conduce a fenómenos de “*no materia*”, sea por las realidades virtuales o por el dominio efectivo de la materia que se viene alcanzando a través del control atómico y, sobre todo, del dominio genético. El viejo sueño que el hombre Occidental refirió a su divinidad, creadora, omnisciente, omnipotente y omnipresente parece hacerse creciente realidad humana.

En fenómenos diversos, de más afinidad u oposición respecto de la globalización/marginación de nuestros días, se producen procesos de *integración*, entre los que ocupan lugares importantes, a veces concordantes y otras conflictivos, la Unión Europea, el Mercosur, el ALCA, etc.

16. 1. El cambio de escenario que respecto del Derecho Interno significa la *internacionalidad* y a su vez la variación de ésta por la *globalización/marginalidad* y la *integración* y las *modificaciones técnicas*, confluyendo todo en el paso a una *nueva edad* o era de la historia, significan desafíos especiales para la táctica y la estrategia jurídicas. Las posiciones jurídicas, la necesidad de maniobras al respecto y las destrezas requeridas son muy diferentes al producirse cambios de tal magnitud.

16. 2. El abogado del área jusprivatista internacional de hoy tiene que desarrollar su táctica y su estrategia como protagonista consciente de una realidad en la que, por ejemplo, el papel del Estado es menor y en el que el ámbito de la materia ha excedido notoriamente al del conflicto de leyes ⁽²¹⁾. Una posición dominante que está en condiciones de desenvolverse a la defensiva en la Argentina puede devenir en una posición marginal necesitada de hacer guerrilla en el Mercosur.

En la realidad actual a menudo hay que adaptar las decisiones tácticas y estratégicas no sólo por las interferencias de las fronteras estatales y por la generación de espacios más amplios, sino por las distintas opciones que hay que producir entre los modelos y los espacios de integración. Es necesario que se desenvuelvan tácticas y estrategias lúcidas de parte de los particulares y los gobiernos respecto del desarrollo de la Economía y el Derecho en el *Mercosur*, el espacio de las *CIDI*P, el *ALCA*, la *Conferencia de La Haya*, la *Organización Mundial del Comercio*, etc. ⁽²²⁾.

(21) Puede c. nuestro estudio “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1994-I, págs. 878 y ss.

(22) Es posible v. nuestro artículo “Estrategia jusprivatista internacional en el Mercosur”, en “Investigación ...” cit., N° 27, págs. 62 y ss.

No nos parece conveniente resolver, por ejemplo, sobre la marcha del Mercosur -v. gr. acerca de la solución de controversias en ese ámbito- sin tener en cuenta el papel de mayor o menor protagonismo que corresponderá a los protagonistas argentinos, v. gr., sin atender a que ante la gran asimetría con Brasil muchas empresas argentinas pasarán de tener papel dominante en nuestro mercado a actuar en la guerrilla en el mercado integrado. Tampoco creemos conveniente resolver entre la preferencia por el Mercosur o el ALCA sin considerar táctica y estratégicamente el rol que corresponde en uno u otro caso a los protagonistas argentinos.

16. 3. Desde otro punto de vista, también es importante que se desarrollen la táctica y la estrategia jurídica para corresponder a las nuevas realidades de la *técnica* y en especial a la significativa y en general benéficamente promisorio pero muy riesgosa *biotecnología*.

III) Conclusión

17. A nuestro parecer, el abogado actual sólo puede ocupar el lugar que le reclaman las circunstancias desarrollando con intensidad su *conciencia estratégica*. Consideramos insatisfactorio continuar enseñando y pensando el Derecho en los *umbrales del siglo XXI*, en días de nuevas técnicas de tanta significación y de cambios fundamentales en la vida internacional, con moldes que se impusieron con alcances mutiladores en el siglo XIX.

INTERROGANTES Y COMENTARIOS DE FILOSOFIA Y TEORIA GENERAL DEL DERECHO RESPECTO DEL PROYECTO DE CODIGO CIVIL ARGENTINO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. El Proyecto de Código Civil argentino actualmente en debate suscita, a nuestro parecer, diversos interrogantes de Filosofía y Teoría General del Derecho que merecen ser considerados para introducir, en su caso, algunas reformas que podrían contribuir a perfeccionarlo. No tratamos de evaluar el proyecto como conjunto, ni de desconocerle méritos en nuestras perspectivas específicas y en las de Derecho Civil que, por el contrario, nos complacemos en reconocer. Tampoco creemos legítimo introducirnos en polémicas que pueden tener también sentidos meramente personales. Sólo presentamos *interrogantes* y hacemos *comentarios* con el propósito principal de contribuir al debate científico y al posible mejoramiento de la propuesta.

I) Conveniencia y oportunidad de legislar

2. El primer gran problema que surge es el de la *conveniencia* y de la *oportunidad* de legislar y, en su caso, de las fuentes que han de tener los contenidos de la legislación, cuestiones éstas en las que se inscriben, por ejemplo, las polémicas entre Thibaut y Savigny y Vélez Sársfield, López y Alberdi ⁽¹⁾.

Estas perspectivas son ampliamente conocidas, desde los más elementales planteos del estudio jurídico de grado, de modo que nos limitaremos a recordar que una posición de carácter más racionalista tiende a confiar más en la legislación, en tanto otra más historicista

(*) Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio (redactado por la Comisión designada por decreto 685/95; puede v. por ej. Bs. As. Abeledo-Perrot, 1999).

Notas de la participación del autor en el panel y debate organizado por la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (27 de julio de 1999).

(**) Profesor de Filosofía del Derecho Privado y Teoría General del Derecho Privado en la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Puede v. por ej. nuestro trabajo "Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones", en "Dos estudios tridimensionalistas", Rosario, 1967, págs. 7 y ss.

espera más que se desenvuelvan los usos y las costumbres, quizás remitiéndose a éstos como expresión del “espíritu del pueblo”. Incluso una vez que se decide legislar, vale saber si se ha de hacer atendiendo más a los resultados de la experiencia o a los de la razón. Para ubicar mejor el problema de la *codificación*, cabe reconocer que la pretensión de sistematicidad que la caracteriza potencia los rasgos generales de la legislación.

3. Un interrogante muy importante, que en nuestro caso está relativamente pendiente de discusión, es el referido al *significado económico* del proyecto. A nuestro parecer es considerable la disminución de la atención brindada a la economía desde obras como la de la Constitución Argentina, con referencia a la cual cabe citar no sólo las “Bases” de Alberdi sino su “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853” y en el pensamiento del propio Vélez Sársfield y de Sarmiento respecto del Código Civil, en relación con la limitada atención económica que viene haciéndose de la propuesta codificatoria actual. Parecería que en el debate el Código Civil fuera tenido casi sólo como cuestión de técnicos en Derecho, posición tanto más errónea cuando sabemos que nada se hará sin el visto bueno de los conductores de la vida económica ⁽²⁾.

Es significativo tener en cuenta, además, si la codificación es compatible, y en su caso en qué medida, con la lógica de fracturas de superficie y abrumadora uniformidad economicista profunda de la época actual de la *postmodernidad*, en la que parecen cambiar no sólo la edad sino la era de la historia ⁽³⁾. También hay que atender al efecto que la misma puede tener en nuestra participación en los marcos de la *internacionalidad*, la *integración* y la *globalización*.

No debería legislarse sin aprovechar de modo explícito las sabias enseñanzas básicas de Gény sobre lo *dado* y lo *construido* en el Derecho; sin satisfacer la necesidad de tener una *estrategia jurídica*, al menos como complemento necesario de la táctica o sin valo-

(2) LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957. En relación con el tema cabe recordar, por ejemplo, LO VALVO, José, “Principios económicos del Código Civil”, Santa Fe, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1945.

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

rar las relaciones del fenómeno jurídico del Código Civil con el resto de los conjuntos del mundo de la *política* y del mundo de la *cultura* ⁽⁴⁾.

5. Sólo agregaremos que, como criterio general, preferimos dejar que la experiencia jurídica evolucione sin mayores construcciones racionales, recurriendo a éstas cuando resulte notoriamente imprescindible. Creemos que los resultados de la vida del common law, con su apego al desenvolvimiento jurisprudencial, es una muestra de la “sabiduría” de la historia, o mejor, de que las construcciones racionales suelen ser insuficientes para dar cuenta de la inmensa riqueza de la vida. Nos resultan profundamente esclarecedoras las palabras de Goethe cuando le hace decir a Mefistófeles: “La teoría, ..., es siempre gris, y verde, el árbol áureo de la vida” ⁽⁵⁾.

Es necesario resolver las cuestiones de si se ha de legislar o no y, en el primer supuesto, si esto debe ocurrir de inmediato, por ejemplo, en nuestros días en que los legisladores están tan intensamente ocupados en cuestiones electorales y de cambio de gobierno, o vale esperar para obtener un tratamiento más detenido en circunstancias más propicias.

II) Importancia del Código Civil, en sí y en comparación con la Constitución Nacional

6. Los autores del Proyecto han recogido expresiones de la presentación de la reforma de la ley 17.711, cuando el doctor Guillermo A. Borda manifestó que “estaba “tentado a decir que el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional”, porque ella “está más alejada de la vida cotidiana del hombre” que el Código Civil, el cual, en cambio “lo rodea constantemente, es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad”” ⁽⁶⁾. Esas expresiones van seguidas de la referencia al pensamiento de Bonaparte, que se señala ampliamente confirmado por los hechos: “mi gloria no es haber ganado cuarenta batallas ... Lo que nada destruirá, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil” ⁽⁷⁾.

(4) V. por ej. GENY, François, “Science et Technique en droit privé positif”, París, Sirey; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Hacia la comprensión plena de la elaboración de las normas”, en “Investigación ...” cit., Nº 18, págs. 23 y ss.; 1994, “Investigación...” cit., Nº 22, págs. 9 y ss., “Aportes filosóficos para la elaboración de normas del Mercosur”, en “Investigación ...”, cit., Nº 22, págs. 9 y ss.; “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; RIES, Al – TROUT, Jack, “Marketing de guerra”, ed. revisada, trad. Swap S. A., Madrid, McGraw-Hill, 1998, págs. 119 y ss. Asimismo, para una comprensión sociológica, política y filosófica del Código Civil cabe recordar por ej. CARBONNIER, Jean, “Flexible Droit”, París, L.G. D. J., 1979; RIPERT, Georges, “El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno”, trad. Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, Cajica; SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946/50.

(5) GOETHE, Johann Wolfgang, “Fausto”, trad. José María Valverde, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1995, pág. 58.

(6) Nota de Elevación del Proyecto (ed.cit., págs. 7/8).

(7) Íd., pág. 8.

Creemos que las frases referidas a la relación del Código Civil con la Constitución, que han suscitado tantas polémicas, no dejan de tener cierta fundamentación. Cabe decir, por ejemplo, que en parte el Código Civil es expresión más directa de las relaciones e incluso de las fuerzas de producción. Sin embargo, se plantea así una de las grandes líneas conflictivas que suscita en general el capitalismo y que se muestran con particular intensidad en nuestros días: la de la relación entre *mercado y economía* por una parte y *democracia* por la otra. El Código Civil es manifestación más directa del mercado y la economía en general, la Constitución expresa más la democracia.

III) Conveniencia de la unificación civil y comercial

7. Aunque no desconocemos la importancia de la forma, creemos que más que discutir si han de existir un Código Civil y un Código de Comercio, como hasta ahora, o sólo un Código Civil, según se propone, lo más significativo es saber si habrá varios o un solo *estilo de vida*. Es posible incluir en el Código Civil la posibilidad de diferentes estilos de existencia, por ejemplo, más o menos capitalistas, y creemos que la nueva legislación propuesta se hace eco, en general con acierto, de esta diversidad.

IV) Libertad con justicia

8. La fundamentación del proyecto expresa que la directiva fundante de las soluciones propuestas ha sido la de *libertad con justicia* ⁽⁸⁾. Esta es la idea fuerza de toda la propuesta. Se desea así, desarrollando las concepciones de la reforma constitucional de 1994, complementar la fórmula de libertad que Alberdi señaló en la Constitución originaria ⁽⁹⁾.

Las ideas de libertad y justicia pueden presentar diversas posibilidades de vinculación. En un sentido que pretende hallar más compatibilidad, puede pensarse en libertad *para* la justicia (como la entendería un liberal, afirmando que a través de una se realiza la otra), o en justicia para la libertad (según la comprendería más un socialista). También es posible entender que las dos ideas tienen cierta *tensión*, de modo que una limita a la otra, como parece creerlo la Comisión redactora, quizás con cierta influencia socialdemócrata.

9. Estas diversas posiciones traen consigo la posibilidad de preguntarse si la libertad no es también una exigencia de justicia. En proximidad al pensamiento de Werner Goldschmidt, fundador de la teoría trialista del mundo jurídico, creemos que las ideas de la Comisión pueden entenderse como una tensión, dentro de la problemática de la *justicia* y de su realización humanista, entre la *unicidad* (lo que los redactores del proyecto llaman libertad) y la *igualdad* y la *comunidad* (que serían lo designado con la expresión "justicia") ⁽¹⁰⁾.

(8) Íd., pág. 14.

(9) Íd.

(10) Puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 443/4. También es posible c. nuestro "Derecho y política" cit., esp. págs. 108/9.

V) Efecto indirecto sobre el Derecho Internacional Privado

10. La Comisión redactora del nuevo texto indica que “un proyecto separado de Ley de Derecho Internacional Privado deberá ser tratado simultáneamente con aquél” ⁽¹¹⁾. En una primera aproximación resulta plausible que, admitiendo una vieja aspiración de la inmensa mayoría de los especialistas, se piense en una Ley de Derecho Internacional Privado, como fuente especial distinta del Código Civil (quizás debería pensarse en un Código de Derecho Internacional Privado). Numerosas y de valor son las realizaciones legislativas de nuestro tiempo que vienen satisfaciendo las aspiraciones de autonomía legislativa del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, la aspiración de dictar el Código Civil de inmediato trae casi aparejada la exclusión de la posibilidad de un debate entre los especialistas en la materia. Cuando se abandona el criterio de la obra unipersonal para el Código Civil se consagra, sin fundamento, la necesidad por urgencia de una obra de ese tipo en el Derecho Internacional Privado.

El carácter unipersonal de la obra de Vélez Sársfield se justifica de cierta manera por la gran distancia técnica que existía entre el Codificador y la comunidad de la época. Eso no ocurre actualmente ni en nuestro Derecho Civil (Derecho Privado Interno) ni en nuestro Derecho Internacional Privado.

Es notorio que la derogación del Código de Vélez Sársfield por el dictado del nuevo Código significaría la producción de una laguna en el área jusprivatista internacional, pero en caso de buscarse celeridad en la realización de la nueva Codificación se podría evitar un apresuramiento en la materia internacional preservando por cierto período las normas respectivas.

VI) Condición de los indígenas

11. El artículo 6 del proyecto de ley de sanción del Código Civil dice que las disposiciones del mismo no obstan al régimen especial garantizado por la Constitución Nacional para los pueblos indígenas argentinos (v. art. 75, inc. 17, CN). Soluciones de este tipo nos parecen plausibles, cuando se limitan los alcances de las normas admitiendo la diversidad de las personas en general pero, sobre todo, cuando se trata de sujetos tan amenazados como son muchas veces nuestros indígenas, pero no deja de ser lamentable que ese reconocimiento respecto de las particularidades de los aborígenes sea tan tardío. Vale recordar que casi nada de la compleja y legítima técnica iusprivatista internacional que Occidente ideó en su momento para proteger las diversidades espaciales dentro de su ámbito fue aplicado a los pueblos indígenas.

(11) Nota de Elevación cit., págs. 14/5.

VII) Uso de definiciones

12. En la nota de elevación del proyecto se expresa, a nuestro criterio con razón, “No hemos vacilado en incluir las definiciones que consideramos necesarias” ⁽¹²⁾. Pese a la vieja opinión de que en Derecho Civil toda definición es peligrosa, en parte porque se entiende que puede cristalizar el desenvolvimiento de la vida, la cuestión ha sido muy debatida. Creemos que en cualquier uso del lenguaje puede ser relevante e incluso imprescindible precisar, por esa vía, los significados de lo que se dice y pensamos que esto es particularmente importante cuando se trata del lenguaje en un marco de tensiones como el del Derecho.

VIII) Publicación de las leyes

13. El artículo 2º del proyecto establece que “Las leyes rigen después del octavo día de su publicación ...”. Aunque entendemos que deberá interpretarse, en el sentido expreso del Código Civil, que se trata de publicación “*oficial*” (no necesariamente en el “Boletín Oficial”), sobre todo porque la Constitución Nacional a través de su reforma de 1994 encomienda al presidente la publicación de las leyes (art. 99 inc. 3), nos parece que sería conveniente conservar la especificación. Es más: no admitiríamos que a estos efectos la publicación pudiese hacerse por un periódico escrito de limitada circulación o incluso por vía informática. La publicación de las leyes está profundamente vinculada con la forma republicana de gobierno establecida en la Constitución Nacional.

IX) Ambito temporal de las leyes supletorias de los contratos

14. El párrafo 3º del artículo 4º del proyecto dispone que “A los contratos en curso de ejecución no les son aplicables las nuevas leyes supletorias”. A nuestro parecer vale preguntarse si de esto surge que dichas leyes son aplicables a los contratos ya *celebrados* pero que todavía no están en curso de ejecución y, si la respuesta resultara afirmativa, tal vez el juicio debería ser adverso, ya que al celebrar su contrato las partes tienen en cuenta las leyes supletorias de ese momento, de modo que la irrupción de nuevas disposiciones puede desconocer infundadamente su voluntad ⁽¹³⁾.

X) Incorporación de los usos y costumbres como fuentes en caso de carencia de normas

15. Con criterio a nuestro parecer acertado, el proyecto sintetiza, en su artículo 5º, los artículos 15, 16 y 17 del Código Civil. Sin embargo, entendemos que queda demasiado

(12) Íd., pág. 16.

(13) ROUBIER, Paul, “Le droit transitoire”, 2ª. ed., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, págs. 380 y ss.

abierta la posibilidad de que la remisión integradora a “las leyes análogas, los usos y costumbres y los principios generales del Derecho”, sea interpretada en sentido de un orden de preferencias. De ser así, la solución sería muy discutible, por lo menos si se tienen nuestras posiciones de que la coherencia y la justicia formal buscadas en la analogía no deben prevalecer sobre los usos y costumbres referidos directamente a los casos que, en cambio, pueden significar una mayor justicia material; que no habría que distanciar la analogía de los principios generales y que tal vez convendría partir de los usos y costumbres y de los principios, ubicando al fin a la analogía. Es cierto que hay una remisión a las circunstancias de los casos, pero los riesgos interpretativos y quizás la ordenación de las fuentes pueden no estar suficientemente resueltos.

XI) Posibilidad de los interesados de remitirse a los usos y costumbres

16. El artículo 6º establece que los usos y costumbres son también vinculantes cuando los interesados se remiten a ellos (inciso a). Nos parece muy acertado admitir la remisión de los interesados a los usos y costumbres, pero se suscita así cierto riesgo de que el envío se haga a usos y costumbres “*contra legem*”. Si bien no en todos los casos rechazamos este tipo de usos y costumbres, y aunque existen recursos sistemáticos para limitar tal tipo de remisión (v. gr. arts, 250, 251, 253, 675 inc. “d” del proyecto), creemos que quizás pudo mejorarse la reducción del artículo para salvar la diferencia de las leyes, que de cierto modo legalizan los usos y costumbres a los que se refieren, y las decisiones de los interesados.

XII) ¿Quiénes pueden invocar los usos?

17. Como lo evidencia, por ejemplo, el Derecho Internacional Privado, es frecuente y acertado diferenciar la *invocación* y la *prueba* del Derecho y de los hechos. En cuanto a estas perspectivas, el párrafo final del artículo 6º dice que “El tribunal debe establecer de oficio el contenido del uso, sin perjuicio de su facultad de requerir la colaboración de las partes y del derecho de éstas de alegar y probar su existencia y contenido”. Los fundamentos del proyecto dicen que los usos deben ser aplicados por el tribunal de oficio ⁽¹⁴⁾. A nuestro parecer, es notorio que las expresiones “establecer de oficio el contenido” y aplicación “de oficio” no tienen el mismo significado. En el artículo no se dispone de manera clara que los jueces deben *invocar de oficio* los usos que conozcan. Sin perjuicio de creer que ha de optarse por la interpretación extensiva que hace prevalecer lo dicho en los fundamentos, estableciendo a los jueces el deber de invocación respectivo, sería conveniente mejorar lo dispuesto en el artículo de acuerdo con dicha extensión.

(14) Ed. cit., pág. 21.

XIII) Admisión del error de derecho

18. La fundamentación del proyecto dice “En cuanto a la obligatoriedad de la ley, constituye el principio general, pero se prevé una norma sobre error de Derecho que es más amplia que la del artículo 20 del Código Civil de 1871, en cuanto prevé como excusa que la ley no haya sido dada a conocer al destinatario o al público en general”.

La presunción “juris et de jure” de que las leyes son conocidas por todos, se apoya en un enérgico “fraccionamiento” de la “pantomía” de la justicia que, como tal, produce seguridad jurídica ⁽¹⁵⁾. Es evidente que su significado social es más duro en la medida que se trata de realidades multiculturales, ya que es diversa la capacidad de conjeturar el contenido de la ley que tienen quienes pertenecen al grupo “legiferante” y quienes son ajenos a él.

Aunque se han hecho esfuerzos lúcidos para distinguir la presunción de la ficción, creemos que la presunción que nos ocupa tiene a menudo rasgos de mera ficción, en la que se pasa por encima de los hechos ⁽¹⁶⁾. Parece, sin embargo, que razones de prudencia hacen al fin aconsejable el principio señalado por los autores del proyecto.

Lo que no se alcanza a comprender es la importancia que, respecto de la superación de la “presunción-ficción” del conocimiento de las leyes, tiene el artículo propuesto. El Código dice: “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley”. Conforme al artículo 7º proyectado, la ignorancia o el error acerca de las leyes no sirven de excusa, salvo, con relación a las leyes civiles: a) si la ley autoriza la excusa; b) si la ley establece que se debe dar un aviso o comunicación previo, a persona determinada o al público, haciendo saber sus disposiciones, y ese aviso o comunicación no ha sido dado. Con más o menos detalle, el problema se traslada en ambos casos a la primacía que, de todos modos, tendrían las disposiciones legales *especiales* sobre la presunción genérica.

XIV) Rechazo del fraude a la ley

19. A nuestro parecer, el fraude a la ley es esclarecedoramente caracterizado cuando se lo muestra como el intento de *cambiar la realidad social*, sobre todo cuando sólo se trata de su apariencia, para convertir un *hecho* o un *acto jurídico* en un *negocio jurídico*, anteponiendo así la voluntad de las partes a la del legislador, que resulta burlado ⁽¹⁷⁾. En el fraude a la ley las partes “mediatizan” al legislador para obtener lo que de otro modo no

(15) V. GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., págs. 391 y ss. y 401 y ss.

(16) Puede v. GENY, F., “Science et technique ...” cit., t. III, págs. 388/9. Siempre vale recordar, sin embargo, el valioso libro de Joaquín Costa “La ignorancia del Derecho” (Barcelona, Manuales Gallach).

(17) V. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 108 y ss.; GIACOBBE, Giovanni, “La frode alla legge”, Milán, Giuffrè, 1968; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 29 y ss.

hubieran podido conseguir. Los indicios de la voluntad fraudulenta se producen por el “*dis-
loque*” vital, espacial, temporal, personal o material de los acontecimientos.

A nuestro parecer, el correcto funcionamiento de las normas, que ha de mostrar siempre a los autores reales de los repartos de potencia e impotencia producidos en la realidad social, debe rechazar en principio en todos los casos el fraude a la ley, de modo que no es imprescindible una normatividad expresa en este sentido ⁽¹⁸⁾. Resulta claro que la consecuencia del fraude ha de ser su propia ineficacia, aunque cabe discutir si las realidades producidas en la maniobra deben mantenerse o también tienen que ser rechazadas, dándoles el carácter que hubieran debido tener.

Con criterio elogiable, los autores del proyecto han decidido introducir el rechazo expreso del fraude a la ley, pero la manera en que lo hacen no resulta claro reflejo del problema, pues se traslada la cuestión de la manipulación intencional-fáctica a un *conflicto entre leyes*. Dice el artículo 8º: “El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En este caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Si los protagonistas no han manipulado los hechos y sólo han invocado un texto que los beneficia, a nuestro entender no hay fraude, por lo menos no existe el fraude en sentido nuclear, sino sólo una astucia argumentativa que se apoya en un conflicto de leyes y el planteo debe hacerse en estos términos.

XV) Maternidad en la tensión genético-gestadora

20. En una disposición del ámbito “*biojurídico*” (y “*bioético*”) , el proyecto dice, en el párrafo final del art. 543, referido a la prueba de la maternidad: “La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita”. Los fundamentos del proyecto agregan “Esta norma obedece al propósito de desalentar los contratos de alquiler de vientres, prohibidos en todas las legislaciones que han abordado el problema, y también en el Proyecto que cuenta con media sanción del H. Senado de la Nación”. No se trata, como podría haberse supuesto, de una dificultad de prueba, sino de la voluntad de frustrar los resultados de los casos de alquiler de vientres *a cualquier precio*.

A nuestro criterio, la posible tensión entre la mujer que cede el óvulo y la que cede el vientre, debería haber sido resuelta respetando el acuerdo que podría existir entre ellas, que no necesariamente recorre el camino, que creemos ilegítimo, del alquiler y puede responder en cambio a elevados propósitos altruistas. En caso de romperse el acuerdo entre ambas mujeres podría haberse dejado a la solución según las circunstancias del caso. En

(18) Al respecto puede v. GOLDSCHMIDT, “Derecho ...” cit., por ej. pág. 117.

cambio, la respuesta adoptada en el proyecto ignora incluso las célebres enseñanzas salomónicas, de atender al significado del mayor interés materno (I Reyes, 3, 16 y ss.) y los derechos del niño a su patrimonio genético. Con carácter que estimamos nítidamente *totalitario*, se *mediatiza al hijo* asignándole compulsivamente una maternidad que con mucha frecuencia puede llevarlo a su abandono o incluso a su entrega en adopción a los padres genéticos o a cualquier otra persona ⁽¹⁹⁾. A nuestro parecer, esta propuesta del proyecto, que seguramente va más allá de los propósitos de los redactores, debe ser modificada.

Conclusión

21. La propuesta de un nuevo Código Civil plantea, al fin, una perspectiva de significación en la textura del lenguaje jurídico. Hay que resolver si los méritos del proyecto, en su estado actual o con modificaciones, legitiman para constituir un nuevo polo dominante en el discurso civilista o vale dejar la textura relativamente difusa que se desarrolla en la actualidad.

(19) En cuanto a la exigencia humanista de tomar al hombre como fin y no como medio, consagrada a través del magnífico aporte de Kant, puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, "Introducción ..." cit., pág. 440. C. por ej. Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional, arts. 7 y ss. 4 / 5.

LA “RETerritorialización” COMO POSIBILIDAD DEL DESARROLLO CABAL DE LA COMPETENCIA EN LA INTEGRACION

(La posibilidad de acceso real
a la competencia en la integración) (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) La integración de mercado y Estado, una posibilidad de la integración

1. Aunque la integración puede ser sólo la ampliación del mercado, es posible que también constituya la expansión del equilibrio del mercado y el Estado, sobre todo entendiendo a éste como expresión posible de los derechos humanos y la democracia. El último es el modelo que en principio nos parece más satisfactorio para realizar la integración, en nuestro caso, en el *Mercosur* ⁽¹⁾. Creemos que la integración desenvuelve sus características más valiosas cuando va logrando la “re-territorialización” de las soluciones, en el sentido que cabe concebir una *integración de mercado y Estado en el nuevo espacio* ⁽²⁾.

(*) Estudio elaborado en el marco del Proyecto “Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario”.

Homenaje del autor al profesor doctor Carlos F. Molina del Pozo, por su permanente y eficaz apoyo a la integración iberoamericana.

(**) Director del proyecto. Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(1) Creemos que, ante la *invalorable experiencia* que significa la actual situación de *crisis* económica y política del Mercosur, los países que lo integran y sus asociados deben repensar sus decisiones. En caso de resolverse continuar e intensificar el proceso, como es nuestro deseo, nuestra concepción llevaría, en diversos grados, a una “re-territorialización”, al menos pasiva, del espacio mercosureño.

(2) No obstante, respecto de la decadencia del protagonismo del Estado moderno-nacional en general, cabe tener en cuenta, v. gr., nuestro artículo “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación y Docencia”, Nº 26, págs. 20 y ss.

Estimamos que los Estados integrados deberían esforzarse para obrar en común con miras a desarrollar un despliegue de estatalidad que equilibrara al mercado, de manera análoga a lo que sucede dentro de cada uno de ellos. A nuestro entender, la integración ha de constituir una posibilidad de *alternativa* a la “vacancia” de estatalidad (quizás en vías de ser reemplazada por un “Estado mundial” encabezado por la Superpotencia dominante) que viene produciéndose en el actual fenómeno de globalización/marginación ⁽³⁾.

La integración del mercado con presencia de tipo estatal es, de cierto modo, una de las características de la Unión Europea, aunque al considerarla puede ser necesario responder al menos a la observación de que su espíritu quizás sea demasiado “moderno” y afín al Estado y al capitalismo clásicos para los tiempos actuales de la “postmodernidad” y de un “nuevo capitalismo” de caracteres muy economicistas y sorprendentemente financieros y planetarios.

No ignoramos que cabría esperar que la “infraestructura” económica expresada en el nuevo mercado integrado genere luego una “superestructura” estatal nueva, pero a nuestro parecer es importante intentar que la presencia estatal se produzca *durante* el proceso integrador, para evitar que la recomposición de la integración avasalle realidades ahora existentes que creemos valioso preservar. Más que una estatalidad “unitaria”, correspondiendo al nuevo mercado único, nos interesa una estatalidad de tipo de cierto modo “confederal”.

2. El modelo económico triunfante en nuestros días es liberal y vale reconocer sus beneficios y los riesgos que trae aparejado el apartarse de él. Sin embargo, estimamos que no debe confundirse a la integración con el *liberalismo económico* extremo, sobre todo si se considera que existen áreas, como la del *Mercosur*, donde ese liberalismo puede llegar a significar, por los condicionamientos de otras realidades muy profundas de tipo *religioso, histórico, etc.*, que el despliegue económico quede concentrado en un ámbito muy estrecho de la misma zona o responda lisa y llanamente a fuerzas extrarregionales. Creemos que el *desarrollo* es más inherente a la integración que el liberalismo.

Resolver la integración en espacios como el del *Mercosur* con criterios de liberalismo económico extremo puede ser especialmente conflictivo con las *raíces de la cultura* que la región viene desarrollando desde los tiempos de la Conquista. La dominación colonial de la América ibérica se ha hecho, con diversos alcances, mediante una combinación de sed de riqueza, sobre todo metálica, espada y cruz y ésta desplegó los sentidos menos capitalistas del catolicismo a través del *franciscanismo* y el *tomismo*. En cambio, las raíces nor-

(3) Acerca de la globalización/marginación pueden v. por ej. Respecto a la globalización/marginalidad pueden v. por ej. nuestros estudios “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., Nº 27, págs. 9 y ss.; “Una perspectiva bioética: vida y globalización”, en “Bioética y Bioderecho”, Nº 1, págs. 43 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 25, págs. 25 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. ORSI, Vittorio, “Las Claves de Davos 97”, Bs. As., ABRA, 1997; CHOMSKY, Noam – DIETERICH, Heinz, “La aldea global”, Tlalaparta, Tafalla, 1997.

teamericanas desde donde se difunde el liberalismo actual son diversas, con más desarrollos agrícolas y comerciales y más influencias *calvinistas* ⁽⁴⁾. La propia Unión Europea responde a un equilibrio mayor entre el *catolicismo*, el *luteranismo* y el *calvinismo*, distinto de las bases del liberalismo norteamericano, pero también del catolicismo iberoamericano.

El franciscanismo es el mayor intento de someter el capitalismo al cristianismo; el tomismo procura integrarlos con la dominación última del cristianismo; el luteranismo mantiene una difícil relación en la que el cristianismo suele servir de base profunda para la intervención estatal en el juego del capitalismo y el calvinismo es la capitulación del cristianismo frente al capitalismo. La integración puede tener más o menos protagonismo del Estado y de las ideas cristianas de organización social según sean las bases religiosas referidas, pero resolver un proceso como el del Mercosur en términos que ignoren esos fundamentos conduciría a consecuencias indeseadas ⁽⁵⁾.

No creemos posible resolver adecuadamente la integración sin considerar que no es la misma la realidad cultural "*hispanica tradicional*", más comunitaria, paternalista y católica, con más necesidad de presencia del Estado (aunque éste no sea del todo "hobbesiano") y más influencia de la Iglesia, que la "*anglofrancesada*" con su vertiente norteamericana, de caracteres más individualistas, abstencionistas y calvinistas con su sentido más distante de la Iglesia y a veces del Estado ⁽⁶⁾. No nos parece acertado que se desconozca que en áreas como la del Mercosur existe un tenso equilibrio entre las dos culturas, en tanto en Europa y en Estados Unidos predomina, en distintos grados, la influencia anglofrancesada.

Tampoco estimamos viable marginar las realidades *económicas* básicas más *feudales* o *capitalistas* de los ámbitos a integrar. Saltar de realidades con importantes rasgos feudales al capitalismo de mercado puede ser una empresa difícil. El Mercosur es una zona con ciertos caracteres feudales importantes, diversos del despliegue del capitalismo de Europa y sobre todo de lo que constituye el corazón del NAFTA.

b) La posibilidad de la "reterritorialización" pasiva y activa con referencia a la competencia

3. Las soluciones tradicionales para los casos con elementos extranjeros son "*territorialistas*", "*extraterritorialistas*" y "*no territorializadas*" (de "autonomía universal") ⁽⁷⁾. Las distintas respuestas pueden ser entendidas en sentidos "*activos*", referidos a

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

(5) V. GÉNY, F., "Science et technique en droit privé positif", Sirey.

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

(7) Es posible c. nuestro estudio (con colaboración) "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978. Asimismo GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 8ª. ed., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 5/6.

los espacios donde se aplica el Derecho o en perspectivas “*pasivas*”, remitidas a los espacios que se tienen en cuenta. La internacionalidad clásica se vale de la extraterritorialidad activa, de “conflicto de leyes”, aplicando un Derecho más allá del ámbito para el que fue elaborado. Creemos que la integración debe entenderse no sólo como un fenómeno de inicial extraterritorialidad de “conflicto de leyes” y de relativa recepción sino de “no territorialización” (autonomía “universal”) y, también, de “*re-territorialización*” en sentido al menos pasivo. Aunque se trate de Derechos locales y no se llegue a la reterritorialización activa del Derecho Unificado, es importante que la *perspectiva territorial* se unifique. La integración supone al menos ir concibiendo el territorio como una nueva unidad. En este sentido, no resulta legítimo que sólo se expanda el mercado, sino que se han de desarrollar muchos de los despliegues de equilibrio que incorpora la *presencia estatal*.

4. Estimamos que a través de la reterritorialización pasiva y en analogía con lo que se haga en los territorios de los Estados la integración ha de procurar una real *pluralidad empresarial*, que deje espacio a las *pequeñas y medianas empresas*. Como el propio nombre lo indica, la noción de pequeñas y medianas empresas es *relativa* al contexto con que son comparadas. Se es “pequeño” y sobre todo “mediano” en comparación con los “grandes” ⁽⁸⁾.

La variación de las dimensiones del mercado que se produce al pasar de un ámbito local a otro integrado puede tener gran significación, cambiando el tamaño relativo de las empresas y su capacidad de intervención. Una empresa grande en un ámbito local puede convertirse en mediana o pequeña al pasar al mercado integrado.

El problema se agudiza cuando existe una gran *asimetría*, como la que se presenta en el Mercosur entre Brasil y sus socios ⁽⁹⁾. Las magnitudes que agregan al mercado integrado Argentina, Paraguay y Uruguay y sus respectivas empresas son mucho menores que las propias de los correlatos brasileños. Como la Unión Europea estuvo siempre muy lejos de tener un problema semejante, el cuidado con que debe considerarse la posibilidad de recibir el modelo europeo en el Mercosur ha de ser en general intenso ⁽¹⁰⁾.

Aunque no pueden desconocerse ciertos fenómenos de sentidos inversos, en general las empresas brasileñas tienen muchas más posibilidades de ser “adecuadas” a las di-

(8) Respecto de las pequeñas y medianas empresas puede v. nuestro artículo “Notas justilógicas para la comprensión de las pequeñas y medianas empresas y de su papel en nuestro tiempo”, en “Investigación ...” cit., Nº 28, págs. 49 y ss. Asimismo, en colaboración con Alfredo M. SOTO, Jorge STAHLI, Norberto RODRIGUEZ, Walter BIRCHMEYER, Andrea A. STRAZIUSO y Felipe Juan AMORMINO, “Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario”, en “Investigación ...” cit., Nº 31, págs. 59 y ss.

(9) Acerca del tema es posible c. nuestro trabajo “Meditación de la asimetría en los procesos de integración, con especial referencia a la relación del Brasil con los otros países del Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, Nº 8, págs. 27 y ss.

(10) Sobre la recepción en el Derecho, cabe c. v. gr. 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”, Nº 9, págs. 33 y ss.

mensiones del mercado mercosureño que las paraguayas, uruguayas o argentinas. Dado que la integración supone “debilitar” la noción de “extranjero” cuando se refiere al marco integrado, estimamos necesario desarrollar una política de acceso de todas las empresas pequeñas y medianas, de origen propio o de los otros países integrados, tanto que esos caracteres devengan de su constitución o de su inserción en el nuevo mercado, con carácter en cierta medida semejante al que despliegan los Estados dentro de sus propios espacios. Una empresa del ámbito integrado *no es una empresa extranjera* y la responsabilidad que corresponda respecto de su tamaño ha de ser relativamente conjunta.

5. En general creemos que en el desarrollo de la *libre competencia* más allá de la exclusión de las meras maniobras monopólicas se juegan situaciones que pueden perturbar el despliegue económico de los más fuertes, pero también grandes posibilidades de beneficio no sólo para los *consumidores* actuales sino para los consumidores futuros y para el despliegue de la *diversidad vital*. Estimamos en tal sentido que la competencia en el marco integrado ha de valerse de normas que aseguren, más que una libertad relativamente formal y la limitación de los monopolios, el *acceso permanente de todos al mercado*.

6. En general, las *estrategias* de las empresas deben variar según su tamaño y su participación en el mercado ⁽¹¹⁾. Pueden ser necesarias estrategias *defensivas*, porque se ocupa un lugar dominante; *ofensivas*, en razón de poder enfrentar a las empresas líderes en plenitud; *de flanco*, porque sólo es posible atacar en áreas muy particulares, y *de guerrilla*, cuando sólo es posible librar enfrentamientos rápidos sujetos a la posibilidad de ágil retirada. El impacto que estas estrategias tienen en las estructuras de los sujetos de derecho, las vías de su constitución y agrupación, el desarrollo de las patentes y marcas, la relación con el trabajo y los medios “naturales”, la información, los contratos comerciales a celebrar, el empleo del transporte y del crédito, la búsqueda de sujetos adecuados para relacionarse, la solución de controversias, etc. es muy grande.

La presencia del Estado para contribuir a resolver los problemas surgidos de los nuevos juegos de esas estrategias puede ser muy necesaria. La necesidad de una estrategia integradora se presenta asimismo para los Estados. A nuestro parecer, los poderosos *intereses generales* en juego hacen que el papel estatal en la regulación general de la competencia deba ser muy significativo, superando el simple cuidado para evitar la existencia de monopolios. Nos parece evidente que las reglas al respecto han de evitar la posible perturbación jurídica del despliegue de la economía, que en mucho se logra por la libertad, pero creemos que al Derecho y a la Política en general les va mucho en que el mercado no se desenvuelva de manera tan radical que termine asfixiando la renovación de la vida y, al final, negando la libertad y la dinámica que se invocan.

(11) Respecto de la estrategia jurídica puede c., en este mismo número de la “Revista”, nuestro trabajo “Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado”.

A nuestro entender, toda empresa, grande o pequeña, ha de tener la posibilidad de constituirse, de acceder al mercado y de crecer para convertirse en una gran empresa. En esa posibilidad va en mucho la del desarrollo de los *seres humanos* que la integran y de los que componen la comunidad en general.

7. No es nuestro propósito desarrollar en particular los caminos que deberían recorrer los países para promover el desarrollo general de la competencia en el nuevo mercado. Es posible que sean necesarios subsidios, créditos, técnicas para “salvaguardar” espacios, etc., pero la propia experiencia de cada Estado en esta materia, por ejemplo, sus prácticas respecto de las pequeñas y medianas empresas de origen propio, ha de ser una de las pautas a tener en cuenta. Uno de los fenómenos importantes a promover es el de la “*asimilación*” *integradora*.

Sin malgastar recursos en tareas imposibles, hay que ayudar a las empresas a asumir el impacto de la ampliación del mercado. Cuando un Estado integrado desea considerar “extranjeros” a un ciudadano, una mercancía, un servicio o un capital de otro Estado integrado, debe tener títulos muy especiales para hacerlo. En principio, el nuevo mercado es un *nuevo “territorio común”* y hay que adoptar, también respecto de las pequeñas y medianas empresas y de las posibilidades de su “reterritorialización”, los comportamientos respectivos.

En nuestro caso, el desconocimiento de la necesidad de una política común de libertad de acceso de todos al mercado podría intensificar las asimetrías del Mercosur y de los países que lo componen, empujando, por la fuerza incontenible de los hechos, a la primacía de las grandes fuerzas brasileñas, con todas las desviaciones respecto de la igualdad de oportunidades y de la participación social y política que esto traería aparejado.

No se trata de que “las capitales” o “la capital” del Mercosur sean Buenos Aires y San Pablo o sólo San Pablo, sino de desarrollar una integración que acerque las posibilidades a todas las personas (empresarios, consumidores, etc.). Si sólo hubiera imperio del mercado habría que pensar, en todo caso, en integrarse con otros países que tienen más riqueza con la que de cierto modo uno pueda beneficiarse o en no comprometerse en la integración. Si se tratará del mero mercado, pueden ser incluso más convenientes la vinculación con los Estados Unidos de América o las relaciones indiscriminadas en la globalización.

A la luz de la situación actual, el camino a recorrer para el despliegue pleno de la competencia en la integración es largo, pero señalar el objetivo nunca carece de significación ⁽¹²⁾.

(12) La tensión en materia *económica* en gran medida desplegada entre Brasil y Argentina es una de las vertientes mayores de la crisis mercosureña de nuestros días. La otra, que tiene contenidos de derechos humanos (v. gr. al debido proceso) y de democracia pero también despliegues de *ofensas personales* de tipo feudal, es la que está oponiendo de modo destacado a Paraguay y Argentina. No nos cabe duda que en la integración la “nueva

8. Lo que suceda en *América Ibérica* y en nuestro caso en especial en la integración del Mercosur posee un particular valor para el *porvenir* del *Derecho Universal* de nuestro tiempo ⁽¹³⁾. Iberoamérica es la zona donde las raíces de la cultura europea se encuentran, desde niveles relativamente profundos, con más ingredientes diversos a los de la realidad del espacio de origen. Aquí las bases griegas, romanas, judeocristianas y germánicas, particularizadas en el mundo dominante anglosajón por las influencias de Occam y Calvino, se ponen en relación con realidades de culturas no europeas (principalmente indígenas y africanas) y de limitaciones económicas y de derechos humanos democráticas de cierto modo semejantes a las de otras culturas. Lo que ocurra en nuestra región puede ser una *muestra* del comportamiento que tendrá al fin la cultura occidental en el resto del Planeta. Aferrarse a la "pureza" occidental anglosajona, con su estilo de capitalismo liberal, puede ser un error de graves consecuencias. En materia de empresas y de vida en general suele ser importante desarrollar una "*complejidad pura*" ⁽¹⁴⁾. A nuestro parecer, Occidente y en especial el Occidente anglosajón, deben ser partes de la *universalidad humana*, pero importa mucho saber en qué medida eso es factible.

territorialidad" facilita la extradición, la cuestión última y decisiva es sin embargo, a nuestro parecer, si la integración alcanza, en el caso en cuestión, para salvar las dudas respecto del debido proceso en un clima de tensión política como el del país requirente. No es por azar que tanto suele valorarse el refugio territorial y extraterritorial y que se pone tradicionalmente cuidado en no extraditar delitos políticos (en relación con la extradición, v. por ej. la valiosa obra de PIOMBO, Horacio Daniel, "Tratado de la extradición", Bs. As., Depalma, 1998/9; asimismo puede c. nuestro estudio "Visión de la estructura de la cooperación penal internacional y de la realidad básica de la extradición a través de la Ley 24.767", en "Investigación ..." cit., N° 30, págs. 57 y ss.; en cuanto a la *protección del débil* como uno de los objetivos fundamentales del Derecho, es posible citar nuestra tesis doctoral del Doctorado en Ciencias Políticas y Diplomáticas "El liberalismo político desde el punto de vista jurídico" —Fac. de Der. y Cs. Políticas, UNR, 1969—).

Los dos conflictos mercosureños son un reflejo profundo de la realidad de la región. Si el *mercado* fuera poderoso, los peligros de las agresiones personales serían menores. La existencia de un *verdadero tribunal regional*, no sólo para lo económico sino para los derechos humanos, podría ser de gran valor (cabe c. nuestra "Filosofía de la jurisdicción", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998; en el horizonte del tema, también es factible tener en cuenta la reciente obra de Amalia URIONDO de MARTINOLI "Solución de Controversias. Mercosur. Acuerdos: Bolivia-Chile. Comunidad Europea", Córdoba, Advocatus, 1999). Importa recordar la gran labor cumplida por el Mercosur en la preservación de la estabilidad democrática en la región.

(13) Es posible v. nuestros "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

(14) Respecto de la simplicidad y la complejidad pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, pág. XVII; BOCCHI, Gianluca — CERUTI, Mauro (comp.), "La sfida della complessità", trad. Gianluca Bocchi y María Maddalena Rocci, 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997. Acerca del papel de las empresas en la economía internacional, con las pertinentes necesidades de acceso a los mercados y de protección de inversiones extranjeras (grandes y pequeñas) contra los Estados y otras empresas (sobre todo importante en los procesos de integración) v. por ej. CARREAU, Dominique - JUILLARD, Patrick, "Droit international économique", 4ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, págs. 213 y ss. y 394 y ss. En cuanto al Derecho Comunitario en general, v. por ej. MOLINA DEL POZO, Carlos F., "Manual de Derecho de la Comunidad Europea", 3ª. Ed., Madrid, Trivium, 1997.

También cabe tener en cuenta, v. gr., nuestros trabajos "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", N° 43, págs. 1 y ss.; "Comprensión jusfilosófica de la persona y la empresa", en "Investigación ..." cit., N° 24, págs. 29 y ss.; "Aportes para la jusfilosofía de la empresa", en "Derecho y Empresa", N° 1/2, págs. 23 y ss.

NUEVAS REFLEXIONES BASICAS SOBRE EL REGIMEN DE LOS CONTRATOS EN EL MERCOSUR (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) El Mercosur

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

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

(*) Ideas básicas de la comunicación a las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

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

(1) Comunicación fundada en el trabajo del autor "Bases para el régimen de los contratos en el Mercosur", publicado en "Investigación y Docencia", N° 31, págs. 17 y ss.

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

El Mercosur está encaminado a generar un enorme *espacio económico* y posiblemente *político*. Hasta antes de los momentos críticos actuales, la tasa de inversión en la región era del 19,4 y la tasa de desocupación del 10,1. Entre las realizaciones del proceso integrador cabe mencionar que el intercambio comercial medido en millones de dólares era, en 1990, intramercosur 4.127 (que en sentidos de exportaciones resultan respectivamente 8,9% y 14,5%), en las exportaciones al resto del mundo 42.306 (91,1%) y en las importaciones desde el resto del mundo 25.060 (85,5%); en tanto, en 1997, las cifras respectivas fueron intramercosur 20.280 (24,5% y 21,0%), exportaciones al resto del mundo 62.339 (75,5%) e importaciones desde el resto del mundo 78.985 (79,0%) ⁽²⁾.

El incremento absoluto y relativo de las negociaciones intramercosur y el avance en las relaciones con el resto del mundo ha sido notorio, aunque las circunstancias presentes han suscitado cambios que habrá que considerar. Brasil es el país cuyo mercado ha sido más dinámico para las exportaciones, pero a partir de fines de 1997 se ha producido una evolución económica relativamente negativa, que ha desembocado en una contracción del comercio desde el último trimestre de 1998. El saldo comercial favorable a la Argentina, que en 1995 alcanzó los 1310 millones de dólares, en 1998 fue sólo de 720 millones ⁽³⁾.

Más en profundidad, con miras a comprender las posibilidades del proceso hay que considerar las raíces culturales comunes de la región, con idiomas muy semejantes y una religiosidad compartida, y en general afines al Derecho de estilo continental del sistema "occidental". Incluso vale tener en cuenta que en el período "pre-ibérico" una gran familia lingüística, tupí-guaraní, abarcaba desde las proximidades del Carcarañá (en la provincia de Santa Fe, Argentina) hasta las cercanías del Amazonas. Por otro lado, se deben reconocer la existencia de un estado diversificado de desenvolvimiento capitalista, que a veces es sin embargo muy precario, y la impresionante asimetría entre Brasil y los otros países participantes.

2. El Tratado de Asunción ha producido una enorme *carencia histórica* por novedad jurídica, que viene siendo colmada por un gran complejo de normas ⁽⁴⁾. En el ámbito de esas carencias subsiste la falta de normas respecto de la *validez intrínseca* (y los efectos) de los contratos en el régimen integrador. Toda esa gran capacidad económica del Mercosur requiere un *instrumental jurídico* adecuado, de fondo y de procedimiento, y en ese ámbito ocupan un lugar destacado las soluciones de la validez intrínseca de los contratos. Las cir-

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

(3) Cabe tener en cuenta los datos que publica el Centro de Economía Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (<http://cei.mrecic.gov.ar>).

(4) Dada la magnitud del "vacío" normativo producido por el Tratado de Asunción creemos mejor conceptuarlo como una carencia (o "laguna" del ordenamiento normativo), pero también podría hablarse de un "megaproblema" de determinación. Tal vez sea apropiado pensar, incluso, en una combinación donde los protocolos son elaboradores y las normas derivadas determinantes.

cunstancias mercosureñas de estos momentos, donde hay que cuidar la adecuación del despliegue económico, las hacen particularmente significativas.

b) Los contratos

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

La propia expresión “con-trato” hace referencia a una posibilidad de “tratar en común”, en relativo nivel de equivalencia, las cuestiones a resolver. Las concepciones contractuales pueden tener más referencia subjetiva (atenta al acuerdo de las partes) u objetiva (remitida al equilibrio de las prestaciones), pueden alcanzar niveles de más concreción o de alta abstracción, como la que desarrolló la noción de contrato en la modernidad continental, y a veces tienen, en consecuencia, más vinculación con la experiencia o con la razón. Las referencias más subjetivas tienden a ser más individualistas y autonomistas; las remisiones objetivas se orientan a una mayor referencia social y se inclinan a un mayor intervencionismo.

El régimen de los contratos necesita con frecuencia una normatividad *general* y figuras *particulares*. Entre éstas, el sistema capitalista suele requerir un complejo contractual en el que ocupan lugares destacados la compraventa, el transporte y el crédito documentario, la constitución de sociedades y, en el horizonte, los regímenes de títulos valores y de inversión. En las zonas de “declinación” del régimen se encuentran los contratos de trabajo y hoy sobre todo los contratos de consumo ⁽⁵⁾.

c) Los contratos en el Mercosur

4. Como ya indicamos, el Mercosur carece de normas propias acerca de la validez intrínseca de los contratos. En el Derecho Internacional Privado del mundo de la internacionalidad, cuya adecuación para los procesos de integración no es siempre satisfactoria, cabe mencionar de manera destacada las fuentes convencionales de los Tratados de Montevideo (que rigen entre la Argentina, el Paraguay y el Uruguay) y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V) y las fuentes internas de las legislaciones de los cuatro países. La Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay están relacionados por la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de

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

Poderes para ser utilizados en el extranjero. Además la Argentina es parte de otras importantes fuentes convencionales especiales referidas sobre todo a la compraventa internacional y a la intermediación y la representación ⁽⁶⁾.

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

En cambio, la *Convención de la CIDIP V*, de significativa inspiración norteamericana, adopta criterios relativamente *globalizados*, en los que la conexión resulta aparentemente intercambiable. Con sentido individualista, acepta la autonomía de las partes y luego se remite al Derecho del Estado con el que el contrato tenga los vínculos más estrechos. Agrega que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Además se aplicarán cuando corresponda las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. Se dejan a salvo las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

Aunque tenemos reparos para que se ratifique, con su alcance internacional, una convención como la de la CIDIP que, alejándose de las tradiciones continentales por sendas de excesiva inseguridad y abriendo paso a quizás inevitables presiones sobre los jueces deja tanta discrecionalidad para quienes resuelvan los casos, no negamos que —tal vez con un protocolo adicional o alguna declaración interpretativa— este tratado podría servir en el marco de relativa intercambiabilidad de un proceso de integración como es el del

(6) Puede v. MASNATTA, Héctor (Dr.) - PERUGINI, Alicia M. (Dra.) - BARRA, Rodolfo C., "Mercosur: asimetrías jurídicas", 33 Coloquio Anual del Instituto para el Desarrollo Empresarial de la Argentina (IDEA).

También cabe tener en cuenta nuestros trabajos "Derecho Internacional Privado de los contratos en general en el Mercosur", en "Investigación ..." cit., Nº 24, págs. 37 y ss.; "El contrato y la jurisdicción en el Derecho Internacional", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 20, págs. 49/50. Asimismo, en relación con el tema es factible c. URIONDO de MARTINOLI, Amalia, "Autonomía de la voluntad en el Mercosur y en los países asociados", en "Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional", vol. XIV, 1999, págs. 387 y ss.

Mercosur. Sin embargo, habría un grave inconveniente en que la obligatoriedad del acuerdo se extendería también a otros países no integrados ⁽⁷⁾.

6. En cuanto al Derecho Internacional Privado de *fuerza interna*, cabe señalar de modo sintético que en la *Argentina* rige un sistema relativamente individualista, apoyado en la autonomía de las partes, en una combinación de los puntos de conexión lugar de ejecución (para los contratos con contacto argentino y en los que no es determinable el lugar de celebración) y lugar de celebración (para los contratos sin contacto argentino y en los que no es determinable el lugar de ejecución) y de las leyes domiciliarias de las partes (para los efectos de los contratos sin lugar determinable de celebración ni de ejecución) (arts. 1205 y ss. del Código Civil) ⁽⁸⁾. Hay algunas reglas especiales, como la que somete los contratos de trabajo que deben ejecutarse en la Argentina a la ley argentina (ley 21297, del 23 de abril de 1976).

En el *Brasil* la calificación y regulación de las obligaciones se rige por la ley del lugar de constitución y la obligación resultante del contrato se reputa constituida en el lugar donde reside el proponente (Código Civil, art. 9). En el *Paraguay* la formación, la prueba, la validez y los efectos de los actos jurídicos se rigen por el Derecho paraguayo cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio o se ejercieren en él acciones por falta de sum-

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

(8) En un sentido muy análogo al de la obra de la CIDIP, la reciente Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela ("Gaceta Oficial de la República de Venezuela", 6 de agosto de 1998) dice: art. 29 "Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes"; art. 30 "A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales"; art. 31 "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto" (v. no obstante por ej. el art. 10).

Es evidente que, desde el punto de vista de las fuerzas sociales, el poder de presión de economías como la norteamericana no es comparable con la fuerza de otras economías de la región. No significan lo mismo la autonomía de las partes ni la libertad de los jueces en uno u otro frente.

Para los contratos sin contacto argentino el Codificador se orienta hacia un mayor sentido de libertad de las fuerzas económicas, sometiendo su validez intrínseca al Derecho del lugar de celebración; para los que poseen contacto argentino se refiere a un mayor control social, aplicando el Derecho del lugar de ejecución.

En cuanto a los contratos sin lugar de celebración ni de ejecución conocidos, en concordancia con su sentido más capitalista y no social el Código remite los efectos a un punto de conexión personal, refiriendo las obligaciones de cada parte a su ley domiciliaria, y no a una referencia real. Respecto de la validez intrínseca de estos contratos, una de las posibilidades es proyectar a la misma la regla establecida para los efectos, aunque exigiendo la concordancia de todas las leyes domiciliarias.

plimiento (art. 297 del Código Civil). Con criterio más social, en el *Uruguay* la existencia, la naturaleza, la validez y los efectos de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. Para determinar este sitio se hace remisión a las reglas respectivas del Tratado de Montevideo de 1889 (art. 2399 del Código Civil).

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

A nuestro parecer, no obstante, un proceso integrador no puede atarse a criterios de solución convencionales o de fuente interna pensados con la relativa rigidez del mundo “internacional”. Estimamos que hay una carencia (laguna) histórica respecto de la que hay que considerar la posibilidad de elaborar normas que faciliten las negociaciones integradoras. Un rasgo particular es que la *autonomía de las partes* ha de tener especial desarrollo en un ámbito donde los regímenes se hacen relativamente intercambiables.

Otras fuentes que pueden tenerse en cuenta también en el ámbito mercosureño, en la medida que se les reconozca aplicabilidad, son la “*lex mercatoria*” y los principios de *Unidroit* ⁽⁹⁾.

7. Las *soluciones* para resolver los casos *espacialmente complejos*, entre los que se encuentran los de la internacionalidad y la integración, pueden ser en general territorialistas (marco en el que cabe el Derecho Unificado), extraterritorialistas (en cuyo ámbito se encuentra el “conflictualismo” clásico) y “no territorializadas” (de la llamada “autonomía universal”). Esto significa que en el primero y el último tipo de solución se emplea el *método* directo, en tanto en las respuestas extraterritorialistas se usa el método indirecto ⁽¹⁰⁾.

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

8. Las *fuentes reales* de las que pueden valerse las soluciones integradoras en materia contractual pueden ser las leyes (por ej. en base a modelos compartidos), los tratados, las fuentes derivadas de la integración, las sentencias, las costumbres y los usos de los co-

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

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

merciantes (que incluyen la “lex mercatoria”) y, obviamente, los contratos mismos. Cabe agregar los aportes que puede efectuar la doctrina que, pese a ser una fuente normal de *conocimiento* llega a veces a influir en las fuentes reales ⁽¹¹⁾.

La opción entre las diversas fuentes depende en mucho de la solución que se dé a la tensión entre *razón e historia*, encarnadas por ejemplo en la ley y, en este caso con más adecuación en los tratados, por una parte, y en el juego de los usos y costumbres, los propios contratos y la doctrina por la otra. La discusión entre Thibaut y Savigny muestra su permanente actualidad, aunque en nuestro caso otra diversidad importante se plantea entre la elaboración por juristas o por técnicos ⁽¹²⁾.

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

9. Los *niveles de profundidad* en que en su caso se ubiquen las diversas fuentes pueden ser distintos, pasando por ejemplo, por la referencia a los términos, las condiciones generales de contratación, las fuentes generales “modelo”, la recopilación de normatividades en un mero orden o la codificación ⁽¹³⁾. Los distintos niveles disminuyen o acentúan la intensidad de las características de las fuentes adoptadas.

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

Allí habrá que optar entre el camino conflictualista actual de la Convención de Roma, que parte de la autonomía de las partes y recurre subsidiariamente a la ley más vinculada al contrato, con pautas para su determinación, o las propuestas de normatividades directas, sean

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

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

(13) V. NICOLAU, Noemí L., “Un “Código de los contratos” para el Mercosur”, en “La Ley”, t. 1996-B, págs. 941 y ss.; GARRO, Alejandro M., “Armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, en “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas”, Universidad Central de Venezuela, Nº 82, págs. 283 y ss.; SCHIPANI, Sandro, “Sistema giuridico Latinoamericano “Principi generali del diritto”, “Codice tipo”, en “Principi per un “Codice tipo” di Diritto del Lavoro per l’America Latina”, CEDAM, 1993. Es posible v. nuestro libro “El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, sobre todo págs. 38 y 62 y ss.

a través de principios y de la armonización (Ole Lando), de un código (Harvey McGregor - Giuseppe Gandolfi) o de una mayor participación doctrinaria (vertiente de José Luis de los Mozos) ⁽¹⁴⁾.

La tarea *comparativa*, de referencia interna y externa al Mercosur, ha de ser cuidadosamente cultivada ⁽¹⁵⁾.

11. En el horizonte de *Teoría General del Derecho*, cabe reconocer que en los procesos de integración suele ser necesario que la unidad del Derecho se movilice, para la elaboración de las normas, con la “integración” del *Derecho Internacional Privado* y el *Derecho Privado interno*. No es legítimo resolver la contractualidad en la integración con exclusivos criterios internacionales o internos ⁽¹⁶⁾.

Ahondando en el *análisis cultural*, que tanto puede aportar a la comprensión del Derecho, vale reconocer que el Mercosur tiene raíces en la cultura “occidental”, pero especialmente referidas a la tradición judeocristiana de proyección católica tradicional, incluso con perspectivas franciscanas y jesuíticas, diversas —por ejemplo— de la más equilibrada participación de las influencias griegas, romanas, luteranas y calvinistas que tenía en sus orígenes la actual Unión Europea. Incluso importa atender en el ámbito mercosureño a las diferencias relativas entre la más comercial “Portugal” y la más beligerante “Castilla”. En el Mercosur, con sus raíces parcialmente más católicas y medievales, y su relevante diversidad entre los sectores “ibéricos tradicionales” y “anglofrancesados” con derivación estadounidense, las posibilidades de un despliegue contractual no son tan intensas e individualistas o al menos socialdemócratas como en Europa ⁽¹⁷⁾.

La integración puede ser un remedio para salvar en alguna medida la individualidad de las culturas, superando la globalización/marginación de nuestros días, y de ese modo puede resguardarse la individualidad de los seres humanos contratantes, tan amenazada por

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

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

(16) Cabe tener en cuenta, por ejemplo, nuestro artículo en colaboración con Ariel Ariza, Mario E. Chaumet, Carlos A. Hernández, Alejandro Aldo Menicocci, Alfredo M. Soto y Jorge Stähli, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

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

el “*estallido*” intelectual (comunicacional, informático, etc.) y biológico del hombre, que es un riesgo en las maravillosas posibilidades de nuestros días ⁽¹⁸⁾.

12. Los caminos para la integración de la laguna que en materia contractual presenta el Mercosur son diferentes. La meditación y el debate al respecto han de ser profundos y la decisión tiene que ser *útil, eficiente y justa* ⁽¹⁹⁾.

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

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

PROBLEMÁTICA TRIALISTA DE LA TAREA DE LOS JUECES (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. La noción de juez y la reflexión al respecto

1. La comprensión de la tarea del juez es de gran importancia para la vida jurídica toda y, en especial, para la propia tarea judicial ⁽¹⁾. Estimamos que se trata de la problemática central de toda Carrera de formación de magistrados.

Aunque cabe reconocer diferencias de concepción según la materia, el espacio y el tiempo, creemos que en general la construcción de la noción de juez que nos parece más esclarecedora lleva a considerarlo como un *tercero* que resuelve una controversia sobre un *caso*, es decir, un problema sobre un reparto de “potencia” e “impotencia”, de lo que favorece o perjudica al ser y a la vida ⁽²⁾. La solución judicial se adopta mediante tareas que significan “juzgar”, “decidir” y “sentenciar”.

Al resolver el problema, el juez ejerce la “*juris-dicción*”, pero esto obliga a aclarar si tal “*decir*” sólo significa decir o también, como creemos, *hacer Derecho* y lleva a reconocer que se trata no sólo de un “decir” sino de un “*hacer*” en el sentido de un cambio de la realidad social.

(*) Notas básicas de una disertación en la Carrera de Abogado Especializado para la Magistratura que se dicta en Azul (Pcia. de Buenos Aires).

Testimonio de afecto del autor a los alumnos de la Carrera.

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

(1) Es posible v. nuestra “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998 y las obras allí referidas.

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

A nuestro parecer, la noción de juez puede complementarse con la referencia a la actuación en nombre del *conjunto social*, a diferencia de la tarea del árbitro, vinculada al acuerdo de las partes en cuanto a su calidad de tal.

Uno de los problemas muy importantes de la tarea del juez en nuestro tiempo, de la postmodernidad y de la globalización/marginación, es su relación con el *Estado* que, a su vez, trae consigo la cuestión de la vinculación entre Derecho y Estado ⁽³⁾. En días de la declinación del protagonismo del Estado moderno-nacional, urge saber en qué medida ella trae consigo la declinación del protagonismo de los jueces ⁽⁴⁾.

A nuestro parecer, adverso a la pretensión de monopolio del Derecho por el Estado, que ha tenido tanta influencia en el sistema "continental", y más afín en cambio a la idea del "common law", la tarea del juez debe liberarse de la visión estatista. Consideramos que el Estado es sólo un instrumento del Derecho y apreciamos que la liberación de la fuerte referencia estatal permitirá a los jueces hacerse cargo de que el problema de la administración de justicia excede esos moldes y es, al fin, un despliegue de lo jurídico como fenómeno *universal* ⁽⁵⁾.

Como consecuencia de este punto de vista amplio, los jueces extranjeros no resultan competidores admitidos según la decisión del Estado, sino colegas que comparten la *común tarea judicial*. Por ejemplo, con esta nueva visión la cooperación entre los jueces adquiere nuevas perspectivas muy diversas de las tradicionales.

Creemos que en el sentido de la necesaria "*re-flexión*" sobre su tarea el juez debe acercarse de cierto modo a la sabiduría del filósofo y en la consideración de los casos ha de aproximarse al *científico*, pero siempre que se trate de un filósofo y de un científico que actúan referidos a la profundidad de la vida.

II. La tarea del juez y las dimensiones del mundo jurídico

a) Dimensión sociológica

2. El juez pretende *conducir* la vida generando un reparto de potencia y de impotencia. Esta aspiración lleva a preguntarse sobre la posibilidad misma de la conducta, que para optar entre diversas sendas exige la *libertad*. No creemos viable saber si en última instancia somos libres o determinados, pero la vida del Derecho se apoya con gran frecuencia en la creencia de que somos libres. En ese marco se desenvuelve la tarea judicial.

(3) Es posible v. nuestro estudio "La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo", "Jurisprudencia Argentina", 15/VII/1998, t. 1998-III, págs. 603 y ss.

(4) Puede c. nuestra "Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)", en "Investigación y Docencia", N° 26, págs. 20 y ss.

(5) Es posible v. nuestros "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

Es importante que, para reconocer la conducta que ha de realizar, el juez atienda a la *situación* de partida y a la que pretende arribar, considerando, en uno y otro despliegue, las adjudicaciones de potencia e impotencia presentes. Es relevante que reconozca, en una y otra situación, los repartos y las distribuciones y sus relaciones; la planificación gubernamental y la ejemplaridad y sus vinculaciones respectivas y los límites de los repartos que puede proyectar. Como todo repartidor, el juez debe tener en cuenta el complejo de *factores sociales* presentes en los casos y hacerlos jugar con miras al logro de lo que se propone.

La conducta que produce la decisión judicial significa una opción entre diversas posibilidades. En la medida en que el juez sea libre para decidir apartándose de las restricciones emergentes de otros repartos y de distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar, estará en más condición de sentir la *soledad* y la *angustia* de la decisión.

3. Vale que el juez tome en cuenta la *finalidad objetiva* con que resultan los acontecimientos y las *posibilidades* de que éstos terminen satisfaciendo su propia finalidad subjetiva. También es relevante que reconozca la red *causal* en que le toca desenvolverse. Como todo repartidor, el juez necesita saber lo que *puede*, *debe* y *quiere* hacer.

Dado que la finalidad objetiva y la causalidad nos resultan categorías “*pantónomas*”, referidas a la totalidad de sus manifestaciones en los sucesos, los casos tienen alcances indefinidos que hay que recortar. De cierto modo, el “caso” es la vida toda, pero urge “fraccionarlo”; los cortes de la finalidad objetiva y la causalidad producen *certeza*.

Cuando el juez fracciona el caso logra certeza, pero tiene gran importancia saber dónde ha de hacerlo. Hay que *delimitar* el problema a resolver, tarea en la que también suelen tener protagonismo los autores del Derecho a aplicar y los protagonistas de los casos, pero importa también considerar que éstos son partes de un *todo* que los excede ampliamente.

Aunque no debe perder la referencia al caso, el juez ha de tener conciencia del particular desempeño (diverso del constitucional, legislativo, ejecutivo, contractual, etc.) que le corresponde en la tensa relación entre el *todo social* y la parte del mismo recortada en el *caso*, entre las perspectivas más *estratégicas* y *tácticas*. El juez no debe desentenderse de los significados “extra-caso” del caso. El mayor despropósito sería aplicar el criterio atribuido al emperador Fernando I “Fiat justitia, pereat mundus” (¡que se haga justicia, aunque por ello se hunda el mundo!). El juez ha de esquivar, en el despliegue más recortado que le corresponde específicamente, las desviaciones del *casuismo* y del *generalismo*.

4. La ejecución de la decisión del juez suele realizarse por la senda de la *autoridad*, pero vale atender a la relación de ésta con la autonomía. A nuestro parecer, en principio la autoridad es más valiosa cuando se ejercita para negarse, para *abrir camino a la autonomía*. Como la autoridad realiza el valor poder y la autonomía satisface el valor cooperación, el juez ha de ejercitar su poder tratando de abrir cauces a la coopera-

ción, por ejemplo, mediante la convocatoria a la conciliación, a través de soluciones que sean proseguibles por acuerdo, etc.

La tarea del juez se produce normalmente en el marco de un *plan de gobierno en marcha*, que realiza el valor previsibilidad, pero es importante que despliegue criterios de *razonabilidad social* en cuyo desenvolvimiento se concreta la ejemplaridad, es decir, la marcha “modelo y seguimiento”, que satisface el valor solidaridad. El juez ha de ser uno de los grandes constructores de razonabilidad social.

Uno de los problemas más importantes de la tarea judicial en nuestros días es el del *acoso de la razón judicial* por otros tipos de razón (v. gr. la razón de los medios de comunicación de masas) que, si bien pueden controlarla de modo beneficioso, a menudo le impiden su debido desenvolvimiento ⁽⁶⁾. A nuestro parecer el descrédito que a veces se asigna a la tarea de los jueces se debe en parte a desviaciones reales, pero en otros marcos al avance, a menudo indebido, de otros tipos de razón. El juez ha de comprender la necesidad de integrar su razón con las otras que se desenvuelven en la sociedad, pero sin disolverse en ellas (por ej. sin hacerse vedette de los medios de comunicación).

Es importante que el juez advierta al fin la importancia específica de su tarea en la construcción del *régimen* y en la realización de su valor *orden* y adopte las medidas necesarias para cumplirla mejor.

b) Dimensión normológica

5. Según nuestra perspectiva trialista, que tiene entre sus principales motivaciones la proximidad entre las normas y su lógica y los repartos, las normas son captaciones lógicas de repartos proyectados. Los jueces tienen un gran papel en el desarrollo de esa *lógica del Derecho*.

Con miras a la proximidad de la lógica con la realidad social, las normas han de ser fieles (porque expresan con acierto el contenido de la voluntad de sus autores), exactas (porque se cumplen) y adecuadas (porque integran la realidad de modo que favorece los fines de los autores). Los jueces tienen roles importantes que cumplir en el logro de estos objetivos.

6. Los jueces son sobre todo elaboradores de sentencias y, en principio, éstas son fuentes de normas individuales, es decir, referidas a sectores sociales reales pasados y realizadoras del valor *inmediatez*. El juez es uno de los responsables únicos de la inmediatez de la lógica del Derecho con los hechos, y por eso debe poner especial cuidado en tomar contacto con los mismos (v. gr. a través de las pruebas y de su participación en su desarrollo). Sin embargo, cuando las normas de las sentencias resultan vinculantes para problemas futuros adquieren carácter general, correspondiéndoles así la satisfacción del valor

(6) Puede v. “La crisis de la razón ...” cit.

predecibilidad. La redacción de normas “bifuncionales”, individuales y generales, significa dificultades especiales en la tarea judicial ⁽⁷⁾.

7. Para que los repartos proyectados captados se realicen, es necesario cumplir en alguna medida un conjunto de tareas que constituyen el *funcionamiento de las normas*. En este funcionamiento deben desarrollarse tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, síntesis, argumentación y conjetura y en todas ellas los jueces poseen papeles importantes que cumplir, a menudo en tensa relación con los autores de las normas. El momento máximo del protagonismo funcional de los jueces ocurre en la producción de la *carencia dikelógica*, en la que se rechaza la norma existente por considerarla “disvaliosa”. A través de esas tareas se evidencia el significativo ámbito de facultades que, al menos en el despliegue de la lógica del Derecho, tienen los jueces, aunque con frecuencia esas posibilidades estén limitadas por el juego de los factores de poder.

8. El juez maneja un instrumental conceptual que posee una alta *fuerza institucionalizadora* de los casos y de sus soluciones. A menudo es el último y uno de los más importantes institucionalizadores del Derecho.

La tarea del juez tiene gran importancia en el desarrollo del ordenamiento normativo, con sus relaciones verticales y horizontales entre normas y sus respectivos sentidos de producción y de contenido, y en la satisfacción de los valores respectivos de subordinación, ilación, infalibilidad y concordancia, así como en el logro final de la *coherencia* del conjunto. Sin embargo, su papel es menos o más amplio según se trate de un *mero orden*, de un *sistema formal* o de un *sistema material*.

c) Dimensión dikelógica

9. Si bien nos parece innegable la gran dificultad para reconocer la *justicia*, creemos que se trata de una referencia de desarrollo necesario, aunque sea a través de una construcción apoyada en un acuerdo común. Es importante que el juez tenga en cuenta que su relevante tarea en la realización de la justicia suele necesitar, como es normal, la *coadyuvancia* de éste con otros valores.

El juez debe saber *construir el complejo de realización de los valores* en el que se realice la contribución vertical de la *justicia* con otros valores que consideramos inferiores, como el poder, la cooperación, el orden, la coherencia, etc. y el valor que estimamos más alto, la humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser) y asimismo se satisfaga la integración horizontal con otros valores que consideramos del mismo nivel, como la salud, la verdad, la utilidad, el amor, etc.

(7) Es más, a través de la ejemplaridad toda norma posee cierto sentido bifuncional.

Así, v. gr., todo juez ha de estar atento para lograr el poder o la cooperación que necesita para la realización de la justicia y con miras a la integración de la justicia con la utilidad, por ej., en el marco de los recursos materiales, o con el amor, v. gr. en el ámbito de la familia.

Es importante que, en cambio, el juez sepa obtener que no se produzcan fenómenos de subversión de los valores inferiores, de inversión de la superiores o de arrogancia de los valores del mismo nivel.

10. La tarea del juez tiene especiales afinidades con la justicia *extraconsensual*, *gubernamental*, *absoluta* y con cierta referencia *general*. Esto es destacadamente tenso en un tiempo como el nuestro, de predominio de la referencia a la justicia por las sendas consensual, "partial", relativa y particular.

Uno de los despliegues de justicia cuya posibilidad de realización caracteriza en especial a la tarea judicial es la *equidad*, es decir, la justicia del caso concreto. El juez ha de tener conciencia de la importancia de esta vía para la justicia y de que él es uno de sus principales responsables.

La desjerarquización de la tarea judicial, que tuvo entre sus mayores exponentes a la escuela de la exégesis, es afín a la confusión de la ciencia jurídica en el plano de las ciencias naturales, mezcla que ignora los despliegues de particularidad expresados en la unicidad de los casos del Derecho ⁽⁸⁾. Así como los fenómenos históricos, cada caso, que es al fin al menos *biográfico*, es *único e irrepetible* ⁽⁹⁾.

11. También la justicia se nos presenta como una categoría pantónoma, a realizar mediante fraccionamientos que deben producirse cuando no es posible saber o hacer más y generadores de *seguridad jurídica*. Al juez le corresponde tener gran lucidez en la *construcción dialéctica del caso*, reconociendo qué despliegues de valor atiende o fracciona. Es relevante que el juez tenga plena conciencia de la *complejidad* de los casos y posea sabiduría y coraje, pero también que sepa que no se le puede exigir que sea omnisciente ni omnipotente.

Una de las características de la tarea judicial es lograr seguridad a través del fraccionamiento de las influencias del porvenir que se produce en la *cosa juzgada*, pero precisamente este corte, a menudo tan enérgico, debe llevar al juez a atender intensamente al caso a resolver.

Aunque en el marco jurídico la justicia se centra en las adjudicaciones más que en las virtudes y los vicios, que son de especial interés en la moral, consideramos que es mu-

(8) Cabe recordar, por ej., RICKERT, H., "Ciencia cultural y ciencia natural", trad. Manuel G. Morente, Madrid, Calpe, 1922.

(9) Es posible v. nuestro artículo "Perspectivas históricas y biográficas en el mundo jurídico", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 10, págs. 27 y ss.

cho lo que depende de la *virtud* (intelectual e incluso moral) del juez. A veces las tareas judiciales requieren, incluso, despliegues *heroicos*. Como los valores se nutren al compartirlos, es importante la *colegiación*.

Al magistrado le es dada, con particular relieve, la posibilidad de confrontar los criterios generales de valor con las *valoraciones completas* de los casos, y creemos que ha de poner cuidado en hacerlo.

12. En cuanto a los *títulos de legitimidad* del juez como repartidor, vale considerar la tensión entre la que puede obtener como *aristócrata* por superioridad moral, científica o técnica y la que puede lograr por vía de *infraautonomía democrática*. Vale saber, por ejemplo, cuánto el juez resulta legitimado porque es honesto, porque sabe o porque tiene consenso de la mayoría. En días como los actuales, donde en los hechos suelen predominar la tecnocracia y la plutocracia, la tarea judicial adquiere particular significación.

Creemos relevante que el juez sepa cómo aprecia los merecimientos y los méritos de los beneficiarios; qué valor tienen las potencias e impotencias que adjudica; qué títulos posee la forma del reparto, en el que ha de producir la *audiencia* de los interesados, y en qué medida logra la *fundamentación* de su reparto.

También es importante que el juez y la comunidad atiendan a la problemática de la *responsabilidad* de los magistrados.

13. A nuestro parecer, la tarea del juez ha de ser *humanista*, tomando a cada interesado, a los demás integrantes de la sociedad e incluso al mismo juez como un fin y no como un medio. Tiene gran relevancia que el juez no mediatice a los justiciables, por ejemplo, con miras a su interés personal pecuniario o funcional. Creemos que *juzgar es un acto de servicio*.

En concordancia con la posición goldschmidtiana, estimamos que para la realización del humanismo han de respetarse la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres. La tarea judicial es un instrumento importante para lograr estos objetivos, en especial en cuanto permite respetar la *unicidad de los casos* y los *integra* en el marco de la vida de la comunidad.

En lo que consideramos realización del régimen de justicia, resulta valiosa la intervención del juez en la satisfacción de la exigencia de *proteger al individuo* contra todas las amenazas: de los demás individuos como tales y como régimen, de sí mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). Sin embargo, también creemos importante la *protección contra los jueces*, por ejemplo, a través del control de otros poderes del gobierno, de los medios de comunicación, etc.

Es mucho lo que ha avanzado el despliegue actual de la protección judicial contra la enfermedad, la miseria, etc., ámbitos que en otros tiempos quedaban más reservados al poder ejecutivo o a los particulares. A veces se denuncian, incluso, fenómenos de confusión de poderes.

d) Horizonte político general

14. Aunque su perspectiva más específica es la de la *política jurídica* (el Derecho), el juez ha de tener conciencia de la problemática de *otras ramas del mundo político*, como la política sanitaria, la política económica, la política científica, la política artística, la política educacional, la política de seguridad, etc.

III. Conclusión

15. Aunque no puede pedírsele que sea omnisciente, el juez ha de tener *sabiduría*; pese a que no puede exigírsele que sea omnipotente, el juez debe poseer fuerza y aunque no le es requerible la omnipresencia, el juez ha de estar plenamente *integrado al mundo*.

El juez en que pensamos ha de ser un jurista, es decir, alguien que a sabiendas reparte con justicia ⁽¹⁰⁾. Nos referimos, al fin, a un *ser humano pleno, que asume su circunstancia*.

(10) GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. VII.

REFLEXIONES SOBRE NUEVA YORK COMO EXPONENTE DE LA POSTMODERNIDAD (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

Sumario:

A) Introducción

B) Enfoque filosófico

- 1) Nueva York como exponente de la postmodernidad desde el punto de vista filosófico general**
- 2) Nueva York como exponente de la postmodernidad desde el punto de vista filosófico-jurídico**
 - a) Enfoque filosófico-jurídico “mayor” (de relación entre el ámbito jurídico y el resto del universo)*
 - b) Enfoque filosófico-jurídico “menor” (limitado al ámbito “jurídico”)*
 - 1') El mundo jurídico en general*
 - a') Dimensión sociológica*
 - b') Dimensión normológica*
 - c') Dimensión dikelógica*
 - 2') Las ramas del mundo jurídico*

C) Conclusión

A) Introducción

1. Suele decirse, de manera en parte acertada, que Nueva York no es cabalmente representativa de los Estados Unidos de América. Sin embargo, creemos que es en gran

(*) Con motivo del viaje efectuado por el autor para participar en el XIX Congreso Mundial de Filosofía del Derecho (IVR99).

Homenaje del autor al Grupo “Spes” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, por su excelente desempeño en el Congreso.

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

medida no sólo *expresión* sino *causa* del mundo actual de la llamada *postmodernidad* ⁽¹⁾. Se ha sostenido que los Estados Unidos son una "civilización" ⁽²⁾, pero a nuestro parecer constituyen sobre todo una de las grandes claves de la civilización postmoderna ⁽³⁾. La relación entre Nueva York y la postmodernidad, a veces evidenciando una profunda semejanza y en otros casos mostrando considerables diferencias, es una perspectiva importante para la comprensión más cabal de nuestra época.

La prudencia de Hegel lo llevó a marginar la consideración de América, región a la que consideraba "el país del porvenir" ⁽⁴⁾. Hoy ese porvenir está en gran medida presente y exhibe rasgos claves para comprender la postmodernidad.

2. La "megalópolis" Nueva York (en sus orígenes Nueva Amsterdam) es uno de los grandes complejos edificados en una zona insular, cuyas islas y puentes son quizás un símbolo del carácter de "red" o de "rizoma" que suele señalarse en la cultura postmoderna. Es representativo que el nombre "Manhattan" (Isla de las Colinas), esté referido a una *naturaleza* que ya no existe por la obra transformadora de la *cultura*.

Nueva York es una *ciudad portuaria* de excepcional ubicación, considerada a veces la "boca del continente", y vale recordar que en el mismo río Hudson, en 1807, Fulton pro-

(1) La complejidad de la cultura general y de la organización jurídica estadounidense es muy grande, al punto que suele decirse que es quizás la estructura más complicada que se ha dado en el esfuerzo del hombre por gobernarse a sí mismo (v. por ej. ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein, "Introduction to Comparative Law", trad. Tony Weir, Oxford, Clarendon Press, 1998, págs. 238 y ss., esp. págs. 249/50).

Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestro artículo "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 19, págs. 9 y ss.; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, "Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la post-modernidad", en "Investigación y Docencia", N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, "La condición postmoderna", trad. Mariano Antolín Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Postmodernidad y Derecho", Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, "El fin de la modernidad", trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, "Critique de la modernité", Fayard, 1992; CALLINICOS, Alex, "Contra el Postmodernismo", trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven - Kellner, Douglas, "Postmodern Theory - Critical Interrogations", Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., "Technology Time and the Conversations of Modernity", Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, "Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History", Cambridge, University Press, 1994; AUDI, Robert (ed.), "The Cambridge Dictionary of Philosophy", Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, "Postmodern", págs. 634/5. Asimismo es posible c. v. gr., HABEL, Marc, "Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis", en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, "El hombre light", 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, "La era del vacío", trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendaux, 8ª. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., "Minima moralia - Reflexiones desde la vida dañada", trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea - Taurus - Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, "El hombre unidimensional", trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968. Además, v. por ej. GHERSI, Carlos Alberto, "La posmodernidad jurídica" (dos partes).

(2) LERNER, Max, "Los Estados Unidos como civilización", trad. Aníbal Leal, Bs. As., Compañía Fabril Editora, t. I, 1960, págs. 92 y ss.

(3) *Id.*, I, 96/7.

(4) HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, "Lecciones sobre la filosofía de la historia universal", trad. José Gaos, 2ª. ed. en Alianza Universidad, Madrid, 1982, pág. 177.

bó el primer *buque a vapor*. Quizás tenga cierto sentido de premonición el relato según el cual partes del ámbito de la ciudad, que sería enorme centro comercial, fueron “*compradas*” a los indios, incluyendo alguna suma irrisoria del equivalente de veinticuatro dólares, aunque también vale considerar en la historia compleja del país del Norte que cuando los indios se negaron a malvender sus tierras los blancos los invitaron a concertar solemnes tratados que luego violaron sin escrúpulos ⁽⁵⁾.

La ciudad ha sido durante mucho tiempo parte de la vanguardia de la *tecnología*. Cabe recordar que en 1882 Edison comenzó a proveer de electricidad desde su planta del Bajo Manhattan y en la ciudad se difundió el uso del ascensor inventado por Otis. El primer rascacielos es de 1902.

A principios del siglo XIX la actual “megalópolis” tenía alrededor de sesenta mil habitantes. En 1850 había en Nueva York un millón de personas y su número sería de dos millones en 1880. La recomposición que formaría la “gran Nueva York” data de 1898. Ahora la ciudad cuenta con cerca de ocho millones de habitantes y el complejo poblacional que ella encabeza es de aproximadamente diecisiete millones de personas. Sea o no, según las maneras de calcular y los períodos, el complejo urbano numéricamente más grande, es el que cualitativamente más expresa al mundo actual.

3. Ante la enorme complejidad de los procesos históricos, creemos que, sobre todo en una época de cambio como la actual, tal vez no sólo de edad sino de era de la historia (de modo descollante por la revolución en el dominio de la genética humana), más corresponde *comprender* que evaluar la vida neoyorquina y la postmodernidad.

Es notorio que en toda comprensión hay implícito un juicio de valor y no renunciamos al mejoramiento de la condición de la vida (que nos parece un propósito inherente a la condición humana) pero la mayor parte de las observaciones que haremos sobre Nueva York y la postmodernidad están más encaminadas a comprenderlas que a valorarlas; menos todavía si estas valoraciones fuesen referidas a una estéril añoranza del pasado o ignorasen sistemáticamente los progresos que, según nuestro criterio, se han hecho en esta época, por ejemplo, en la prolongación de la vida humana y en la conciencia tendiente a “mejorar” la condición del hombre.

B) Enfoque filosófico

1) Nueva York como exponente de la postmodernidad desde el punto de vista filosófico general

4. La sociedad de Nueva York es, en la superficie, una impactante *diversidad de culturas* (tradicional norteamericana blanca y negra, italiana, judía, latinoamericana, chi-

(5) LERNER, op. cit., t. I, pág. 31.

na, coreana, india, etc.) que han ido logrando, con grandes dificultades, un importante nivel de coexistencia pacífica ⁽⁶⁾. En lo profundo se hallan unidas por dos factores básicos: la libertad —que le sirve de conexión con esa superficie— y, sobre todo, el despliegue de la economía capitalista y su mercado.

A Nueva York confluyeron inmigraciones de casi todo el mundo y hoy el mundo está reflejado en ella. La gran ciudad no es expresión de ninguna de las dos grandes élites básicas de origen inglés, ni de la “intelectual” de Nueva Inglaterra ni la de los “caballeros” del Sur. La influencia básica británica que caracteriza al fin a los Estados Unidos está menos presente en la “megalópolis” ⁽⁷⁾.

Aunque entre las diversas culturas neoyorquinas no dejan de producirse roces, impacta favorablemente ver cómo pueden vivir en un mismo ámbito personas de tan distintas características culturales y raciales. Es impresionante apreciar el orden, en general sólido y muy rico, que la economía puede dar a tantas diferencias entre tantos millones de personas.

Incluso podría decirse que las ventajas de la vida económica pueden llevar a los norteamericanos al debilitamiento de fuertes reglas religiosas y morales tradicionales arraigadas en el puritanismo y el calvinismo y poner en relativo suspenso las preferencias raciales ⁽⁸⁾. Quizás el mayor problema sea la situación de quienes no caben, total o parcialmente, en los marcos económicos.

La postmodernidad está signada en gran medida por los mismos rasgos que la “megalópolis” estadounidense, por las pluralidades en la superficie y el avasallante predominio interno de la economía y su valor utilidad, que no sólo es el tejido básico de un mundo sino el factor absorbente de todo lo que puede ser asimilado y excluyente de todo lo diverso.

El “orbe” actual de la *globalización/marginalidad* es el correlato planetario de la enorme “urbe” global y marginadora, que de cierto modo es su “capital” ⁽⁹⁾. Aprovechando

(6) Acerca de las dificultades de los inmigrantes, en el caso especial de los italianos, en Nueva York (comparadas con las que tuvieron en Buenos Aires), v. por ej. BAILY, Samuel, “Hacer la América”: los italianos ganan dinero en Buenos Aires y New York, 1880-1914”, trad. de alicia Bernasconi, en “Estudios Migratorios Latinoamericanos”, 38, págs. 57 y ss.

(7) LERNER, op. cit., t. I., págs. 41 y ss.

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

(9) Respecto a la globalización/marginalidad pueden v. por ej. nuestros estudios “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., Nº 27, págs. 9 y ss.; “Una perspectiva bioética: vida y globalización”, en “Bioética y Bioderecho”, Nº 1, págs. 43 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 25, págs. 25 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. ORSI, Vittorio, “Las Claves de Davos 97”, Bs. As., ABRA, 1997; TOMLINSON, John, “Globalization and Culture”, Chicago, The University of Chicago Press, 1999; KAUL, Inge y otros (ed.), “Global Public Goods”, Nueva York, The United Nations Development Programme, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, “La aldea global”, Txalaparta, Tafalla, 1997.

Acerca de los procesos de globalización y de concentración del capital, pueden considerarse, como un mínimo ejemplo, las noticias aparecidas en “The Wall Street Journal” del 30 de junio de 1999: “The Justice Department launched an antitrust investigation of the undersea cable business, involving some of the world's biggest telecom companies ...”; “GMGI agreed to buy an 83% stake in Alta Vista, an Internet search engine, from Compaq for \$2.3 billion ...”; “Disney and Hong Kong are expected to extend their talks regarding a possible Disney theme park there, people familiar with the matter said.”

V. no obstante, por ej., MINUS, Paul M.(ed.), “The Ethics of Business in a Global Economy”, Boston, Kluwe, 1993.

expresiones de Tocqueville, podría decirse que en Nueva York y en el mundo postmoderno la vista de la sociedad es a la vez *agitada y monótona* ⁽¹⁰⁾.

5. Nueva York es expresión arquitectónica del predominio de la *materia*. Son los beneficios que, a nuestro parecer, aporta el avance en el imperio sobre la materia, de modo destacado en la prolongación de nuestra vida, pero también creemos que significa su empobrecimiento en otros aspectos.

La gran ciudad muestra el abrumador imperio de lo material con avasallantes despliegues de edificios que han desbordado las dimensiones humanas, contruidos con cierto sentido de intimidación, de modo que trae a la memoria las características semejantes de la arquitectura egipcia e incluso de la arquitectura romana.

En mucho, Nueva York resulta hecha para ser vista desde lo *alto*, donde exhibe perspectivas asombrosas (por ejemplo, desde las magníficas torres del World Trade Center), pero no brinda suficiente perspectiva cuando la ubicación es la más “humana” superficie de la tierra. Los rasgos de la “megalópolis” provocan la añoranza de las dimensiones humanas de Atenas y de las clásicas ciudades europeas e incluso de otras urbes norteamericanas.

En el caso neoyorquino, la intimidación es por el poder económico, pero no deja de recordar a la intimidación egipcia por el poder sacralizado o la del absolutismo populista romano. Ahora se trata de la “sacralización del mercado”; la idolatría suele ser evidente. Mucho se ha discutido sobre las semejanzas y las diferencias entre los Estados Unidos y Roma ⁽¹¹⁾, pero creemos que el país americano, como cabeza de la globalización/marginalidad, se asemeja de modo intenso al imperio mediterráneo ⁽¹²⁾.

La enormidad de los edificios y el carácter casi compacto que adquiere su conjunto, cerrando la perspectiva del cielo abierto, constituyendo a veces, como en Wall Street, una especie de “cañón” vial o al menos un “desfiladero”, afecta un “derecho” del que poco se habla, pero que a nuestro parecer hace al desarrollo de la persona en uno de sus aspectos más básicos: el *derecho a la mirada*.

Los edificios de la “megalópolis” que tanto emplea las superficies planas en su construcción, resultan a nuestro parecer contrarios al “*derecho al contacto*”. Desde nuestra postura “human-ista”, el “ser” del hombre, en este caso en sus posibilidades de mirar y de tocar, debe ser construido con sentido valioso. A nuestro criterio, el hombre debe valer.

(10) TOCQUEVILLE, Alexis de, “La democracia en América”, trad. Marcelo Arroita-Jauregui, Madrid, Guadarrama, 1969, esp. pág. 282 (I, 2, 27).

En relación con la multiculturalidad puede v. nuestra comunicación “Las normas legales en una perspectiva multicultural - “Legal Norms in a Multicultural Perspective”, presentada al XIX Congreso de la IVR (entendiendo las “normas legales” en sentido de mandato del legislador).

(11) LERNER, op. cit., t. I, págs. 92 y ss.

(12) Es posible v. nuestros estudios “Jusfilosofía del Derecho de Familia en la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 29, págs. 17 y ss. y “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación ...” cit., Nº 30, págs. 95 y ss.

Tal vez pueda sostenerse que el especial empleo del hierro en las construcciones neoyorquinas es una muestra de la asimilación de los edificios más que como “casas” como “*máquinas*” de albergar personas. La artificialidad es tan grande que, pese a tener la ciudad climas relativamente extremos, sus habitantes suelen no padecerlos, sea porque viven en gran medida con aire acondicionado o incluso porque (como ocurre entre los edificios del complejo del World Trade Center) pueden desplazarse en grandes espacios sin salir a la intemperie. La *problemática ecológica* es a menudo muy significativa. Los mismos rasgos vienen avanzando en la caracterización de la postmodernidad.

6. No sería posible comprender de manera cabal la cultura del capitalismo, que tiene sus manifestaciones más nítidas en Nueva York y en los Estados Unidos en general y se proyecta cada vez más con alcances mundiales, sin atender a la integración de la economía con la *disciplina religiosa* que tanto contribuyó a originar el calvinismo.

Es cierto que las colonias inglesas de la región tenían creencias distintas, que desde su fundación los Estados Unidos han sostenido la separación entre Estado e instituciones religiosas y que Nueva York es de modo notorio una urbe signada por la presencia de múltiples confesiones, pero quien se pregunte por las raíces de la disciplina que se desarrolla en ella deberá tener en cuenta, en algún grado, la influencia de la religión del célebre reformador francés ⁽¹³⁾.

El mundo postmoderno está edificado principalmente sobre la calvinista cultura clásica norteamericana, aunque la paganización actual, que le permite absorber otras culturas, es uno de sus grandes desafíos.

A semejanza de las catedrales góticas, los “rascacielos” neoyorquinos recorren un camino desde la tierra al cielo, pero en la “megalópolis” no se trata de “señalar” a Dios o de elevarse hacia él, tampoco de reconocer la maravilla del espacio desconocido, sino de mostrar el poderío de los hombres. ¿La “disciplina material” no será también demasiado opresiva?

7. Nueva York tiene hermosos parques, que ocupan un lugar de jerarquía en el mundo y donde incluso puede desarrollarse la vida animal sin las agresiones que sufriría en otros lugares del Planeta, pero —pese a ser muy importante el significado social de esos espacios abiertos— en proporción a la densidad edificada la “megalópolis” no cuenta con el mayor sentido convivencial urbano que significan las *plazas*. Por su ubicación, el Central Park podría ser interpretado como una gigantesca “plaza” de toda Manhattan, pero las dimensiones del entorno “urbano” indican que no existe el sentido de “plaza”. Cuando desde las

(13) V. por ej. HAMILTON, Alexander, en “The Federalist Papers BY Alexander Hamilton, James Madison and John Jay”, new York, Bantam Books, 1982, pág. 354.

plazas más propiamente tales se mira hacia arriba, como ocurre en la de las “Torres Gemelas”, suelen producirse vértigo. En gran medida, las plazas son la causa y una notoria expresión de la *vida urbana*, de modo que tal vez podría afirmarse que en la realidad neoyorquina se muestra con especial intensidad el “estallido” de la “ciudad”, que creció hasta negarse ⁽¹⁴⁾.

La gran crisis de viabilidad económica que soportó la “megalópolis” no hace mucho tiempo es una muestra del “estallido” de la existencia ciudadana. La explosión y la zonalización de la vida urbana al menos en su sentido tradicional, que se produce en Nueva York, facilita el camino para la vida en los barrios cerrados y el trabajo a domicilio que se van desplegando, en diversos grados, en la postmodernidad. Tal vez el estallido de lo urbano esté en relación con la gran fuerza expansiva que caracterizó históricamente a las colonias inglesas, pero también con el estallido del espacio, el tiempo y la materia evidenciado en la postmodernidad.

8. El núcleo último del sistema económico de la ciudad y el mundo está en *Wall Street* y particularmente en la Bolsa de Nueva York (New York Stock Exchange), cuyo “leitmotiv” es “The world puts its stock in us”. La ciudad y su Bolsa son, a nuestro parecer, una de las expresiones más claras de la enorme “concentración del capital” tan lúcidamente anunciada por Marx ⁽¹⁵⁾.

Como en muchas ciudades, en la zona de Wall Street hay una presencia religiosa (la anglicana Trinity Church) y otra importante presencia estatal histórica (Federal Hall National Monument) pero —tal vez no de modo irrelevante— la Bolsa está más cerca del monumento estatal que la manifestación religiosa; incluso es la presencia más importante de las tres.

Sin embargo no se podría comprender de modo cabal el significado de la economía y de la arquitectura de Wall Street sin atender a las *raíces* reflejadas en el estilo “clásico” de la Bolsa y del Federal Hall National Monument e incluso en el gótico de Trinity Church. El poder de la experiencia económica y la relativa limitación de la presencia de la conducción religiosa en Nueva York y en los Estados Unidos en general son, al fin, herederos de Occam. Tocqueville llegó a afirmar que “En América, la religión es un mundo aparte donde el sacerdote reina, pero del que tiene cuidado de no salir nunca; en sus límites, conduce a la inteligencia; fuera, entrega a los hombres a sí mismos y los abandona a la independencia y a la inestabilidad que son propias de su naturaleza y de la época.” ⁽¹⁶⁾

(14) Pueden v. nuestros artículos “La paz en la ciudad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones ...” cit., Nº 22, págs. 31 y ss. y “Comprensión filosófica de la ciudad, sus conflictos y esperanzas (La ciudad en tiempos de la globalización y la marginación)”, en “Investigación ...” cit., Nº 29, págs. 13 y ss. (En ciertos casos, en lugar de hablar de “explosión” algunos prefieren hablar de “implosión”).

(15) Es posible c., por ej., nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. III-I, 1994, págs. 146/7. Para apreciar la admirable exactitud de las observaciones y las predicciones marxianas basta v. por ej. MARX, Karl, “El Manifiesto Comunista y otros ensayos” (Manifiesto en colaboración con F. ENGELS), trad. Ediciones Progreso, Madrid, Sarpe, 1985, págs. 29 y ss.

(16) TOCQUEVILLE, op. cit., pág. 244.

El propio significado literal del nombre de la célebre calle y de la zona, referido al muro que históricamente protegió a la población, es (como quizás le agradaría señalar a Saint-Simon) una muestra del paso de una *sociedad militar* a otra “*económica*” ⁽¹⁷⁾.

El poder de Wall Street es clave del capitalismo financiero que se difunde casi vertiginosamente en el mundo postmoderno. Es más: las grandes tiendas de la ciudad expresan la fuerza del comercio para reunir mercancías representativas de una riqueza y una diversidad sorprendentes. También en ellas hay un símbolo de la postmodernidad.

Ante la gran influencia económica de Nueva York se aprecian, de manera nítida, la tensión entre *economía* y *democracia* que tanto caracteriza a nuestro tiempo y las razones del predominio profundo de la primera.

9. Nueva York es la *capital real* de la vida norteamericana, pero sólo fue por un breve lapso la capital institucional del país. No es siquiera capital de su propio Estado (Albany) ⁽¹⁸⁾. La estatalidad se halla relativamente poco presente en el gran *conglomerado económico* neoyorquino, de modo análogo a su retirada en la vida de la postmodernidad.

Pese a ciertos cambios, promovidos en parte por otras presencias culturales, es todavía acertado el decir de Tocqueville cuando señaló que “El habitante de los Estados Unidos aprende, desde su nacimiento, que hay que apoyarse en uno mismo para luchar contra los males y los engorros de la vida; no lanza sobre la autoridad social más que una mirada desafiante e inquieta, y no recurre a su poder más que cuando no puede pasarse sin él” ⁽¹⁹⁾. Es maravilloso lo que la *iniciativa* e incluso la *beneficencia* de los particulares han podido construir. La “distancia” social entre la capital federal en Washington y Nueva York es una expresión de la “división del poder” que concreta la burguesía, poniendo a raya al Estado que ella misma contribuyó a formar.

En concordancia con ello, la postmodernidad se caracteriza, al menos hasta ahora, por cierta “retirada” del Estado ⁽²⁰⁾. Uno de los grandes problemas de hoy consiste en que la limitación de la presencia del Estado tiene consecuencias distintas en realidades como la neoyorquina y la norteamericana en general y en otras situaciones diferentes, al menos en parte externas al estilo de la gran ciudad y del gran país capitalistas, por ejemplo en América Latina y, dentro de ésta, en la Argentina de una manera particular.

(17) SAINT-SIMON, “Catecismo político de los industriales”, trad. Luis David de los Arcos, 4ª. ed. en B.I.F., Bs. As., Aguilar, 1964, por ej. págs. 134/5.

No es irrelevante recordar que el perfil básico de la personalidad de Jorge Washington es el de un productor agropecuario, diverso - por ejemplo - de los rasgos de Simón Bolívar y sobre todo de José de San Martín.

(18) La diversidad entre las ciudades más importantes y las capitales, a veces característica de los Estados Unidos (Nueva York-Washington y Albany; Los Angeles y San Francisco-Sacramento), es un claro exponente de posibilidades capitalistas que los regímenes más feudales y gubernamentales suelen no tener.

(19) TOCQUEVILLE, op. cit., pág. 118 (I, 1, 9)

(20) Es posible v. nuestro estudio “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación ...” cit., N° 26, págs. 20 y ss.

10. La compleja composición de la “megalópolis” neoyorquina suele provocar coexistencias e incluso integraciones valiosas, de alcance convivencial, pero también roces *violentos* y cierta *inseguridad*, como ocurre a menudo en la vida postmoderna. No puede esperarse que tantos contactos interculturales e incluso tantos “vacíos” se desenvuelvan sin conflictos. Uno de los grandes problemas de la vida neoyorquina y de la postmodernidad en general consiste en saber cuánto el sistema económico, casi exclusivo sistema de integración social y de contención, será suficiente para evitar la violencia.

11. Tal vez no sea sin sentido que la sede de las *Naciones Unidas* se halle en Nueva York, aunque esto sucediera en gran medida para evitar que el poderoso país del Norte terminara desentendiéndose de la Organización y pese a que hoy en día el poder de ésta se encuentre de cierto modo sometido al de la Organización del Tratado del Atlántico Norte y, en definitiva, al de los Estados Unidos (como lo ha evidenciado la intervención en Serbia).

Pese a las limitaciones de la ONU, no deja de tener relevancia que la relativa “capital” de la perspectiva internacional clásica del mundo —hoy en crisis ante la globalización— haya estado en Nueva York.

El Estado moderno, luego Estado nacional, y la internacionalidad clásica tuvieron un proceso de formación en el que primero se concentró el poder y luego se liberalizó, se democratizó y se “nacionalizó”. Podría decirse que el curso ideológico del Estado signado por Maquiavelo, Hobbes y Bodin fue completado por Locke y Montesquieu, por Rousseau y por Fichte y Hegel. ¿Será la *concentración del poder* evidenciada en Nueva York un relativo equivalente globalizado de la concentración del poder con que se inició el Estado moderno?

12. La enorme cantidad de habitantes de la gran ciudad, instalados originariamente en diversos idiomas, que significan distintas culturas, se comunica en *inglés*. Creemos muy valioso que en una misma ciudad se hablen tantas lenguas y que tantos hombres de distintas culturas se comuniquen entre sí con una de ellas, pero es preocupante que ésta y al fin su cultura se impongan a las demás.

Para algunos el inglés es expresión honda de su ser, por ejemplo en sus sentidos de economía y practicidad, mas para otros resulta la mutilación de sus raíces, de modo semejante a lo que ocurre entre las más distantes áreas del Planeta forzadas también a usar ese idioma.

¿Es acaso semejante el uso del inglés en Nueva York, y más todavía en gran parte del resto del mundo, a la vida mucho más profunda del francés en París, el español en Madrid, el italiano en Roma o el alemán en Berlín?

Parece que entre la economía y la practicidad del inglés y el logro de cierto “imperio mundial” hay una relación estrecha, pero creemos que ni la economía, la practicidad o la globalización son tan valiosas como para justificar la marginalidad en que van entrando los ingredientes culturales y en definitiva humanos de otras culturas.

13. Ante una diversidad cultural como la que presenta Nueva York, parece que la única posibilidad de avanzar filosóficamente de un modo en cierto grado compartido es a través del “*constructivismo*” que pacta las bases respectivas.

Con referencias que Nietzsche querría designar como *apolíneas* y *dionisiacas* y que, de cierto modo más circunstanciado, pueden denominarse “ilustradas” y “románticas”, cabe reconocer que el *modelo económico* capitalista liberal expresado en Nueva York y en la post-modernidad, nacido en el clásico final ilustrado del siglo XVIII, impone un desarrollo relativamente apolíneo a través del predominio creciente de las líneas rectas y de la simetría en los monumentales edificios, de modo que fuerza a los elementos dionisiacos y de cierto modo “románticos”, afines al siglo XIX, a refugiarse en otras áreas vitales, como las explosiones de la forma y de la coherencia que suelen presentarse en las series de televisión donde se desarrolla lo monstruoso; en el despliegue de las sectas más apegadas al sentimiento; en los estallidos personales a través de la violencia (sin héroes) y de la drogadicción, etc. ⁽²¹⁾

Una vez más parece plantearse la dificultad de los elementos románticos —quizás demasiado desgastados por su papel en las Guerras Mundiales— para imponer su estilo a la economía capitalista ⁽²²⁾. Sin embargo, como parece que la vida exige cierto equilibrio entre lo apolíneo y lo dionisiaco, lo ilustrado y lo romántico, estos elementos románticos, acorralados, se desbordan en sentidos que estimamos preocupantes.

14. La grandiosidad “capital-ista” de Nueva York se interpone entre los hombres y acentúa los rasgos de relativo *aislamiento individual* de la cultura anglo-sajona. Quizás el *jazz*, música estadounidense típica que posee una de sus mecas en Nueva York y tiende a difundirse de modo avasallante en el mundo, sea una forma de reacción ante la soledad en una cultura atomizada y en gran medida alienante ⁽²³⁾. Tal vez, en cierta dialéctica histórica, los amos llegaron a vivir la soledad de los esclavos, que tanto influyeron en la nueva música.

El empobrecimiento de los contactos humanos y de la amistad en la “megalópolis” promueve la dialéctica del crecimiento de los medios de comunicación y de la informática. Pese a no tener relación honda con sus semejantes, el hombre ha desenvuelto al fin el contacto “virtual” en dimensiones hace poco inimaginables.

(21) NIETZSCHE, “El origen de la tragedia”, trad. Eduardo Ovejero Maurí, 7ª. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1980, págs. 23 y ss.

(22) Puede v. SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, t. II, 1950, págs. 374 y ss., esp. 384 y ss. Es posible c. también, v. gr., ILLOUZ, Eva, “Consuming the Romantic Utopia: Love and the Cultural Contradictions of Capitalism”, Berkeley, University of California Press, 1997 (nota de R. W. CORNELL, en “Gender & Society”, 12, 4, 47, pág. 478).

(23) Acerca del significado del jazz v. por ej. LERNER, op. cit., t. III, pág. 222.

Desde el empuje económico de Nueva York se comprende mejor la creciente realización de la *omnisciencia*, la *omnipotencia* y la *omnipresencia* con la que nuestro tiempo viene cumpliendo el sueño de las grandes religiones occidentales. En estos días una escritora estadounidense ha vinculado la muerte de John Kennedy Jr., a quien considera un neoyorquino de hoy, al “convencimiento que tenemos en los años noventa de que podemos estar aquí, allí y en todas partes, como si nuestro cuerpo se pudiera transportar también a través de una versión mágica de Internet” ⁽²⁴⁾.

15. No podría comprenderse a Nueva York sin tener en cuenta lo que simbolizó y simboliza para muchos millones de hombres la *estatua de La Libertad (iluminando al Mundo –Bartholdi–)*, pero si se la relaciona con el economicismo que al fin predomina cabe preguntarse, como ocurre con la propia vida de *Occidente* en su conjunto, si nuestros grandes ideales de libertad, verdad, etc. no fueron sino parte de la *astucia de la historia* para desarrollar la *utilidad*.

Mucho se discute sobre la vinculación de Estados Unidos en general con Europa ⁽²⁵⁾, mas creemos que ellos, y en nuestro caso Nueva York, son una culminación, de cierto modo radicalizada y mundializada, de rasgos de la vida europea, por lo menos de la vertiente anglosajona de la vida europea.

Algunas zonas neoyorquinas, como el Soho, tienen fuertes afinidades europeas tradicionales, pero vale preguntarse si se trata de elementos con vida propia o de reflejos del Viejo Continente.

Un gran problema es saber cuánto Europa conserva valores propios, si es una *alternativa* cultural y vital o una *etapa superada* por la vida que expresa Nueva York.

16. Los millones de inmigrantes que pueblan Nueva York *abandonando su historia* e incluso muchos de los elementos de los impactantes *museos* de la “megalópolis” –por ejemplo, del Metropolitan Museum of Art– son expresiones o radicalizaciones de fenómenos que condicen con el debilitamiento del sentido de la historia que se produce en la postmodernidad.

Los museos en general suelen contener vida ya sin raíces e incluso vida “arrancada” de otros lugares, pero la magnitud del fenómeno neoyorquino figura entre las que nos parecen particularmente significativas. Nueva York no es una ciudad “histórica”, sino económica y tecnológica, como la postmodernidad. No es necesario remontarse a ciudades como Jerusalén, Roma o París para reconocer el sentido relativamente “a-histórico” de la ultracapitalista Nueva York y de la influencia que ésta proyecta en el mundo.

(24) SOLOMON, Barbara Probst, “El estilo de vida que está dentro del vuelo fatal a Martha’s Vineyard”, (“El País” - Madrid), en “La Capital” (Rosario), 22 de julio de 1999, pág. 34.

(25) Respecto de la relación de Estados Unidos con Occidente v. por ej. LERNER, I, págs. 96 y ss.

La regularidad numérica frecuente en la designación de las calles neoyorquinas es otra muestra de la practicidad ahistórica de la gran ciudad.

17. Nueva York es una deslumbrante capital del *espectáculo*, sobre todo en Times Square y en el Lincoln Center, y, como tal, resulta afín al mismo sentido de espectáculo que predomina en la vida actual ⁽²⁶⁾.

Sin pretensiones ontologizantes, puede afirmarse que en Nueva York “está” casi todo, se “*tiene*” casi todo, pero poco “es” ⁽²⁷⁾. Resulta maravilloso que en la “megalópolis” esté de alguna manera el Planeta pero, pese a su estrecha relación con el resto del mundo, el que allí se evidencia es relativamente poco profundo. Sería erróneo pensar que la gran urbe “es” el mundo como, de ciertas maneras, a veces en exceso, París “es” Francia, Roma “es” Italia o incluso Buenos Aires “es” la Argentina.

18. Entre los rasgos que hacen muy interesante a Nueva York figura su carácter de ser la única de las grandes capitales del Occidente “desarrollado” que nació en la modernidad y específicamente se desarrolló en la *Edad Contemporánea*, resultando así distinta de Roma, París y Londres e incluso de las propias Berlín y Madrid. Si bien las capitales de Alemania y España son más nuevas, fueron expresiones directas de culturas viejas. Tal vez también por eso Nueva York resulta una manifestación más nítida de la postmodernidad.

Una cuestión para nosotros interesante es comparar a Nueva York con *Buenos Aires*. Ambas nacieron en la modernidad y crecieron en la Edad Contemporánea, pero tienen evidentemente estilos culturales bastante distintos. Nueva York es al fin hija de las culturas modernas y tuvo un empuje propio, que la ha llevado a generar características muy específicas difundidas por el mundo. Buenos Aires nació de la potencia que asumía la defensa de la premodernidad y se orientó luego más a seguir el modelo europeo, convirtiéndose en mucho en una bella combinación de elementos de París y Madrid.

Nueva York es una ciudad más “capital-ista” que Roma, París, Londres o incluso Buenos Aires. A nuestro parecer éstas son, de diversas maneras, más “human-istas”, aunque vale interrogarse si en definitiva se trata de fenómenos “para” o “postcapitalistas” o meras expresiones de un estadio previo al capitalismo actual o de un “precapitalismo” liso y llano, quizás ya sin posibilidades de desarrollo.

19. La “megalópolis” es en mucho expresión y causa de la postmodernidad, pero tiene también, como es inevitable, *rasgos particulares* respecto de ésta.

(26) Si bien en algún sentido puede afirmarse que el hombre es un ser que *atiende a espectáculos*, la atención cuantitativa y cualitativa que les brinda la llamada “*postmodernidad*” es uno de los rasgos más distintivos de nuestro tiempo. Entre los últimos clásicos respecto del tema del espectáculo cabe c. por ej. el estudio de Guy DEBORD “*Comments on the Society of the Spectacle*” (1990).

(27) En relación con el tener y el ser v. por ej. FROMM, Erich, “¿Tener o ser?”, trad. Carlos Valdés, 3ª. reimp., Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1981.

Entre dichos caracteres se destaca el sentido de la *empresa vital individual* que asegura el protagonismo neoyorquino y norteamericano, distinto del “hombre light” —que incluso se autoconcibe como un producto del sistema— desplegado por la “cansada” “civilización europea”.

A diferencia de la postmodernidad, Nueva York tiene un sentido de “futuro”, aunque sea el ser “futuro” sin “por-venir” indeterminado y dinámico, del pretendido “fin de la historia” ⁽²⁸⁾.

2) Nueva York como exponente de la postmodernidad desde el punto de vista filosófico-jurídico

a) Enfoque filosófico-jurídico “mayor” (de relación entre el ámbito jurídico y el resto del universo) ⁽²⁹⁾

20. La gran influencia de la economía neoyorquina sobre el resto de la vida de la ciudad y del mundo lleva a plantearse la vieja y fundamental cuestión acerca de la importancia de la *economía* en el Derecho y en el resto de la cultura toda ⁽³⁰⁾. A nuestro parecer, quien atienda a los rasgos de la vida que se orienta desde Nueva York, sea que comparta o no la doctrina marxista, deberá admitir que —como ya lo intuyó Aristóteles— la vida económica posee una gran proyección cultural, sobre todo en períodos como el de la postmodernidad que nos toca vivir ⁽³¹⁾. Nueva York es en gran medida la capital de la estatalidad en formación (por lo menos el lugar donde se toman las decisiones más importantes) porque es la capital económica del capitalismo.

b) Enfoque filosófico-jurídico “menor” (limitado al ámbito “jurídico”)

1') El mundo jurídico en general

21. Las posibilidades que brindan Nueva York y la postmodernidad para ampliar las consideraciones sólo positivistas (normativistas o sociologistas) o exclusivamente jusnatu-

(28) FUKUYAMA, Francis, “The End of History and the Last Man”, 1ª. ed. en Avon Books, Nueva York, 1993. En relación con la etimología de las palabras futuro y porvenir pueden c. por ej. COROMINAS, Joan con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. V, 1983, pág. 214 (“ser”) y pág. 772 (“venir”).

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

(30) En relación con el tema puede c. v. gr. POSNER, Richard A., “The Economics of Justice”, 6ª. ed., Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1996. También es interesante el planteo inverso, del significado jurídico de la economía.

(31) ARISTOTELES, “Política”, en “Obras”, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, libro I, cap. 2, 1253 b/1254 a, pág. 1416 (“... si las lanzaderas tejieran ... y las púas tocaran el arpa por sí mismas, los maestros artistas no necesitarían ayudantes ni los señores necesitarían esclavos.”).

ralistas respecto del Derecho son, a nuestro parecer, una muestra de la conveniencia de construir el modelo del saber jurídico ampliando esas perspectivas (obviamente, no ignorándolas), como lo hace, dentro del gran ámbito de las corrientes tridimensionalistas, la *teoría trialista del mundo jurídico*.

Creemos que las “teorías puras” respecto de la construcción del objeto jurídico (sobre todo la “teoría pura” de la escuela de Kelsen) fueron en cierto aspecto la última expresión de la modernidad, pero la *complejidad* de la vida actual, en gran medida por los extraordinarios desafíos que significa, exige atender a ella de una manera que, si se ha de proseguir la senda de la modernidad, debe hacerse por la vía “pura” de no mezclar las dimensiones, como sucede en la “complejidad pura” del trialismo ⁽³²⁾.

a') Dimensión sociológica

22. Desde el punto de vista de la realidad social, la vida neoyorquina lleva a preguntarse, por ejemplo:

a) cuánto es posible “*repartir*” (producir adjudicaciones de “potencia” e “impotencia” a través de la conducción de seres humanos determinables) y cuánto se imponen las “*distribuciones*” (adjudicaciones de potencia e impotencia por fuerzas diversas, en especial por influencias humanas difusas de la economía) en una sociedad con un complejo económico tan poderoso pero con sujetos tan emprendedores;

b) cuáles son los grados de *autonomía* real y de *autoridad* que existen entre quienes tienen tan diferente poder económico;

c) qué fuerza posee la *ejemplaridad* de la vida económica no sólo como generadora de una planificación del mismo tipo, sino de una planificación gubernamental;

d) cuál es el poder de la economía como “*límite necesario*” de los repartos y a su vez si es posible limitarla;

e) cómo se resuelven los problemas ocasionados por los contactos de culturas, en especial en cuanto a la *recepción*, con posibles consecuencias de asimilación o rechazo, etc. ⁽³³⁾.

Las respuestas no son tanto como surge de la apariencia las referencias a los repartos, la autonomía, la ejemplaridad, la posibilidad de un amplio marco de conducción que limite a las fuerzas económicas o la convivencialidad multicultural y la asimilación. Sin embargo, también cabe reconocer *tensiones* propias del sistema, por ejemplo, la contradicción entre su altísima capacidad de atracción y su rechazo de los “inútiles”, la incorporación sólo parcial de las potencialidades de muchos de sus “miembros”, etc.

(32) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. XVII; BOCCI, Gianluca - CERUT, Mauro (comp.), “La sfida de la complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi, 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997.

(33) Es posible v. por ej. nuestros estudios “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U. N. R., 1976; “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8, págs. 73 y ss. y “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 9, págs. 33 y ss.

Cuestiones análogas a las de la vida neoyorquina se suscitan en el conjunto de la postmodernidad. De cierto modo la economía, que tiene uno de sus mayores centros mundiales en Nueva York, es una de las claves de la ordenación de la realidad social jurídica que en nuestra época se expande por el Planeta todo.

b') Dimensión normológica

23. Para desarrollar su dinámica, la economía de Nueva York exige un vasto uso del *contrato* que, a su vez, se convierte en una de las fuentes crecientemente significativas en el mundo postmoderno.

La vida de la “megalópolis” es uno de los factores capitalistas que originan la *institucionalidad “light”* y de cierto modo *oculta* y la “consagración” de la *negocialidad* de las funciones integradoras de las normas que predominan en la postmodernidad.

La realidad neoyorquina es un impulso de gran importancia para que en nuestros días se requiera una norma hipotética fundamental de apoyo al *ordenamiento normativo globalizado* (no internacional clásico). Puede decirse que se trata de una de las grandes bases de la “*lógica jurídica del capitalismo*” que se expande por el mundo.

c') Dimensión dikelógica

24. A nuestro parecer, la vida de Nueva York es un alto exponente del complejo axiológico postmoderno en que la justicia resulta fuertemente “integrada” con la *utilidad* pero además ha de defenderse contra el “arrogante” despliegue de este valor. A veces ambos valores “contribuyen” a la realización del valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser), pero en otros casos la utilidad se “subvierte” contra ella.

También la salud, la belleza, la verdad, etc. son valores con frecuencia sacrificados a la arrogancia de la utilidad. A nuestro parecer, no es comparable el incremento de la utilidad logrado en la arquitectura de grandes rascacielos neoyorquina con lo que, por el contrario, estimamos un retroceso de la belleza respecto de los niveles de las ciudades europeas.

Sin desconocer la importancia de las instituciones científicas y universitarias, ni —por ejemplo— de la Biblioteca de Nueva York (New York City Public Library) la gran urbe es, más que una ciudad de la ciencia, que busca la verdad, un ámbito de la técnica. Está todavía más lejos de la verdad “desinteresada” que pretende a menudo la Filosofía.

El alerta contra los desvíos de la utilidad no significa, sin embargo, ignorar que en otras áreas de la vida actual suele predominar su desconocimiento, que somete a la miseria y termina imposibilitando todos los otros valores. Creemos que hay que hacer que los valores más representativos de Nueva York coadyuven con el resto, no desconocerlos.

25. Nueva York es un marco donde la investigación de lo que se considera justo ha de producirse principalmente por las vías *consensual, sin acepción* (consideración) de per-

sonas (con apego a roles), *simétrica* (de fácil comparación de las potencias e impotencias), *conmutativa* (con “contraprestación”), “*partial*”, *sectorial*, *de aislamiento*, *relativa y particular*, como predomina en la postmodernidad.

Menos es lo que en la vida neoyorquina y en la vida postmoderna en conjunto puede invocarse por las sendas de “descubrimiento” de la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea, gubernamental, integral, de participación, absoluta y general.

Parecería que cada uno va demasiado abstraído y apurado en su vida privada y en el cumplimiento de los *papeles recortados* que lo vinculan de manera superficial con los demás. De cierto modo, la integración social se produce sólo en la economía, en la medida que ésta la necesita.

La vida neoyorquina tiende a pensar, abusando de la justicia simétrica, que todo puede obtenerse con facilidad a través del *pago*, de cierto modo, que todo puede comprarse. Sin embargo, esto no parece ser tan así: es factible comprar la ejecución de una sinfonía, también contratar a su escritor, pero resulta muy difícil comprar la riqueza profunda, individual y social, necesaria para crearla. La cultura centrada en la “megalópolis”, que se engalana con tantas ejecuciones de obras musicales clásicas extrañas, es de cierto modo responsable no sólo de no escribirlas, sino de que en los otros medios dejen de ser creadas.

La superficie multifacética de la realidad neoyorquina, con áreas yuxtapuestas de diferentes culturas, exhibe el abrumador primado de la justicia particular, cuyos requerimientos a nuestro parecer caracterizan en definitiva al *Derecho Privado*. Si bien hay un patriotismo evidente, mostrado en los frecuentes recordatorios del pasado y un abundante despliegue de banderas, y no cabe marginar el orgulloso sentido de “empresa común”, no hay una idea del bien común en lo concreto de cada persona. En la “megalópolis” no se desarrollan lazos de solidaridad inmediata que nos parecen imprescindibles. Pese a diversidades prácticas, según las circunstancias la cultura norteamericana ha sido predominantemente signada por las ideas de Adam Smith y Herbert Spencer, en especial en cuanto el primero entendió que todo hombre al perseguir su propio interés ayuda al bienestar común ⁽³⁴⁾.

En la enorme ciudad casi todo se yuxtapone, y aunque suele decirse con razón que en la vida estadounidense hay altos índices asociativos, la amistad profunda es limitada ⁽³⁵⁾. Cabe recordar las enseñanzas sostenidas a menudo en el calvinismo puritano respecto de desconfiar del amigo más íntimo; de no confiar en nadie y no comunicar a nadie nada ⁽³⁶⁾.

A semejanza de lo expuesto, también la postmodernidad es época de roles, de “sobrecomercialización”, de privatizaciones, de honda incomunicación y de relativa sospecha.

(34) Acerca de la ideología norteamericana, v. por ej. LERNER, op. cit., t. I, págs. 17 y ss., en especial pág. 55

(35) Respecto de la práctica asociativa en los Estados Unidos, cabe recordar lo ya dicho por TOCQUEVILLE, op. cit., págs. 270 y ss. (I, 2, 25).

(36) V. WEBER, op. cit., pág. 126.

26. Según nuestro parecer, siguiendo las magníficas enseñanzas goldschmidtianas, la justicia es una categoría “pantónoma”, referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Aunque se trata de un *futuro* condicionado, que tal vez no sea “porvenir”, como ya se señaló, creemos que la vida neoyorquina es más abierta a esta dimensión de la temporalidad que la postmodernidad en general, donde parece haberse caído más en un permanente presente.

Estimamos valioso que la vida “neoyorquina-postmoderna” se abra a las diversidades del *complejo real* de los seres humanos, pero no que éstos sean al fin pasados por el criterio excluyente de la participación en el proceso económico, como al fin suele suceder.

El gran *complejo personal* de tantos millones de personas dedicadas al desarrollo de un sistema económico y vital posee rasgos valiosos a veces deslumbrantes, en mucho por la gran capacidad para producir riqueza, pero a su vez la “megalópolis” genera el grave riesgo de que las consecuencias de los sucesos no sean recibidas por quienes debieran, sino por otros, por ejemplo, sometidos a explosiones de violencia a las que tendrían que ser ajenos ⁽³⁷⁾.

Creemos que toda valoración debe corroborarse a través del *método de las variaciones*, en cuyo ámbito, entendido en sentido amplio, cabe el estudio de las *alternativas posibles* que presenta la respuesta a valorar. En nuestro caso, sobre todo después del derrumbe de la propuesta alternativa soviética, resulta particularmente relevante preguntarse si existe otra senda viable y más valiosa respecto de las respuestas de la vida neoyorquina y de la postmodernidad.

Estimamos que en todos los supuestos la alternativa ha de ser considerada en todos sus despliegues, sociológicos, normológicos y dikelógicos y lo decisivo han de ser los valores que podrán realizarse en uno u otro modelo.

27. 1. Pese al predominio de la invocación de la legitimación de los repartidores (conductores) por vía de acuerdo (autonomía) de los interesados y por el conjunto de la democracia, es notorio que la vida neoyorquina, en concordancia con la postmodernidad en general, tiene fuertes sentidos de *legitimación tecnocrática*. Toda otra legitimidad, sea aristocrática o incluso autónoma y democrática tiende a ser pasada por el tamiz de la tecnocracia.

27. 2. La legitimidad de los beneficiarios puede provenir más de merecimientos vinculados a la naturaleza o de méritos emergentes de la conducta. La vida neoyorquina obtiene la disciplina que al fin la caracteriza potenciando los méritos del *desempeño económico* sobre los otros méritos y los merecimientos. Las personas valen si sirven al sistema. Sin embargo, la frecuente caracterización de la ciudad como bastión del partido demó-

(37) En relación con el tema v. por ej. FRIEDMAN, Lawrence M., “Total Justice”, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1994.

crata suele corresponder a la mayor preocupación de esta agrupación política por la “redistribución” de la riqueza.

27. 3. En cuanto a la legitimidad de los “objetos” (potencias e impotencias) adjudicados, el estilo de vida que Nueva York difunde en la postmodernidad es especialmente sensible a la *libertad* y sobre todo a la *propiedad*, a veces en detrimento de otros objetos como la misma vida, la creación (con fuertes desvíos a la rutina), etc.

¿Qué, si no un cierto sentido de la libertad y el afán económico, vinculan a los anglosajones, los negros, los italianos, los judíos, los latinoamericanos, los chinos, etc. que a menudo casi sólo *coexisten* en Nueva York?

La vida neoyorquina, a semejanza de la existencia de la postmodernidad en general, tiende a ser rutinaria. Tal vez esta rutina sea una de las causas de los intentos de sacudirla a través de la alienación y la violencia.

27. 4. La legitimidad de la forma (el camino previo) para llegar a los repartos surge, según el criterio trialista, de la audiencia que se brinde a los interesados, de modo que en la autonomía requiere negociación y en la autoridad proceso. De lo contrario, se configuran respectivamente la *mera adhesión* o la *mera imposición*. Creemos que las posibilidades de negociar e incluso de un verdadero proceso en la vida neoyorquina están muy limitadas. La aceleración, la disciplina social y la marginalidad conspiran contra ellos.

28. 1. En la medida que acordemos que para ser justo el régimen ha de ser humanista, tomando a cada individuo como fin y no como medio, y que el humanismo preferible es el abstencionista, diferenciándolos respectivamente del totalitarismo (que mediatiza al individuo ante el conjunto u otros individuos) y del humanismo intervencionista, podremos apreciar que la vida que Nueva York contribuye a difundir por el mundo es en general *humanista abstencionista*, pero podremos estar alertas contra las frecuentes desviaciones hacia el *totalitarismo* (en especial de sentido individualista) y el *intervencionismo*, ambos con proyecciones *economicistas*.

No nos cabe duda que el régimen nucleado en la “megalópolis” norteamericana es superior al totalitarismo nazi derrotado en la Segunda Guerra Mundial porque es relativamente humanista y abstencionista, pero tampoco desconocemos los riesgos de la mediatización “totalitaria” (en sentido amplio) del *individualismo* que a través de la economía mediatiza a unos hombres respecto de otros, ni del abuso del intervencionismo en que se imponen pautas de vida economicistas, aunque sea con miras al bien de los receptores de tal imposición.

En cuanto a las perspectivas de los elementos de la producción, ni el “*capital-ismo*” que predomina en el mundo neoyorquino-postmoderno, ni siquiera el “*labor-ismo*” o el “*natural-ismo*” nos parecen satisfactorios. Al fin, el único “ismo” que estamos dispuestos a apoyar es el “*human-ismo*”.

Creemos que el humanismo requiere adjudicar a cada individuo condiciones de unicidad, igualdad y comunidad. La vida neoyorquina contiene una fuerte consagración—quizás mayor que en otros ámbitos de la postmodernidad— de la unicidad sobre la igualdad y la comunidad. Nueva York es muestra de la democracia de la *igualdad política* pero de las enormes desigualdades económicas, del sacrificio de la igualdad en aras de la libertad y la privacidad. Sin embargo, su significado varía según las circunstancias. En ciertos países, como el nuestro, el modelo que ella exporta tiene consecuencias críticas notorias.

Como la igualdad y la libertad son nociones relativas, es comprensible que desde su punto de vista Tocqueville pensara que los norteamericanos quisieron ser libres para hacerse iguales, pero hoy parece que más tratan de ser iguales para ser libres ⁽³⁸⁾.

Creemos que el humanismo requiere comprensión, que es de manera creciente diversa de la tolerancia, de la indiferencia y del autoritarismo. La actitud neoyorquina predominante y la del hombre de la postmodernidad en general se mueven entre la *tolerancia* y la *indiferencia*, de modo relativamente lejano a la comprensión e incluso a veces desviado hacia el autoritarismo. Por lo menos por ahora, una diversidad como la neoyorquina parece exigir al menos la indiferencia, pero ésta sólo es *coexistencial*, no convivencial.

28. 2. Para ser humanista el régimen ha de amparar al individuo contra todas las amenazas, de otros individuos, como tales y como régimen; de sí mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). Es bastante claro que, siguiendo los cauces del liberalismo, la vida que difunde Nueva York es idónea para amparar *contra el régimen*, pero son zonas de riesgo el resguardo respecto de los demás, de los propios individuos e incluso de “lo demás”. Las grandes tensiones respecto de la asistencia social son un ejemplo de esto.

2') Las ramas del mundo jurídico

29. Desde el punto de vista de las ramas del mundo jurídico, sobre todo según las divisiones continentales, Nueva York resulta de modo principal, a la vez, testimonio del avance del Derecho Comercial y de la creciente formación de la “*constitución material*” de una *estatalidad mundial*, que supera los límites del Derecho Constitucional de los Estados nacionales y del Derecho Internacional. Por su limitado despliegue institucional, la gran ciudad no tiene especial relación con la vida del Derecho Constitucional norteamericano, pero es un exponente relevante del protagonismo y la crisis del Derecho Administrativo.

A la luz del —a veces— abrumador predominio de las perspectivas económicas se hacen necesarios otros planteos de ramas jurídicas, que enriquezcan a las tradicionales, como

(38) TOCQUEVILLE, op. cit., v. pág. 17 (prólogo de J.P. Mayer).

el *Derecho de la Salud, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Ancianidad* e incluso el panorama de conjunto del *Derecho de la Cultura* ⁽³⁹⁾. A su vez, la mundialización de la perspectiva hace cada vez más necesario el planteo del conjunto de la vida jurídica planetaria a través del *Derecho Universal* ⁽⁴⁰⁾.

Desde el punto de vista del nuevo *Derecho de la Integración*, es notorio que el modelo que inspira Nueva York debe tener las características más liberales del NAFTA, a la par que el surgido de París, Bonn-Berlín y Roma ha de poseer los rasgos de más estatalidad de la Unión Europea. Asimismo, no ha de extrañar que la estructura mundial promovida desde el modelo neoyorquino tenga los caracteres de la Organización Mundial del Comercio.

Los rasgos que el panorama de las ramas jurídicas tiene desde la perspectiva neoyorquina son afines a las características que posee en la postmodernidad.

C) Conclusión

30. Utilizando más en concreto el método de las variaciones en este caso, creemos que uno de los interrogantes muy importantes de la *alternativa* al capitalismo “neoyorquino-postcapitalista” es cómo ha de lograrse la *disciplina* imprescindible que el capitalismo impone a través de la utilidad. A nuestro parecer, la humanidad es sobre todo un valor de igualación, pero los valores particulares sirven más a la jerarquización y la disciplina. Somos “humanistas” más que “capitalistas” (en alguna medida puede entenderse al respecto “utilitaristas”), pero estimamos que el humanismo ha de ser superador, no ignorante del capitalismo. ¿Si hubiera que reemplazar al menos en parte a la utilidad, cuáles serían los valores disciplinantes respectivos?

31. Un gran poeta norteamericano creyó ver en sí mismo, como hijo de Nueva York, un cosmos ⁽⁴¹⁾. Quizás en ello había cierta intuición del sentido “planetario” que tendría la ciudad.

(39) Es posible v. por ej. nuestro estudio, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCHI, Alfredo M. SOTO y Jorge STÄHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss. Pueden c. además nuestros trabajos “Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia”, en “Zeus”, t. 29, págs. D.175 y ss.; “Derecho de la Ciencia y protección del investigador”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1992-III, págs. 851 y ss.; “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 20, págs. 35 y ss.; “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación ...” cit., Nº 25, págs. 7 y ss.; “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para la Investigaciones Jurídicas, 1993. El enfoque científico de las ramas jurídicas en su conjunto debe ser, a nuestro parecer, uno de los despliegues de la Teoría General del Derecho.

(40) Es factible c. v. gr. nuestro libro “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

(41) WHITMAN, Walt, “Canto a mí mismo”, trad. Roberto Mattson, 3ª. ed., Bs. As., Renglón, 1989, “Walt Whitman, a kosmos, of Manhattan the son, ...” (24), págs. 72/3.

Nueva York es, a nuestro parecer, expresión altamente significativa de la postmodernidad que ella contribuye en mucho a producir. Hace tiempo Tocqueville dijo “Confieso que en América he visto más que América; ...” ⁽⁴²⁾. La expresión no deja de ser aleccionadora. *También en Nueva York se ve más, mucho más, que Nueva York.*

(42) TOCQUEVILLE, op. cit., pág. 42 (Introducción).

O SISTEMA NA CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA: DE LEIBNIZ A TEIXEIRA DE FREITAS

Judith Martins-Costa (*)

Introdução. I) O sistema em Leibniz. A) O encontro das “verdades imanentes”; B) O método. II) O sistema em Teixeira de Freitas. A) O encontro da “unidade superior”. B) O método. Conclusão.

Assentado, na história da cultura jurídica, que o fenômeno da codificação corresponde à materialização, no direito de fonte legislativa, de uma certa noção de *sistema*, será interessante averiguar, na codificação civil brasileira, quais as linhas de influência que conformam o modelo de sistema que acolhemos. Proponho, para esta leitura, um prisma específico, qual seja, a noção de sistema que, acolhida por Teixeira de Freitas ⁽¹⁾ acabou –apesar de certos rumos desviantes– por restar espelhada no Código Civil de 1916, vendo-se refletida em alguma medida ainda hoje, no Projeto do Código Civil, em tramitação na Câmara dos Deputados.

Sabe-se que na noção de sistema endossada por Teixeira de Freitas foram fortíssimas as influências germânicas, notadamente a de Savigny, objeto de estudos vários e proficientes

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

(1) Nunca será demais destacar a importância da concepção geral do direito que, marcando a formação cultural de Teixeira de Freitas, acabou por marcar a noção de sistema que pode ser deduzida do Código Civil. É que Freitas foi um fenômeno cultural de difícil explicação. Romanista, por certo, mas não só; atento cultor das fontes lusitanas, mas não só. Universalista, por certo, mas, ao mesmo tempo, um personagem vincado pela atenção ao seu lugar - o dado espacial, ou os aspectos “espaciais” do sistema o seu país, ao qual escandaliza o fato de haver, já, um Código Comercial, e inexistir um equivalente no setor da agricultura, “*o mais importante dos problemas a resolver*” (Veja-se, neste sentido, a análise de Pierangelo Catalano na palestra proferida na Sessão Inaugural do Congresso Internazionale del Centenário di Augusto Teixeira de Freitas, Atti, in “*Augusto Teixeira de Freitas e Il Diritto Latinoamericano*”, org. de Sandro Schipani, Ed. Cedam, Pádua, 1988, pág. 13). Um homem que, por estes traços, poderia ser tido como voltado ao passado, mas que foi, primordialmente, um *personagem de antecipações*, nascendo, deste paradoxo, sua glória e sua tragédia.

que esgotam o tema ⁽²⁾. Menos versada tem sido a influência do pensamento de Leibniz ⁽³⁾ na concepção de sistema que está na raiz da *Consolidação das Leis Civis* e do *Esboço*. Muito embora este tema tenha sido objeto de certas análises ⁽⁴⁾, os valiosíssimos estudos que o versam estão centrados, contudo, na noção de sistema que resulta e advém da célebre bipartição entre os direitos pessoais e os direitos reais, refletindo-se na *estrutura* do projetado Código ⁽⁵⁾. Em outras palavras, estes estudos têm como eixo, fundamentalmente, a noção de sistema enquanto estrutura, entendida esta como a relação entre os elementos de um sistema ⁽⁶⁾.

Acolhendo estas inestimáveis lições, proponho adotar outro viés de análise, qual seja, o exame da *matriz filosófica da noção de sistema*, tal como entendida na acepção que lhe

-
- (2) A propósito, veja-se os estudos de José Carlos Moreira Alves, "A formação romanística de Teixeira de Freitas e o seu espírito inovador"; Nelson Nogueira Saldanha, "História e Sistema em Teixeira de Freitas"; Orlando de Carvalho, "Teixeira de Freitas e a unificação do Direito Privado"; e José Luis de los Mozos, "Aproximación metodológica al sistema de Teixeira de Freitas (a través de la distinción entre obligaciones y derechos reales y a proposito de la posesión)", todos integrantes do volume "'Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano'", Atas do Congresso internacional do centenário de Teixeira de Freitas, Roma 12/14 de dezembro de 1983, org. de Sandro Schipani, Ed. Cedam, Pádua, 1988, e ainda o meu estudo "Da Boa-Fé no Direito Privado - sistema e tópica no processo obrigacional", Ed. Revista dos Tribunais, no prelo.
- (3) Leibniz não é classificável, segundo as categorias hoje dominantes, nem só como um filósofo, ou um matemático, ou um lógico, ou um jurista. Foi um "maître penseur", numa época em que as fronteiras entre as ciências não eram rígidas como hoje, onde a Lógica e a Metafísica não estavam apartadas. Demais disto, nas influências culturais do seu tempo ainda se misturavam os "antigos" —a tradição escolástica— com os "modernos", Bacon e Campanella, Galileu, Kepler e Descartes e ainda Hobbes. Nestes descobre Leibniz ainda estudante em Leipzig, com pouco mais de quinze anos, "une méditation sur l'unité et l'harmonie du monde, une Logique, une Méthode bien différente de celle d'Aristote qui avait failli le conduire au verbalisme: le souci de l'expérience". (Yvon Belaval, *Leibniz - Initiation a sa philosophie*. Paris : Lib. Philosophique J. Vrin, 1984, cit., p.pág. 33).
- (4) Assim, José Luis de los Mozos, "Aproximación metodológica al sistema de Teixeira de Freitas(a través de la distinción entre obligaciones y derechos reales y a proposito de la posesión)", in "Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano", cit., págs. 465 a 486, no qual, ao comparar Freitas e Velez Sarsfield, apontando às suas diferenças, dirá; "Esta diferencia, por lo demás, en el origen de la formación jurídica, cultural y humana de nuestro autor tiene un nombre propio: G. V. Leibniz, en cuya influencia hay que encontrar un factor decisivo, constante y duradero a pesar de otras influencias posteriores"(pág. 469). Não logra o civilista espanhol, todavia, a anotar punctualmente essa influencia, salvo no que concerne à construção do Esboço com base na distinção entre os direitos reais e pessoais. Também Orlando de Carvalho, in "Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado", in "Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano", cit., págs. 101 a 153. (A referência a Leibniz encontra-se em várias notas, v.g, nota 41, pág. 117, Anexo I, pág. 141 e 142 e Anexo II, pág. 150). Ainda José Carlos Moreira Alves, em "A formação romanística de Teixeira de Freitas e o seu espírito inovador", in "Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano", cit., págs. 17 a 39, localizando-se a referência a Leibniz na pág.27, Nelson Nogueira Saldanha, em "História e Sistema em Teixeira de Freitas", cit., pág.54, Francisco dos Santos Amaral Neto, em "A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira", in "Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano", cit., págs. 155 a 170, em especial pág. 157, e Silvio Meira ("Teixeira de Freitas. o juriconsulto do Império. Vida e Obra", Rio de Janeiro, 1979, em especial xi e xii).
- (5) Esta noção parece resultar do método exposto por Leibniz in "Nova methodus docendae discendaeque jurisprudentiae", obra escrita em 1667, e que era do conhecimento de Teixeira de Freitas, como alude este expressamente na Introdução à Consolidação das Leis Civis, XLIX, embora pareça ser de seu conhecimento indireto, através da Dissertatio, de Blondeau.
- (6) A noção de estrutura, correlata a de sistema, é posta por Mario Losano, in "Sistema e Struttura nel Diritto", vol. Primo, Ed. Giappichelli, Turim, 1968, pág. XXIII.

mático, mas sim *definir a ordem da razão* –aquilo que estrutura o sistema– ao modo das ciências matemáticas: analogia *more geometrico*, portanto, a qual requer a elaboração de um sistema centralizado no qual, no dizer de Menezes Cordeiro, “*a ordenação não se consegue com base em conexões estabelecidas entre elementos periféricos pré-sistemáticos, ela desenvolve-se, antes, unitária e metódica, de uns quantos princípios firmados com vista ao sistema*”⁽¹¹⁾.

Por isso o sistema se fundará em “proposições primeiras” que não requerem demonstração justamente por serem “verdadeiras” ou “inatas”, assim como o são os princípios primeiros da matemática ou da geometria, de onde se seguem, *ordenada e unitariamente encadeadas, proposições secundárias e efeitos que constituem uma totalidade*.

Analisando a noção de sistema em Leibniz afirma Mario Losano⁽¹²⁾ que, em sua obra o termo adquire uma dúplici significação: uma, atécnica, referida sobretudo à exposição de uma certa matéria e outra, específica, na qual o termo sistema designa não como o mero acostamento de elementos, mas, sobretudo, o conjunto das demonstrações destes fatos, conformando ordem científica perfeita na qual os particulares elementos devem ser expostos com base na maior ou menor simplicidade da sua demonstração⁽¹³⁾. Nesta acepção, percebe Losano, “*sistema se enriquece de uma ulterior qualificação: não é apenas um discurso dedutivo, cujas partes são logicamente conexas, mas é também um discurso que deve fundar a dedução sobre certos princípios, assim como ocorre no raciocínio matemático*”⁽¹⁴⁾. O que significa dizer que, *pressuposta* à noção de sistema está a existência de certos princípios, existentes de per si que o fundam e o conformam.

É em direção à análise destes princípios, de sua conformação e significado para a noção de sistema que devo agora prosseguir.

A) O encontro das “verdades imanentes”.

Visto o sistema não mais como o simples acostamento de elementos, mas, sobretudo um “*sistema interno*”, racionalmente compreensível e racionalmente demonstrável, segundo categorias, conceitos e definições racionalmente apreensíveis, um problema, contudo, continuava a perturbar as análises filosóficas, qual seja, a de saber como enquadrar, nesse sistema, os “casos difíceis”, apenas solúveis mediante a casuística.

Leibniz teve o mérito de, pioneiramente, buscar solver este problema, e o fez mediante o estabelecimento do elo que realiza a necessária conexão ou convergência (“*sýmpnoia pánta*”⁽¹⁵⁾) entre os elementos componentes do todo: a harmonia ou conexão

(11) Antonio Manuel Menezes Cordeiro “*Da Boa-Fé no Direito Civil*”, Ed. Almedina, Coimbra, 1984, p. 219.

(12) *Sistema e Struttura nel Diritto*, cit., pág. 58.

(13) Op. cit., pág. 58.

(14) Idem, pág. 61, traduzi.

(15) A expressão de Hipócrates está em “*Novos Ensaio*”, cit., pág. 8.

imaneente derivaria da existência de “princípios primeiros”, existentes por si sós e *integrantes do próprio ser das coisas*.

Sua originalidade —e nisto é “*stupefacentemente moderno*”, como dirá Giovanni Tarello ⁽¹⁶⁾— está no modo como capta os problemas do direito e como organiza metodologicamente os problemas de mais difícil solução, pois, ao contrário da opinião então corrente, segundo a qual as soluções das questões dúbias deveriam ser buscadas na prática, recaindo na casuística, entende haver, para cada questão dúbia uma única solução, a *qual deveria e poderia ser demonstrada*. A solução que propõe é o estabelecimento de uma proposição jurídica verdadeira que pode ser descoberta se a argumentação *partir de outras proposições jurídicas verdadeiras e já conhecidas* ⁽¹⁷⁾.

No debate que, mediante o imaginário diálogo entre Filaleto e Teófilo, trava com Locke, Leibniz nega a existência de átomos ⁽¹⁸⁾, rejeita a possibilidade de substâncias, ou “almas” que possam existir separadas ⁽¹⁹⁾ e afirma a existência de “princípios inatos”, ou “verdades necessárias”. Essas “verdades inatas”, ou axiomas, estando interligadas, formam um *sistema graduado ou escalonado*, pois a natureza “*nunca faz saltos*” ⁽²⁰⁾, provindo “*as percepções grandes e notáveis*” “*por graus daquelas que são excessivamente insignificantes para serem notadas*” ⁽²¹⁾ e competindo à Razão “*a qual nada escapa, compreender distintamente todo o infinito e enxergar todas as razões e todas as conseqüências*” ⁽²²⁾.

Nesta perspectiva, as “verdades imanentes” possibilitariam a constituição de um saber totalizante e escalonado, eis que estruturado sobre princípios internos, imanentes, que estão no interior, no próprio “ser” de cada ciência. Observe-se a seguinte passagem: “*As verdades necessárias, quais as encontramos na matemática pura e sobretudo na aritmética e na geometria, devem ter princípios cuja demonstração independe dos exemplos e consequentemente, também do testemunho dos sentidos(...)* Também a lógica, a metafísica e a moral, uma das quais forma a teologia e a outra a jurisprudência todas as duas naturais, estão repletas de tais verdades necessárias e, por conseguinte, a sua demonstração não pode provir senão de princípios internos que se denominam inatos. É verdade que não se deve imaginar que possamos ler na alma estas leis eternas da razão a livro aberto, como se lê o edito do pretor no seu livro sem trabalho e sem pesquisa; basta, porém, que possamos descobri-los em nós em virtude da atenção, sendo que a ocasião é fornecida pelos sentidos, e a seqüência das experiências serve ainda como confirmação à razão, mais ou menos como as provas servem na aritmética para melhor evitar o erro de cálculo, quando o raciocínio é longo” ⁽²³⁾.

(16) In “*Storia della Cultura Giuridica Moderna*”, Ed. Il Mulino,, Bolonha, 1976...”, cit., pág. 136.

(17) Tarello, “*Storia...*”, cit., pág. 136.

(18) “*Novos Ensaios*”, cit., pág. 7.

(19) Idem, pág. 11.

(20) Idem, pág. 10.

(21) Idem, ibidem.

(22) Idem, pág. 11.

(23) Idem, pág. 5.

O que significa que existem proposições primeiras, com caráter auto-fundante, as “verdades necessárias” que são “inertes”, as quais, todavia, podemos descobrir “à força da atenção”. Descobertos os princípios internos ou “inatos” e as relações entre esses e os casos particulares —aqueles que provêm dos exemplos— tem-se um sistema racional e internamente articulado, a razão atuando para a formulação das conexões “*pois só a razão é capaz de estabelecer regras seguras e de suprir o que falta nas regras que não são seguras, inserindo as suas exceções (e) só a razão é capaz de encontrar finalmente as conexões certas na força das conseqüências necessárias*”. Se encontradas as “conexões certas na força das conseqüências necessárias” é porque encontrados estiveram os “verdadeiros princípios das coisas nas unidades de substância” ⁽²⁴⁾.

Estas premissas, exaustivamente explicitadas nos *Novos ensaios*, re-iluminarão o exame de seu método, este sim conhecido por Teixeira de Freitas, que expressamente alude, na *Introdução à Consolidação*, ao *Nova Methodus discendae discendaeque jurisprudentiae* ⁽²⁵⁾, referindo-o também em várias passagens da “*Nova Apostilla à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez*” ⁽²⁶⁾.

B) O Método

Leibniz propõe um ordenamento sistemático e pedagógico do direito construído sobre o fundamento dos métodos lógicos versados em sua época e, assim —a observação é de Cesare Vasoli— reúne o procedimento axiomático-dedutivo dos *Elementa* euclidianos com as disposições tabulárias típicas da dialética de Pierre Ramée e, ainda, “os reclusos à virtude demonstrativa do silogismo aristotélico com a construção do sistema dos loci comunes e a insistente alusão às técnicas combinatórias ilustradas na *Dissertatio*” (de modo que) tais instrumentos e o caminho lógico devam todos confluir e combinar-se na elaboração de uma nova metodologia do direito” ⁽²⁷⁾.

A combinação entre o encontro das “verdades imanentes” ou “princípios primeiros” com os instrumentos da Lógica resulta no amoldamento do pensamento a uma estrutura interna e formal, vinculada à forma descritivo-expositiva. Por isto, “o verdadeiro Método, considerado em toda a sua extensão, é uma coisa, no meu entendimento, completamente desconhecida até hoje, e é praticado somente nas matemáticas. Mesmo ele é imperfeito em

(24) Idem, pág. 24.

(25) *Consolidação das Leis Civis*, Garnier, 3ª edição, 1896, XLIX e nota 31, doravante designada “Consolidação” e indicadas as referências à Introdução pelos números romanos.

(26) Ed, Typographia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, 1859, doravante designado por “Nova Apostilla”.

(27) Cf. Cesare Vasoli, *Enciclopedismo, Pansofia e Riforma Metodica del Diritto nella nova methodus di Leibniz*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. 2, 1973, pág. cit. p. 41, grifos do autor.

relação às próprias matemáticas, como eu tive a felicidade de mostrar a alguns”⁽²⁸⁾, dirá Leibniz, acentuando que, nas matemáticas, cuja excelência resulta do seu formalismo, as experiências não se realizam *“sobre a coisa em si mesma considerada, mas sobre as características que nós substituímos em lugar das coisas”*⁽²⁹⁾. Características formais, por certo, de modo que, se utilizado o método que propõe, o raciocínio, seja na Física, na Moral ou na Jurisprudência, será tão demonstrável quanto na Aritmética.

Assim sendo, propõe que, conhecidos os “princípios primeiros”, e deduzidas, por via da Razão, todas as suas conseqüências, das maiores às menores, sejam atribuídas *definições certas para cada coisa, cada elemento ou fenômeno*: *“É manifesto que se se puder encontrar caracteres ou signos próprios para exprimir todos os nossos pensamentos, assim exatamente e claramente como a aritmética exprime os números, ou que (a álgebra) a análise geométrica exprime as linhas, nós poderemos fazer, em todas as matérias, desde que elas sejam sujeitas ao raciocínio, tudo o que se pode fazer em Aritmética e em Geometria”*⁽³⁰⁾.

Do que, e especificamente no que concerne à Jurisprudência, Leibniz, investindo contra *“a imensa multiplicidade das leis”*⁽³¹⁾ dispersas *“em imensos volumes, entre os quais não existe nem ordem nem concordância”*⁽³²⁾, contra o tipo de aplicação que daí decorre, baseada em argumentos retirados da *“razão das leis, razão que é por vezes a coisa mais incerta”*⁽³³⁾, propõe a elaboração de um código, conjunto de leis *“a partir das quais cada um compreenderá facilmente seu dever em todos os negócios e onde não se poderá reclamar de não haver cumprido por ignorância ou de ter sido abusivo pela sutileza do direito”*

(28) *“La vrai Méthode, prise dans toute son étendue est une chose à mon avis tout à fait inconnue jusqu'ici, et n'a été pratiquée que dans les mathématiques. Encore elle est imparfaite à l'égard des mathématiques mêmes, comme j'ai eu le bonheur de faire voir à quelques uns”* (Couturat, L. “Opusculs et fragments inédits de Leibniz, 153, apud Y. Belaval, “Leibniz, Initiation a sa philosophie”, Lib. Philosophique, J. Vrin, Paris, 1984, cit., p. pág. 124).

(29) *“sur la chose même, mais sur les caractères que nous avons substitués à la place de la chose”* (Couturat, Opusculs..., cit., p. 154, apud Belaval, “Leibniz...”, cit., p.pág. 124).

(30) ...Couturat, Opusculs..., cit., 155, grifado no original, apud Y. Belaval, “Leibniz...”, cit., p.pág. 125.

(31) G.W.Leibniz, *“De la Justice et du Nouveau Code”*, 1678 (data provável) In *“Trois Textes sur le droit et la codification”*, transcritos por René Sève, In APD. vol. 31, Paris, 1986, pp.. 357 a 367. No original: *“Nous avons décidé d'embrasser l'immense multitude des lois avec clarté dans peu de mots, afin que la mémoire des hommes ne soit pas surchargée et que le jugement ne soit pas plus longtemps fluctuant à cause de l'incertitude des opinions. Et ainsi le droit sera finalement achevé et certain (finitum certumque)* (p. 360).

(32) Idem, ibidem. No original: *“Elles (as causas do direito incerto) sont assurément difficiles parce qu'elles sont contenues à l' état dispersé dans d'immenses volumes, parmi lesquels parfois il n'y a ni ordre ni accord. Les mêmes lois sont très souvent employées en diferentes causes et de diferentes manières (...). De plus, dans um même corps de lois des dispositions antérieures sont abrogées par celles que lui suivent; parfois on ne sait les distinguer.”*

(33) Idem, p. 361: *“Or on charge d'ordinaire ces arguments dans la raison de la loi, raison qui est parfois la chose la plus incertaine: en général il ne faut pas accorder que l'autorité des interprètes est telle qu'ils peuvent étendre l'avis d'une loi (sententiam legis) `des choses semblables, surtout lorsque des lois elles-mêmes semblent tantôt admettre tantôt rejeter ce mode d'argumentation et que l'estimation de la similitude est incertaine; et on a même l'habitude de tirer pour soi, à partir des lois, des axiomes ou des règles de droit, qu'ensuite on utilise pour définir des causes, mais que cependant sont affaiblis de tous côtés par des distinctions et perdent leur fonction: car les lois elles mêmes nient que l'on doive tirer le droit à partir de règles de cette sorte”*.

⁽³⁴⁾ de modo a evitar os processos “*recobertos de trevas de tal sorte que raramente uma causa de alguma importância é tratada sem que, mesmo entre os especialistas, nasçam controvérsias extremamente embaraçantes*” ⁽³⁵⁾.

A este código—que, todavia, não chegará a ser efetivo, pois ainda seria um impossível histórico—subjaz a noção leibniziana do direito como um sistema deduzido da demonstração das verdades imanentes, às quais correspondem definições certas, relativas a proposições que se articulam internamente, “*ligando sujeitos (jurídicos) a predicados (jurídicos), proposições que “são verdadeiras” (porque demonstráveis pelo raciocínio, como nas matemáticas), “e das quais com regras de transformação das proposições que se encontram na ciência lógica, podemos assim alcançar outras proposições (jurídicas) verdadeiras e incluídas no sistema jurídico*” ⁽³⁶⁾.

Como é por todos sabido o método de Leibniz foi prosseguido pela Pandectística alemã notadamente a partir das formulações que lhe conferiu Wolf, espelhando-se, por suas grandes linhas, no BGB. Muito antes desta corporificação legislativa, contudo, veio refletir-se, entre nós, no sistema proposto por Teixeira de Freitas que, expressamente, buscou o seu aperfeiçoamento e desenvolvimento último.

II) O sistema em Teixeira de Freitas

Atentíssimo leitor de Savigny e dos juristas germânicos tributários das concepções leibnizianas ⁽³⁷⁾, percebe Teixeira de Freitas que o filósofo de Leipzig, apesar do “*poder do seu gênio*” ⁽³⁸⁾, não alcançara retirar a melhor aplicação da “*verdade eterna*” ⁽³⁹⁾ que havia posto, e que nem esta havia sido perfeitamente assimilada pelos que lhe haviam seguido.

Disposto a empreender esta tarefa e ir às últimas conseqüências das proposições de Leibniz, assim organiza a *Consolidação*—estruturando— a na divisão entre uma Parte Espe-

(34) Idem, p. 358.

(35) Idem, p. 360, no original: “*En effet, nous avons appris que, par le vice des hommes et des temps, les procès sont recouverts de ténèbres de telle sorte que rarement une cause de quelque importance n'est traitée sans que même entre les spécialistes (peritos) ne puissent naître des controverses assez embarrassantes (perplexae)*”.

(36) Assim G. Tarello no original: “*(...)una concezione del diritto comme sistema di proposizione; proposizioni che conettono a sogetti (giuridici) predicati (giuridici); proposizioni che sono vere, e dalle quali, con regole di trasformazione delle proposizioni che triviamo nella scienza logica, possiamo perciò pervenire ad altre proposizione (giuridiche) vere, e incluse nel sistema giuridico*”. (“*Storia...*”, cit., p. pág. 133).

(37) Critica acerbamente Teixeira de Freitas os juristas filiados à Domat e Pothier, ainda presos demasiadamente ao sistema classificatório romano, privilegiando, portanto, a classificação operada na Alemanha de Savigny, “*o paiz da meditação, onde a Sciencia do Direito, associando-se à história, e à philologia, tem alcançado os mais brilhantes triunfos*” (“*Consolidação*”, cit., LII).

(38) Introdução à *Consolidação*, XLIX.

(39) Idem, LI.

cial, composta pela divisão fundamental dos direitos pessoais e reais ⁽⁴⁰⁾, à qual “*antecede uma Parte Geral, que lhe serve de prolegômenos*” ⁽⁴¹⁾. Não me deterei no exame desta estrutura, já suficientemente iluminada pelos estudos existentes, apenas assinalando que, à Parte Geral, cabia tratar dos “*elementos constitutivos de todas as relações jurídicas, e portanto das relações jurídicas na esfera do Direito Civil*”, isto é, as pessoas e as coisas. O que quero sublinhar é que, para Freitas, esta distinção era derivada “*do producto da analyse de todos os direitos possíveis na sua extensão*” ⁽⁴²⁾, isto é, não só os elementos constitutivos do direito subjetivo, mas, sublinho, todos os direitos possíveis, e em toda a sua extensão, tarefa omnicomprensiva própria de quem perspectivava, no Direito Civil, a existência de um sistema, e de um sistema apto –ao contrário de uma mera ordenação classificatória– a promover a cobertura total da instância normativa.

Ora, o que me parece digno de nota é que uma tal estrutura só seria possível se tivesse como premissa a existência, em cada ser, em cada instituto jurídico, de um princípio primeiro, fundante e verdadeiro, princípio inato, radicado no interior do próprio ser, e do qual derivariam, como conseqüências necessárias, as demais regras, tal como havia proposto Leibniz. Este princípio denominou Teixeira de Freitas de “*a unidade superior*” através da qual podem ser deduzidas as relações que compõem os institutos e as regras da legislação.

A) O encontro da “unidade superior”

Já na *Consolidação*, que precedeu em cerca de quarenta anos a estrutura realizada no BGB ⁽⁴³⁾ resulta, do espírito sistematizador de Teixeira de Freitas, a capacidade de pensar conceitos e concepções dotados do mais alto grau de generalidade e abstração tal como só posteriormente ingressariam no patrimônio jurídico contemporâneo. Sabia discernir, com precisão, o código –como espelho do sistema que seria próprio e imanente ao “ser” do Direito– e aquilo que, produto de uma mera ordenação, nada mais constituiria do que “*um*

(40) Afirma o nosso jurista que, com aquela divisão, se alcançaria o desaparecimento da diferença entre os direitos reais e os direitos pessoais, “*diferença tão importante que é a chave das relações civis*”. E esta distinção tem o caráter de chave para a compreensão da ordem de arrumação das matérias concernentes às relações civis justamente, porque é *sistemática*, isto é, guarda consonância, externamente, com aquilo que é *internamente* dotado de uma “organização” ou sistema imanente. Ao ignorá-las, o chamado “sistema” das *Pandectas*, portanto –assim como o do *Code Civil Français* –tem muito mais de “*ordenação*” do que de “*sistema*” – no sentido que lhe será emprestado pela ciência alemã como o modelo próprio ao desenvolvimento de raciocínios sistemáticos – tais como serão entendidos no séc. XIX e em boa parte deste século.

(41) “*Consolidação das Leis Civis*”, Introdução, cit., CXII.

(42) *Consolidação*, CXIII, grifos do autor.

(43) Segundo Silvio Meira ((“*Clóvis Bevilacqua, Sua Vida. Sua Obra*”, Ed. EUFC, Fortaleza, 1990, p. 114), alguns autores europeus consideram Teixeira de Freitas, por esta concepção, influenciador do Código Civil Alemão. Assim, Raoul de la Grasserie (“*Lois Civiles du Brésil*”, Ed. Giard & Briere, Paris, s/d).

livro com letreiro de Código Civil, à feição do nosso Código Comercial vigente” ⁽⁴⁴⁾. O exame punctual de certas passagens de sua obra indicará até que ponto abeberou-se das concepções leibnizianas e até que ponto conferiu-lhes vida e corporificação, levando-as às últimas conseqüências, talvez não imaginadas pelo filósofo.

Preliminarmente ao exame de sua obra inacabada será importante fixar alguns pontos. Em primeiro lugar, os traços marcantes da noção de sistema no direito civil, que endossa uma noção vincada fortemente pelo acento ao método, um método, contudo, que não é meramente externo, não é só clareza e uma ordenação mais ou menos arbitrária. Um método que inicia com a organização do imenso cipoal legislativo que havia resultado das Ordenações e das leis extravagantes, mas que segue adiante, e resulta, como havia ensinado Leibniz, do “interior do ser” do direito. Será melhor permitir que Teixeira de Freitas fale por si, explicando-nos, passo a passo, como lhe ocorreu esta noção: *“Quaes os verdadeiros limites da Legislação Civil? Quaes as disposições actualmente em vigor? Qual o teor de sua ordenação própria? Os entendedores da materia, aquelles que conhecem o estado na nossa Legislação, sua incerteza, seus elementos heterogêneos, podem bem avaliar a dificuldade destas questões. “Nunca tivemos Codigo Civil, e se por tal reputassemos o corpo das ordenações Filippinas, ou antes o 4º livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e sucessões estaríamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois seculos e meio.”* ⁽⁴⁵⁾.

O que significa que, uma vez detectado o problema, é preciso *“... examinar as leis em seus próprios textos sem influencia de alheias opiniões, comparar attentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as conseqüências de umas e outras; eis o laborioso processo que empregado temos para conhecer a substância viva da Legislação* ⁽⁴⁶⁾”, a “substância viva” que anima as leis, que desenha a ordem que lhe é própria e desfaz a “imensa teia”, o que só é possível através da meditação solitária, dos estudos e da reflexão, único caminho para o encontro da *unidade superior*, como dirá em célebre passagem: *“Para achar (...) os limites do Direito Civil, e a norma de exposição das matérias, que lhe pertencem, recorreremos a estudos de outra natureza, consultámos os monumentos legislativos, revimos e meditámos as tradições da Sciencia; e com livre espirito procuramos essa unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações e dá esperanças de um trabalho consciencioso.”* ⁽⁴⁷⁾

(44) Apud Levi Carneiro, “*Estudo crítico-biográfico*”, pág. XIV, introduzindo a edição de o *Código Civil - Esboço*, Ed. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, 1952, doravante denominado “*Esboço*”.

(45) “*Consolidação das Leis Cíveis*”, cit., XXXI e XXXII.

(46) Idem, ibidem, grifei.

(47) Idem, XXXIV, grifos meus.

Veja-se, neste trecho, o reflexo imediato das considerações leibnizianas acerca das noções ou princípios inatos, expostas no diálogo entre Filaleto e Teófilo acerca do sistema que este último vem de formular: *“Encontro”*, diz Teófilo, *“os verdadeiros princípios das coisas nas unidades de substância que este sistema introduz, e na sua harmonia preestabelecida pela substância primitiva”* ⁽⁴⁸⁾.

“Substância interior que penetra as mais recônditas relações”, para Freitas, “princípios existentes nas unidades de substância” ou “substância primitiva”, para o filósofo alemão, princípios “inatos” porquanto assim entendidos os que *“não temos necessidade de ir buscar fora”* ⁽⁴⁹⁾ existentes que são *“no ser das coisas”* ⁽⁵⁰⁾ —assim havia dito Leibniz— muito embora possam carecer de demonstração, *“como a verdade dos números, que estão em nós muito embora as aprendamos, seja por via demonstrativa, seja comprovando-as por exemplos”* ⁽⁵¹⁾, uma vez que a sua percepção *“depende de uma atenção e de uma ordem”* ⁽⁵²⁾.

Em todo o caso, sempre *“causas determinantes”* —dirá Freitas— de cuja escolha *“depende a solução do problema”* ⁽⁵³⁾, causas inatas, que não devem ser arbitrariamente escolhidas fora do ser, uma vez que este não constitui *“tabula rasa, como lousas nas quais não existe nada escrito”* ⁽⁵⁴⁾ —escrevera Leibniz— uma vez que *“o homem é o ente inteligente e livre, e não uma tabula rasa em que o legislador constrói codificações arbitrárias”* —assim enunciará Teixeira de Freitas, ao comentar o art. 36 do Esboço ⁽⁵⁵⁾, no seu sentir a *“pedra angular de todo o Direito Civil que for legislado sobre a base da natureza humana”* ⁽⁵⁶⁾. Ilumina-se, por este viés, a sua célebre expressão contida no mesmo comentário— *“as leis são feitas para o homem, e não o homem para as leis”* ⁽⁵⁷⁾. E assim é porque o princípio que as anima já existe e não suporta intervenções arbitrárias, porque *“a obra nós a temos e apenas se a modifica tanto quanto é preciso para o bem comum”* ⁽⁵⁸⁾.

Percebido o princípio, havia ensinado Leibniz, *“pode-se tirar dele conseqüências científicas”* ⁽⁵⁹⁾, pois *“a razão das verdades mais particulares depende das mais gerais, das quais são apenas exemplos”* ⁽⁶⁰⁾. A tarefa do legislador que o percebe é alcançar estas conseqüências em toda a sua extensão e assim, distinguir, dividir, definir. *“Classificar”*, dirá Freitas, *“não é simplesmente dividir, não é somente designar por uma denominação comum*

(48) *“Novos ensaios”*, cit., pág. 24.

(49) Idem, pág. 35.

(50) Idem, pág. 36.

(51) Idem, pág. 36.

(52) Idem, pág. 37.

(53) *“Esboço”*, cit., comentário ao art. 4º, pág. 7.

(54) *“Novos ensaios”*, cit., Prefácio, pág. 4.

(55) Art. 36: *“Sempre se entenderá que lhes são (às pessoas de existência visível) permitidos todos os atos e todos os direitos, que não lhes forem expressamente proibidos”*.

(56) *“Esboço”*, cit., pág. 39.

(57) Comentário ao art. 39, *“Esboço”*, cit., pág. 39.

(58) Idem, ibidem.

(59) Leibniz, *“Novos Ensaios”*, cit., pág. 39.

(60) *“Novos ensaios”*, cit., pág. 35.

os indivíduos que se assemelham a certos respetos. A divisão é instrumento da analyse; mas, terminada esta, e conhecidas as diferenças e semelhanças dos entes ou factos observados, a classificação, instrumento da synthese, os distribue, não em series isoladas, mas em classes superiores e inferiores, subordinadas umas às outras, e formando um verdadeiro systema, que não é um simples arranjo e superposição, mas um tecido, um aggregado de partes reciprocamente unidas” ⁽⁶¹⁾.

Nas Notas ao Esboço, chegará a confessar: *“Estas divisões e distinções “conheço que são mais próprias da doutrina, que da lei; mas sem elas é impossível bem compreender o pensamento da lei, e fazer de suas disposições uma idéia exata.. Todas as nossas divisões e distinções não aparecem no Projeto como simples adorno científico, do mesmo modo que as definições; deve-se entender que são de carácter imperativo, ou concomitantes de disposições imperativas”* ⁽⁶²⁾.

A classificação, a divisão, a distinção, não sendo arbitrarias, não provindo da escolha aleatória de um número —como o que encantara o monarca das Siete Partidas— nada mais são, portanto, do que o produto de *um princípio dominante* ⁽⁶³⁾, pois *“se a classificação não é fundada sobre um princípio, não existe systema”*. ⁽⁶⁴⁾

Note-se que as proposições leibnizianas a respeito dos princípios inatos, da necessidade de sua demonstração e do alcance de suas conseqüências eram, no seu entender, também válidas para as ciências de ordem prática, chegando a afirmar que não existiriam, aliás, princípios de ordem prática que não fossem inatos” ⁽⁶⁵⁾. Havia escrito Leibniz: *“a ciência moral (...) é inata da mesma forma que o é a aritmética, pois depende também das demonstrações que a luz interna fornece”* ⁽⁶⁶⁾. O que é inato, ensina Teófilo, *“nem por isto é logo conhecido clara e distintamente: necessita-se por vezes muita atenção e ordem para percebê-lo, sendo que as pessoas de estudo nem sempre o atingem, muito menos qualquer criatura humana”*. ⁽⁶⁷⁾

“Cem vezes vacilei”, confessará Teixeira de Freitas, na nota ao art. 276 do *Esboço*, dando conta da profundidade do seu meditar sistemático: devia ou não contemplar as sociedades anônimas como pessoas jurídicas, e a par das corporações, posto diferirem, ambas, na sua duração? Mil vezes meditou, porém, e chegou à conclusão de que a diferença não era fundamental, que havia um carácter comum às duas espécies ⁽⁶⁸⁾. Aí percebe-se o seu

(61) Nova Apostilla, cit., pág. 52, grifos originais.

(62) “Esboço”, cit., nota ao art. 274, pág. 161, grifei.

(63) Nova Apostilla, pág. 53.

(64) Idem, ibidem.

(65) Leibniz, “Novos Ensaios”, cit., pág. 39.

(66) Idem, pág. 42.

(67) Idem, pág. 45.

(68) “Esboço”, cit., nota ao art. 276, pág. 165.

imenso esforço para, à força do estudo e da meditação visualizar, no “ser” dos vários institutos que classificava e sistematizava, a sua “verdade inata”, o seu “princípio superior”, a “substância viva”, o “princípio comum” que permitiria a classificação perfeita das várias regras jurídicas, deles decorrentes ⁽⁶⁹⁾. Daí também o seu manifesto horror ao “*detestável espírito das leis francesas*” ⁽⁷⁰⁾, “*pasta de confusos elementos*” ⁽⁷¹⁾ que tão acerbamente critica em várias passagens das notas ao *Esboço* e da *Nova Apostilla*. Horror à assistemização, às noções “*errôneas e confusas*” que adviriam de uma inexata compreensão do sistema que propunha, fundado na verdade do ser, encontrável pela atenta observação à “*realidade da vida*” ⁽⁷²⁾.

Com efeito, tinha Teixeira como certo que as verdades das coisas, ou princípios, ou idéias, constituíam, como havia afirmado Leibniz, “*a alma e a conexão*” dos nossos pensamentos ⁽⁷³⁾, sendo “*ali necessários, da mesma forma que os tendões e os músculos o são para andar, embora não pensemos neles*” ⁽⁷⁴⁾. Mesmo quando da elaboração da *Consolidação*—quando o intuito ainda não era o codificatório, mas o de ordenar e, classificando, tornar clara a confusa massa legislativa existente—transparece, nítida, a preocupação de ordenar e classificar à vista das conexões imanentes dos institutos, à vista da “*unidade superior*” que preside a “*substância viva*” do direito, o que o levou, na justa observação de Orlando de Carvalho, a situar o sistema “*como matriz do problema, de relevo quase impar entre os juristas de seu tempo*” ⁽⁷⁵⁾.

E foi ímpar porque, no *Esboço*, “*ponto culminante de sua obra*” e, no qual “*o seu espírito criador encontra terreno propício para evidenciar-se*” ⁽⁷⁶⁾, levou às últimas conseqüências esta concepção, o que pode ser exemplificado com o exame de dois temas, quais sejam, o da *unificação do direito privado*—no qual a questão da unidade sistemática da matéria privada levada às últimas conseqüências—e *do caráter das disposições da Parte Geral*, que virá a reformular.

É neste último ponto que desejo enfocar nossa atenção, tomando como exemplo paradigmático das concepções leibnizianas que acolheu a riquíssima nota ao art. 431, que introduz a Secção III do *Esboço*. Ai vem expresso o método que deriva da sua concepção de sistema, método que explica e justifica a estrutura do Código que propôs:

(69) Veja-se, como exemplo, a nota ao art. 40. do “*Esboço*”, justificativa da distinção e classificação entre pessoas capazes e incapazes, um dos pontos altos do seu pensamento.

(70) “*Esboço*”, cit., pág. 8, nota ao art. 5º.

(71) *Nova Apostilla*, pág. 72.

(72) *Esboço*, pág. 19, nota 17, em crítica à divisão das pessoas procedida pela doutrina francesa: “*mas como fugir à divisão do noddo texto? A realidade da vida ai está. basta observá-la*”.

(73) Leibniz, “*Novos ensaios*”, cit., pág. 35.

(74) Idem, ibidem. E ainda: “*O espírito se apóia sobre esses princípios a todo o momento, mas não chega tão facilmente a distingui-los e representá-los distinta e separadamente, visto que isto exige uma grande atenção ao que ele faz, e a maior parte das pessoas. pouco habituadas a meditar, não têm tal atenção*”.

(75) Op. cit., pág. 119.

(76) José Carlos Moreira Alves, op. cit., pág. 29.

tratam na parte geral das matérias do Direito Civil. Não nos conformamos com este método''.

"Hoje, ao contrário, estou convencido de que sem este método será impossível expor com verdade a síntese das relações do Direito Privado, e fugir a um defeito gravíssimo de que se ressentem todos os Códigos, com excepção unicamente do da Prússia. Eles têm legislado sobre matérias de aplicação geral a quase todos os assuntos do Código Civil, do Código de Comércio e do Código do Processo, como se fossem exclusivamente aplicáveis só aos contratos e testamentos; e com este sistema embaraçam o exato conhecimento do Direito Privado, isolando fenómenos que são efeitos da mesma causa, e contribuindo destarte para que muitas espécies escapem à influência de seus principios directores." (79)

(77) "Consolidação", cit., XII e XIII.

(78) Idem, XLIX.

(79) "Esboço", cit., pag. 229, nota ao art. 431.

O encontro da “unidade superior” que permite não se isolem fenômenos que derivam das mesmas causas justifica, pois, a reformulação operada. Expostas as razões pelas quais considerou incluir os fatos jurídicos, elabora uma teoria dos fatos jurídicos, entendendo que os erros em que incorriam os códigos de particularizar disposições dotadas de “*caráter próprio de omnicomprensão*”⁽⁸⁰⁾ aos contratos e testamentos foi superado “*ao dar conta fiel*”, a Parte Geral, de “*todos os elementos dos direitos*”, e justificando o seu raciocínio em passagem que só será igualada em rigor científico, na civilística brasileira, por Pontes de Miranda, escreverá: “... *assim como subi dos contratos e testamentos para os atos jurídicos, foi necessário remontar depois dos atos jurídicos para os atos lícitos em geral, dos atos lícitos para os atos voluntários, achando aí os atos ilícitos; e finalmente dos atos voluntários para os fatos em geral.*”⁽⁸¹⁾.

O relevo que atribui à idéia de fato jurídico como elemento que está no topo de uma escala —pois bem discerne entre os fatos como *causa* e como *objeto* do direito— é revelador do escalonamento ou *estrutura graduada* que o anima, tal qual havia sido impulsionada pelo filósofo alemão. Bem assim, a importância conferida à idéia de ato jurídico como dado potencialmente gerador e articulador de toda a instância normativa: “*Entram na ordem dos fatos de que trata esta Secção: estas palavras em nosso texto advertem que não se trata dos fatos como objeto de direitos, senão unicamente dos fatos como causa produtora de direitos. (...). Os fatos, objeto de direitos, e dos atos jurídicos, são sempre atos humanos positivos ou negativos, ações ou omissões. Os fatos, causa produtora de direitos, podem ser atos humanos, e podem também ser fatos exteriores em que a vontade não tem parte. Sem fatos que engendrem direitos, eis o pensamento fundamental do nosso artigo e da presente Secção, não pode existir direito algum no sentido em que o Projeto vai regular direitos na Parte Especial;*”⁽⁸²⁾

Em carta a Martin Francisco, então Ministro da Justiça, datada de 20 de setembro de 1867, retoma este ponto: “*Na escala dos actos jurídicos entram as leis (...) As leis em grupo, e em outro grupo o resto dos actos jurídicos, são, em última análise, as únicas potências, a que se reduzem todas as causas jurídicas*”. (...) *Actos em geral, actos voluntários, involuntários, jurídicos, probatórios, legislativos, governamentais, administrativos, judiciais, civis, comerciais, ilícitos, tal é a escala que percorremos, e bem se vê que as leis são atos legislativos, e que acima destes estão os actos jurídicos.*”⁽⁸³⁾.

(80) Idem, ibidem.

(81) Idem, ibidem, grifos originais.

(82) Idem, ibidem, grifos do autor e meus.

(83) Apud Orlando de Carvalho, op. cit. Anexo I. pág. 142., grifos meus.

O que aqui percebo é a realização da proposição leibniziana da “verdade imanente” que, descoberta, põe a nu o mais profundo ser das regras jurídicas e permite o desdobrar encadeado de outras proposições. “Verdade imanente”, contudo, que, em Freitas, está fundamentalmente atada à “*realidade da vida*”—e por isto superadora do simples geometrismo—vinculada que é ao que se passa, concretamente, na realidade: “*Eis a parte mais delicada dos meus trabalhos. Quem quiser meditá-la, conhecerá perfeitamente o jogo das relações humanas em todo o campo do Direito Privado, e nas suas duas divisões de Direito Civil e de Direito Criminal; saberá precisamente quais sejam seus elementos comuns, qual a linha que as separa. E, na órbita do Direito Civil, ficará na posse de um instrumento seguro para conhecer o mundo dos fatos, para resolver com exatidão todas as espécies, não se iludindo com a reprodução delas em sua variedade infinita.*”.⁽⁸⁴⁾

Conclusão

Detectadas, assim, as semelhanças entre as matrizes do pensamento de Teixeira de Freitas e de W. G. Leibniz, seria o caso de, à guisa de conclusão, perguntar se o nosso jurista logrou realizar—como havia proposto, na Introdução à *Consolidação*—a superação do pensamento do filósofo de Leipzig, retirando a melhor aplicação da “*verdade eterna*” que aquele havia posto. O perfeito geometrismo teria sido superado no confronto com a realidade da vida?

O fato de sua obra não ter podido validar-se no plano da efetiva praxis, a superação, em nossos dias, da noção iluminista de sistema⁽⁸⁵⁾, o *essor* da era decodificatória⁽⁸⁶⁾, não permitem resposta conclusiva. Indícios, contudo, podem ser visualizados nas observações que, certamente, registram que, em Teixeira de Freitas, a preocupação com o *concreto do Direito*⁽⁸⁷⁾, com os seus aspectos sociais—preocupação percutientemente atribuída por Miguel Reale à influência que recebeu de Ahrens e do krausismo⁽⁸⁸⁾—foi também uma cons-

(84) “*Esboço*”, cit., grifos meus.

(85) Acerca deste tema escrevi em “*A Boa-fé no Direito Privado*”, cit., capítulos 4º e 5º.

(86) “*Essor*” relativo, é bem verdade, que atingiu o seu auge nos anos 80, com a extraordinária repercussão da obra de Natalino Irti, “*L’Età della decodificazione*” (1978). Hoje já se fala, contudo, na “era recodificatória”, seja pela simples observação do fenômeno da codificação, é certo que sob novas bases, já não mais centrado na preocupação omnicomprensiva e totalizante que caracterizou a codificação oitocentista, sendo exemplos, nos últimos 30 anos, os Códigos Civis de Portugal, Argentina, Grécia, Chile, Venezuela, Equador, Peru e, mais recentemente, Holanda, seja porque os próprios autores da idéia decodificatória parecem ter voltado atrás em suas proposições (nesse sentido, Natalino Irti, “*I cinquant’anni del Codice Civile*”, *Rivista di Diritto Civile*, 1992, Parte Prima, pág. 227).

(87) Assim, Nelson Nogueira Saldanha, op. cit., pág. 65.

(88) “*Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas*”, in “Augusto Teixeira de Freitas e Il Diritto Latinoamericano”, cit., págs. 41 a 48, assinalando: “*A referência a Ahrens me parece essencial, pois o conhecido Cours de Droit Naturel deste filósofo teuto constituiu uma das vias de penetração das idéias de Krause no Brasil*”. (pág. 42).

tante, tão forte quanto a preocupação lógico-sistemática. Só por este dado, portanto, seria possível afirmar que não perdeu-se, o nosso civilista, no puro geometrismo abstratizante. Pelo contrário, o que no vigente Código Civil "*morde (digamos) a realidade vem de Teixeira de Freitas, ou de Coelho Rodrigues*", afirma incisivamente Pontes de Miranda⁽⁸⁹⁾, referindo-se ao *Esboço* e ao Projeto de Coelho Rodrigues. E a unificação, no Projeto do Código Civil, hoje em tramitação, das obrigações civis e comerciais —unificação que resulta da "idêntica substância" (como se diria em linguagem oitocentista) destas atividades, centradas que estão na categoria geral do negócio jurídico⁽⁹⁰⁾— constitui eloqüente traço do legado sistemático que nos transmitiu.

Campo Verde, agosto de 1999.

(89) *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Ed. Forense, 1981, pág. 87.

(90) Nesse sentido, Miguel Reale: "*Toda a vez que o negócio jurídico, disciplinado na parte do Direito das Obrigações, adquire uma estrutura própria adequada à realização do fato econômico, surge a empresa*". (In "*O Projeto do Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais*", Ed. Saraiva, 1986, pág. 48).