

LAS ESCUELAS JUDICIALES EN LA POSTMODERNIDAD

MARIO E. CHAUMET (*)

Ignoramos si el universo contiene soluciones o sólo interrogantes, enteramente viejos y eternamente rejuvenecidos, pero sí creemos que para comprender cualquier tema es menester poseer los problemas, y poseer los problemas es poseer las preguntas. En realidad un problema es una pregunta y, aunque parezca obvio, encontrar las preguntas vendría a ser por ende, la condición, el presupuesto para poder encontrar respuestas. Aceptamos también que, en gran medida, para que la pregunta esté "viva", para que resulte esclarecedora necesita de un sistema¹. El sistema, en especial cuando es abierto, facilita la comprensión. Por ello reconocemos en la obra de Werner Goldschmidt -en especial en la teoría trialista del mundo jurídico- un instrumento invaluable para encontrar las preguntas que la juridicidad de este tiempo necesita.

Sobre las escuelas judiciales

Pocas dudas quedan acerca de que uno de los temas de mayor preocupación para la sociedad latinoamericana en los últimos años es el funcionamiento del poder judicial y, en particular, aquello vinculado con los sistemas de selección y capacita-

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

1. Sobre las relaciones de problemas y sistemas v.: GOLDSCHMIDT, Werner, "Justicia y verdad", Bs. As., L.L., ps. 25 y ss.

ción de sus miembros. Es así como no nos deja de llamar la atención el auge que en los últimos años han alcanzado las escuelas judiciales².

A menudo se sostiene que la educación o capacitación judicial es uno de los caminos más directos para fortalecer el poder judicial y, en consecuencia, el estado de derecho³. Las escuelas o centros de capacitación judicial día a día se presentan como herramientas insustituibles para el servicio de justicia. En la editorial titulada “Mejorar la justicia, tarea de todos” del diario La Nación, se sostiene que la labor del Consejo de la Magistratura “debe ser complementada con una política de capacitación que incluya el funcionamiento de una escuela judicial como las que existen en los países más avanzados, que no sólo forme técnicamente a los magistrados sino que sea, a la vez, un ámbito de reflexión sobre la trascendencia de la misión que están llamados a cumplir. De la buena coordinación que se establezca entre el funcionamiento del sistema judicial de capacitación con el desenvolvimiento de la carrera judicial dependerá que se pueda alcanzar una selección de jueces que aporte al sistema transparencia moral y eficiencia técnica”⁴.

Se sostiene que no sólo en aras de velar por el correcto funcionamiento del estado de derecho, sino ante la eventualidad que se introduzca cualquier reforma en el sistema judicial, es fundamental contar con canales adecuados de capacitación judicial: “Por más pequeña que sea la reforma que desee introducirse, la misma estará condenada al fracaso si no está sustentada en la capacitación judicial, es decir, si no existen los medios adecuados para trabajar con el aspecto humano que en definitiva es el más importante, y quien tendrá la responsabilidad de implementar aquella reforma”⁵.

Una de las perspectivas para comprender el significado profundo de un instituto, para encontrar las preguntas pertinentes, es comprender el significado de su época. Cada problema jurídico se desenvuelve en una estrecha relación con el mar-

2. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Cuadernos para la reforma judicial nº 5”, “Las escuelas judiciales”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., 1998.
3. Así Sagüés destaca la vinculación entre los distintos modelos de Poder Judicial y la escuela judicial en donde esta última tiene mayor afinidad con los modelos que pretenden concebir a la judicatura como una función profesionalizada y con actividad institucional de poder, tanto de control como moderador.
4. Diario La Nación, Bs. As., 25 de junio de 2000, p. 22.
5. STANGA, Silvana M., “El saber de la justicia. Un modelo sistematizado de capacitación judicial y avances realizados en la Argentina”, Bs. As., AID-FLL, 1996, ps. 16 y ss.

co cultural donde se encuentra. Las maneras de resolver los conflictos o las formas de capacitación, no son las mismas en un régimen feudal, capitalista o socialista⁶. Según lo venimos exponiendo, la estructura cultural de nuestros días se presenta en situación de crisis. Se van produciendo profundas transformaciones que se manifiestan en todas sus áreas y a ello no escapan, por ejemplo, la educación, el derecho, el proceso judicial. A este “clima cultural” en el que nos movemos se le ha puesto el nombre de postmodernidad⁷. Describirlo resulta complejo y respecto a sus rasgos definitorios no hay acuerdo. -Son múltiples las caracterizaciones que se han hecho de la postmodernidad y frecuentemente disímiles las conclusiones⁸. Por supuesto

6. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo”, en J.A., 15-07-98, p. 2.
7. Acerca de la postmodernidad puede v. por ej. VATTIMO, Gianni, “El fin de la Modernidad”, trad., A.L. Bixio, 3a. edic., Barcelona, Gedisa, 1990; JACKSON, Michael, O., “Modernism. PostModernism and Contemporany system Thinking”, en “Critical Systems Thinking”, ed. por R.L. Flood y M.C. Jackson, 1992 John Wiley & Sons Ltd., ps. 279 y ss. (con nota de M.A. Ciuro Caldani en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, nro. 16, ps. 89 y ss.); JAMESON, Frédic, “El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado”, trad. Pardo Torio, Ia. reimp. en Argentina, Bs.As., Paidós, 1992; CHEAL, David, “Unity and difference in Postmodern Families”, en “Journal of Family Issues”, vol. 14. Nro. 1, marzo 1993, ps. 5 y ss.; REIJEN, Willen van, “Labyrinth ad Ruin: The Return of the Baroque in Postmodernity”. en “Theory Culture & Society”, vol.9, ps.1 y ss.; LYOTARD, Jean-François. “La condición postmoderna”, trad.- id. M.A.Rato, Bs.As., Rei, 1991. DIAZ, Esther, y otros, “Posmodernidad”, Bs.A-s., Biblos, 1988; MALIANDI, Ricardo, “Dejar la Posmodernidad (La ética frente al irracionalismo actual)”, Bs.As., Almagesta, 1993; ROA, Armando, “Modernidad y Posmodernidad: Radiografía del Tiempo Presente”, en “El Mercurio -Artes y Letras-”, Santiago de Chile, 16-01-94, p. E-10 y ss.; ROUANET, Sergio Paulo, “Mal-Estar Na Modernidade”, São Paulo, Companhia Das Letras, 1993; GUS-BERG,Jorge, “Moderno / Postmoderno”, Bs.As., Emecé, 1993; KAUFMANN, Arthur, “La filosofía del derecho en la posmodernidad”, trad. de Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992; TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, “Postmodernidad y Derecho”, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1.993. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, nº 19, ps. 9 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel y CHAUMET, Mario Eugenio. “Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en Investigación y Docencia”, nº 21 ps. 67 y ss.; CHAUMET, Mario, “La postmodernidad y las técnicas alternativas de resolución de conflictos”, en E.D., 04-05-94, ps. 1 y ss.; “La crisis de la subjetividad moderna y el derecho penal”, presentado ante las IX Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, y “El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna”, en Investigación y Docencia Nº 23, ps. 51 y ss., en colaboración con Alejandro Aldo Menicocci.
8. Reiterar.:s, como lo hemos hecho en otros trabajos, que no asumimos un análisis valorativo sobre este tiempo denominado de la postmodernidad. En todo caso, como lo señala Kaufmann, estamos ante un cambio de época y muchos de los valores que se creían incombustibles son puestos en crisis según la dura prueba que nos muestra la realidad. “Ciertamente lo postmoderno ha provocado corrientes que científicamente no pueden tomarse en serio, pero en lo esencial sus enunciados contienen algunos datos que, para la situación actual, son justamente también significativos en la ciencia”. (en la introducción a op. cit. “La filosofía...”, trad. de Luis Villar Borda).

que no pretendemos describir aquí las diversas caracterizaciones que se vienen realizando de este “clima cultural”, pero sí preguntarnos si algunos de sus rasgos más relevantes nos permite clarificar las preguntas que deberán tenerse presente cuando se piense en la capacitación judicial.

La postmodernidad

Muchos dicen que la modernidad está en crisis⁹. De las diversas manifestaciones de la crisis, destacamos principalmente -aquellos que, por lo menos, se presenta como un “**replanteo de la subjetividad**” legada por la modernidad.

El ideario de exaltación de lo individual, de confianza en el poder de la razón y en la conciencia del hombre, en su autodeterminación, está en crisis¹⁰.

La modernidad suponía un “sujeto fuerte”. Por el contrario la postmodernidad nos muestra un “**sujeto débil**”, “el hombre de buen carácter dispuesto a gozar de lo nuevo y que se satisface con lo efímero y fugaz”.

La modernidad se apoyó en un discurso racional, exaltó el papel de la razón y de la conciencia del hombre. La postmodernidad significa sustancialmente -la ruptura del modelo de racionalidad individual. Se ha perdido la confianza en esa racionalidad que fundaba todo su obrar en el ideal de la razón.

Aparece entonces otros discursos alternativos, entre ellos¹¹, lo que se ha dado en llamar hiperrealismo de las formas. Como diría Gianni Vattimo, los medios nos contaminan con un **abarroamiento de imágenes**. Nuestra idea del mundo y de la realidad es la que nos forman estas imágenes.

Muchas veces se habla que vivimos vinculados a una realidad virtual. “Virtual” es la palabra de moda que, aplicada a imágenes, significa que ya no tienen necesariamente un referente en la realidad. El desarrollo de la imagen modifica nuestra re-

9. ROUANET, Sergio Paulo, op. cit. p.9.

10. En este sentido no asombra, que así como en un momento se llegó a proclamar la muerte de Dios, en estos días se ha podido anunciar la muerte del hombre, suponiendo que es un mito la reivindicación del sujeto consciente. Así Foucault desliza una crítica a la teoría del sujeto formada en la modernidad que pone al mismo como núcleo central de todo conocimiento. (v. “La verdad y las formas jurídicas”, trad. Enrique Lynch, 20 edic., Barcelona, Gedisa, 1991)

11. Así hay quienes sostienen que el nuevo gran relato se expresa como ideal de la razón perfomática. Esta supone una suerte de ontología de la mejor actuación en un doble aspecto: optimización de la eficiencia y carácter imperativo del éxito, exaltación de la exterioridad e hiperrealismo de las formas. Supone el más alto grado de pretensión pragmática y técnica.

lación con lo real y, más especialmente, nuestra relación con los demás. Esa superabundancia de imágenes tiene consecuencias perversas: **acostumbrados a ver todo, no es seguro que sigamos mirando.**

Alejandro Piscitelli nos habla de “Las máquinas de imaginar”. Sostiene que desde que se inventó la conciencia en la civilización prehelénica, lo virtual siempre convivió con lo real, desde siempre hubo estructuras y formas literarias que nos permitieron vivir la realidad y experiencia de los demás como si nosotros estuviésemos en su lugar. En estos días el problema está en que, en vez de tener que imaginar cada vez más, los elementos vienen adosados en el guión, matriz o simulador. Por eso sostiene que cuando más sentidos son compensados por la máquina, cuando más parecido es el mundo virtual al real, cuando más convincente es la alucinación, **la realidad virtual toma el lugar de la realidad real.**

En el preciso momento en que lo real se vuelve insostenible es cuando lo virtual se expande avasalladoramente. No se sabe si lo virtual deglutiirá a lo real.

Y es que la clásica diferencia sujeto-objeto -típica de la modernidad- se esfuma, pues ya no hay un sujeto observador imparcial que estudia su objeto, antes bien, en las tecnoconciencias lo que correspondería antiguamente al objeto, se vuelve activamente sobre el sujeto, lo modifica lo cambia. “En las técnicas posmodernas con la aparición de la informática, de la televisión, etcétera, el supuesto objeto creado se vuelve sobre el sujeto creador y lo influye por dentro, recreándolo en cierto modo a su vez.” Resulta difícil establecer cuánto pertenece al hombre y cuánto a las tecnologías, distinguir quién es sujeto y qué es objeto. A veces es el sujeto el que cabalga al objeto y lo dirige, y de repente es el objeto el que cabalga al sujeto y lo maneja¹².

Según Mac Auge, lo que **está en juego es la noción misma de individualidad**, es la constitución de un yo totalmente ficcional, definido por su posición en redes de realidad virtual, fascinado por imágenes de imágenes. El objetivo de esta fascinación sería aún menos real que los sueños y las visiones a las que todas las culturas tradicionales pudieron dar un sentido, porque eran fruto de un lugar y una cosmología; pasaríamos así de la era **del no-lugar a la del no-yo**¹³.

12. ROA, Armando, op.cit. p. E-11; HABERMAS, Jürgen, "Ciencia y técnica como "ideología""", trad., M. Jiménez Redondo y M. Garrido, Madrid, Tecnos, 1992, ps. 131 y ss.
13. Toda la estructura cultural se ve afectada y a ello no escapan la vida política ni la jurídica. Cabe destacar a modo de ejemplo, el peligro cultural que supone el **monopolio de la imagen**.

Como lo hemos señalado, se trata, de una imagen trasmisita en una infinidad de presentes sin aparente conexión, instantánea, fugaz. Bourdieu señala que existe un vínculo negativo entre el pensamiento reflexivo y la velocidad, por ello será que la urgencia de los noticieros no se condice con el tiempo necesario en un proceso judicial. El proceso significa, decidir escuchando a todos los interesados, y para escuchar se necesita tiempo.

La cultura postmoderna pone también en crisis el sentido del espacio y del tiempo del mundo moderno. Así se habla de los no lugares (por ejemplo el hall de un aeropuerto, los supermercados, un centro comercial) donde nadie está en su casa, pero donde uno tampoco está en la casa de otro. Si no hay espacio no hay donde enraizar la personalidad¹⁴. Las computadoras, por ejemplo, facilitan el ejercicio solitario de la vida social, llamativamente es posible estar solo y en relación con el resto del mundo, o estar en todas partes y en realidad no estar en ningún lado.

También se ha puesto en crisis la temporalidad moderna. El hombre postmoderno, vive vinculado con lo efímero y lo fugaz. El tiempo se fractura en una infinidad de presentes que se suceden sin aparente conexión, es la cultura del zapping, de los video clips, el imperio de lo efímero¹⁵.

La postmodernidad ha puesto en crisis la institucionalidad, en particular ha puesto en crisis el rol del estado nacional¹⁶. “Así aunque los estados continúan teniendo un importante papel formal las personas jurídicas más características son las sociedades comerciales”. La decadencia del papel estatal y el protagonismo de las empresas avanza en todos los ámbitos y particularmente en el descrédito de todas las fases institucionales del estado al que no escapa la administración de justicia. En algún sentido eso explica la pretensión de reemplazar la jurisdicción estatal por otros medios alternativos de solución de conflictos¹⁷.

14. CIURO CALDANI, Miguel Angel, op. cit., “Las crisis...”, p. 5.

15. Ibídem.

16. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo”, Madrid, Tecnos, 1995.

17. Pese a ello Ciuro Caldani sostiene que aunque el capitalismo postmoderno es en principio poco institucionalizador, en nuestro tiempo globalizado existe una fuerte tendencia institucionalizadora, aunque sea a veces “criptoinstitucionalidad” (una institucionalidad oculta) capitalista, que se desarrolla de manera permanente. Sostiene que vale mantener abierta la pregunta acerca de la relación que tal institucionalidad mundial puede tener con la formación de una estatalidad mundial. (“Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, ps. 135/159).

También se ha dicho que la postmodernidad tiene múltiples fragmentaciones de superficie, más **en lo profundo se impone un monolítico predominio de la utilidad**. Por eso, el reinado de la utilidad que caracteriza la estructura cultural de la postmodernidad, hace que un hombre vale en la medida que sea útil. Ciuro Caldani sostiene que nuestros días tienen estados globalizados donde reinan un mismo mercado, un sistema monetario común -con referencia dolarizada universalmente aceptada- una misma lengua -el idioma inglés adquiere el mismo significado que el latín en el mundo medieval-, y un mismo complejo de valores.

Nuestros días también se caracterizan por una **aceleración en los cambios históricos**. En todos los ámbitos de la cultura los cambios se producen vertiginosamente. No terminamos de repensar algo nuevo que también lo nuevo empieza a modificarse. Observemos, a título de ejemplo el fenómeno Internet. Muchos indican que las épocas serán cada vez menos apacibles, porque cambiarán cada vez con mayor fuerza e impacto sectores completos de la economía, las empresas, el empleo, la educación, la política, etc. y debido a Internet lo harán cada vez a mayor velocidad¹⁸.

Se sostiene que dentro de unos tres a cinco años: el 80% de tráfico de voz pasará por Internet; el 80% del espectro que está traficando voz, datos, video, TV, radio, TV por cable, etc., va a estar basado en tecnologías Internet; el 80% de todos los negocios del mundo van a estar conectados a Internet, generando una comunicación más efectiva entre proveedores, clientes, competencia y gobierno; el 80% del producto bruto va a ser absolutamente dependiente de Internet; el empleo en las ciudades con profunda penetración comercial de Internet va a exceder todas las expectativas¹⁹.

Se piensa que los procesos de desintermediación en todas las líneas de negocios van a estar casi completamente terminadas, que millones de personas en todos los continentes quedarán sin trabajo de sus empleadores tradicionales y que las compañías deberán modificarse a sí mismas para incluir valor agregado a la venta de productos de terceros, o desaparecerán del mercado.

Por ello hay quienes creen que la educación deberá adaptarse a estos requerimientos de mercado, señalado que no se trata sólo de "desocupación" en el sentido

18. En: "¿Qué es la nueva economía? II" en "Novedades Empresarias y Profesionales (NEP)" (magazine electrónico), Vol. III, Nro. 42, May/2000-2.

19. Ibídem.

clásico, que implica una reconversión profunda en los roles y relaciones económicas que trascienden a toda la cultura.

De allí que se cree que el clamor no debería pasar por subsidios de desempleo o puestos de trabajo (que en muchos casos no existen ni existirán más), el clamor debería ser: "ayúdennos a reconvertir nuestros conocimientos y habilidades para adecuarnos al cambio". Digamos que las pancartas en las marchas y manifestaciones deberían decir: "Capacitación para el Cambio !!!"²⁰

Reiteramos que bajo consideraciones más o menos extremas, la cultura de nuestros días ha puesto en "crisis" muchos de los presupuestos que caracterizaron a la modernidad²¹.

Así también la juridicidad de la modernidad va sufriendo profundas transformaciones que se manifiestan en todas sus áreas²². En estos días, los moldes establecidos se presentan inadecuados ante las nuevas necesidades; nuestro mundo en crisis parece considerar al derecho como una realidad hostil. Es un período "crítico" para toda la juridicidad, pero especialmente para el sistema moderno de -solución de conflictos: -el proceso judicial-.

Dado que este tipo de proceso está ligado con las categorías de la modernidad, al ser estas cuestionadas, este remedio también entra en crisis. En otras oportunidades hemos destacado que **hay una atmósfera general de desconfianza para con el proceso judicial**, considerado como un mecanismo abstracto poco atento a los problemas de la época²³. Creemos que esta "atmósfera" tiene su principal origen en las características culturales de la postmodernidad. Lo que resulta terrible de vivir en las épocas de "crisis", es que desaparecen las viejas instituciones y modelos, cuando aún no están claramente desarrollados los nuevos. Comprender la realidad cultural, poder formular las preguntas correctas que hagan a su cometido, es el gran desafío que deberán desplegar las escuelas judiciales.

20. Ibídem.

21. CHAUMET, Mario, MENICOCCI, Alejandro Aldo, op.cit. "El proceso...".

22. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, F.I.J., 1985, ps. 65 y ss.

23. Ya hemos dicho que hay que remediar los alcances del proceso judicial moderno. Aunque al margen de los contenidos del presente creemos que este tipo de debate no está muerto. Uno de los desafíos de la ciencia jurídica de este tiempo será ubicar al proceso dentro del marco cultural que propone la postmodernidad. (v. nuestro estudio op. cit.: "La postmodernidad y las técnicas alternativas de resolución de conflictos")

Desde esta perspectiva, que antes de buscar soluciones habrá que pensar en las preguntas, ante el cambio cultural las escuelas y los centros de capacitación judicial se deberán formular muchas de estas preguntas. Excede los marcos de este trabajo pretender agotar las mismas, pero desde la citada perspectiva teórica y a modo de ejemplo podemos presentar algunas.

Perspectivas teóricas

Creemos que las escuelas judiciales deberán preguntarse sobre el marco teórico desde el cual desarrollarán su capacitación. Ello no implica entrar en una discusión -en gran medida insoluble- acerca del objeto del derecho, pero sí hay que evidenciar la referencia a un objeto que permita comprender el mundo en el cual están insertadas.

Sostiene Bobbio que: “quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de mejor organización de la vida de los hombres asociados. Considera que cualquier propuesta jurídica debe superar los reduccionismos que llevan a eliminar o “por lo menos a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica, y consecuentemente la mutilan”²⁴. Para insertarse en la postmodernidad las escuelas judiciales de nuestro tiempo postmoderno, deberán superar los reduccionismos jurídicos.

Los conceptos jurídicos tradicionales -entre ellos proceso, juez- fueron construidos en tiempos donde no se habían desarrollado las ciencias sociales. La modernidad en cierto modo radicalizó el recorte de la realidad social de cada fenómeno jurídico. La sociología, la antropología, la historia, la economía, la psicología -entre otras- han contribuido a evidenciar las carencias del pensamiento jurídico formalista incapaz de superar dichos recortes. Las posibilidades de los reducciónismos infra-dimensionalistas que no atienden a la realidad social, las normas y los valores son

24. BOBBIO, Norberto, en “Contribución a la teoría del derecho”, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, F. Torres, 1980, ps. 35 y ss.

limitadas. En particular, se evidencia la reducción a brindar sólo moldes lógicos, desentendiéndose en mucho de la dinámica de la realidad social y del vuelo valorativo necesario para hacer frente a los nuevos problemas que aceleradamente cambian las construcciones dadas²⁵.

En nuestros días es difícil concebir al juez y al proceso de la manera tradicional, como elementos que no están en la vida real sin captarlos como fenómenos sociales. Se ha dicho que “tal vez sea porque los conceptos tradicionales heredados de la modernidad no reflejan científicamente la realidad que tanto se plantea la crisis de la denominada “postmodernidad”²⁶.

La dinámica actual exige, para la imprescindible renovación del saber, superar los planteos puros y compartmentalizados del saber, tributarios del pensamiento moderno, en una época en donde la exigencia de visiones interdisciplinarias es cada vez más necesaria.

En este sentido es que creemos que está vivo el pensamiento de Werner Goldschmidt referido a la complejidad de la vida, quedando abiertas las posibilidades para la integración interdisciplinaria²⁷.

Así, el planteo de la teoría trialista del mundo jurídico, permite hacerse cargo de toda la estrategia que requiere la capacitación judicial en estos días, siendo posible reconocer una visión más interdisciplinaria de la misma, en la integración jurídica con la economía (que nos mostrarán las exigencias de utilidad y eficiencia), la sociología, la antropología, la psicología, la lingüística, la lógica, la política, etc., en donde se harán más comprensibles los despliegues culturales actuales, sin que lo jurídico se convierta en un juego de “abstracciones descolgadas” de los problemas de su tiempo.

De este modo las escuelas judiciales podrán abordar una capacitación que, sin abandonar la claridad conceptual ni el rigor lógico de la modernidad, les permita integrar los resultados de todas las ciencias . Esto sólo se logra como una comprensión amplia de la juridicidad.

25. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social nº 18, p. 19.

26. Ibídem.

27. En relación al tema puede especialmente v. “Introducción Filosófica al derecho”, 6a. Edic., Bs. As., Depalma, 1987.

Dimensión sociológica

Son muchas las preguntas que desde la jurística sociológica podríamos formular pero uno de los interrogantes básicos que la estructura cultural de nuestros días obliga a las escuelas judiciales enfrentar, es saber quiénes y dónde se va a producir la capacitación judicial. Dicho en otros términos, desde dónde se va a conducir la capacitación judicial, no se trata de suponerla como un saber ya digerido, que no se sabe en absoluto cómo fue adquirido, de dónde proviene, cuándo fue tomado²⁸.

La democratización de la cultura exige que en la elaboración de un fenómeno de la trascendencia cultural como lo es la capacitación judicial, haya una real participación de todos los interesados²⁹. Cabe señalar que en nuestro tiempo postmoderno a veces la legitimación es en superficie democrática, pero en profundidad oculta un decisivo dominio tecnocrático: el sistema técnico tiende a satisfacer una ley de concentración de la técnica³⁰.

La globalización tecnocrática puede intensificar en la capacitación el fenómeno -tan tradicional de la juridicidad argentina y latinoamericana- como lo es el de la recepción, fomentando la vocación de inventar países. En la recepción un marco jurídico produce un derecho propio siguiendo un modelo que le es ajeno, en donde el receptor renuncia a elaborar el derecho por sí mismo³¹. Se imita al modelo extraño, no porque analizando su contenido se llegue al convencimiento de que es más valioso, sino porque se cree que vale porque se debe hacer como lo harían en el extranjero. Así por ejemplo en nuestro país la tradición receptora ha vivido reproduciendo, el derecho civil y administrativo francés, el constitucional norteamericano, el penal alemán, el comercial italiano.

Es necesario valorar las experiencias de los modelos de capacitación judicial de otros países. Resulta auspicioso que el IV Congreso de Capacitación Judicial en

- 28. SCHELER, Max, “El saber y la cultura”, trad. J. Gómez de la Serna, Bs. As., La Pléyade, 1972, ps. 64 y ss.
- 29. MANNHEIM, Karl, “La democratización de la cultura”, en “Ensayos de sociología de la Cultura”, trad. Manuel Suárez, 2a. edic., Madrid, Aguilar, 1963, ps. 241 y ss.
- 30. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “El derecho a la vida y la discriminación económica y tecnológica”, en “Investigación y Docencia” nº 31, ps. 25 y ss.
- 31. Sobre la recepción puede verse: ZAJTAY, Imre, “La réception des droits étrangers et le droit comparé”, en Revue internationale de droit comparé, nº 4, ps. 686 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Lineamientos del Derecho Universal”, Rosario, FIJ, 1979, ps. 151 y ss.

Argentina muestre los modelos de capacitación judicial en países como España, Italia, Brasil, Chile, Canadá, como en otras oportunidades se ha hecho con el modelo estadounidense, pero un hecho es analizar experiencias y otro imitarlas.

En nuestro tiempo de la postmodernidad las escuelas judiciales deberán encarar el desafío de producir la capacitación expresando con acierto el contenido de la voluntad de las comunidades para las cuales es destinada. Aunque parezca obvio no es lo mismo el diseño de la capacitación en París, Madrid, Buenos Aires, Catamarca, Santa Fe, Montreal o Porto Alegre. Para peor, la postmodernidad tiende a una globalización tecnocrática producida en centros no territorializados.

Como todo fenómeno de importación, la recepción del modelo extraño origina problemas de asimilación, ignora las particularidades espaciales y temporales, crea el riesgo de caer en el método global conduciendo a la masificación. No se trata de caer en el aislamiento, en soluciones chauvinistas, radicalmente localistas, pero tampoco imitar soluciones para funcionar en un ambiente que no le es propio, con medios inadaptados a la nueva situación y que van a tropezar con los límites necesarios que impone la realidad.

Debemos considerar también que la cultura de la postmodernidad es especialmente “difusa” lo que reduce en el caso las posibilidades de la conducción de la capacitación, y para que la misma no quede paralizada en función de enfrentamientos sectoriales.

Sin perjuicio de ello, en el panorama jurídico de este tiempo, las escuelas judiciales deberán encontrar respuestas a como capacitar en un clima cultural donde prevalece crecientemente una juridicidad basada en las influencias humanas difusas. Hemos dicho que hoy la conducción humana va cediendo a un curso de acontecimientos donde lo difuso abarca todo³². Ello no solo implica nuevas formas de acceder al sistema judicial de solución de conflictos, de debate, sino que manifiesta nuevas formas en la producción del discurso jurídico, del protagonismo judicial en la elaboración del derecho que requiere una especial capacitación, en particular de los jueces.

Las escuelas judiciales deberán reconocer quiénes son los recipientes de la capacitación. Sólo teniendo en claro el problema de los destinatarios de la capacitación es posible evitar las confusiones acerca de la moda de la capacitación por la capacitación misma. Más allá de las clásicas diferencias sobre si la capacitación debe

32. Sobre las influencias de “lo difuso” en la juridicidad postmoderna puede v. : CHAUMET, Mario Eugenio y MENICOCCI, Alejandro Aldo, “Los intereses difusos en el art. 43 de la constitución nacional”, en “El amparo constitucional”, Bs. As., Depalma, 1999, ps. 131 y ss.

ser dirigida para el ingreso al poder judicial y/o con posterioridad al mismo, si sólo debe dirigirse a los jueces y funcionarios o también a los otros miembros del poder judicial, el clima cultural de nuestros días requiere especialmente que las escuelas judiciales centren su atención en sus tareas de extensión, la que se destina a otros sectores de la sociedad. Así, resulta significativo el programa “Los jueces y los niños” del Centro de Estudios Judiciales del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, que fue proyectado para superar la brecha existente entre los magistrados y la gente. Del mismo modo puede citarse el curso que se realiza en el Centro de Capacitación Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe para periodistas.

En cuanto al objeto de la capacitación, el clima postmoderno en donde el avance del material del conocimiento desborda las posibilidades individuales, hace que las escuelas judiciales se pregunten si reducirán su accionar a actualizar la información o al desarrollo de destrezas, habilidades, aptitudes específicas para enfrentar la dinámica social de nuestros días. Ello, por supuesto, no supone centrar la capacitación en aspectos organizacionales o de “management”, o en la aplicación de los conceptos de calidad total a los efectos de intentar solucionar los interrogantes o conflictos coyunturales³³.

En cuanto a las formas de capacitación, y particularmente en lo vinculado a sus métodos, las escuelas judiciales deberán asimilar las características del cambio cultural y aprovechar los desarrollos tecnológicos. Así resulta prometedor observar los avances que la Escuela de Rio de Janeiro ha mostrado con la implementación de un canal de televisión que se utiliza para la realización de programas especialmente dedicados a la capacitación judicial. Pero no podemos dejar de señalar que el aprovechamiento tecnológico requiere que las nuevas formas se adopten con conciencia de sus significados.

Por ello, se ha dicho que no se trata de insistir con modificaciones cosméticas y creer que las nuevas tecnologías solucionarán por sí solas el problema. Así, desde la pedagogía, Inés Marensi nos dice que el nuevo escenario requiere que cuando se hable de capacitación judicial no se esté refiriendo simplemente a cursos con novedades tecnológicas. Desde ese punto de vista, ha llamado la atención la escasa o nula preocupación por los procesos informales de capacitación. Hasta ahora, en nuestros países la formación profesional específica ha sido preferentemente brindada en

33. v. STANGA, Silvana M., op. cit., ps. 17 y ss.

Debido a ello gana espacio la idea de la operatividad (decisoria) automática de los principios, reclamándose al encargado del funcionamiento, por ejemplo: al juez, su determinación, aún en los casos de omisión. En esta hipótesis, como lo expresa el Prof. Goldschmidt, la naturaleza lógica del principio no cambia; lo que pasa es que el legislador **carga sobre los hombros de los jueces la tarea legislativa** con el resultado, por supuesto, que el principio se desenvuelve a través de los diversos jueces de la manera más variada³⁷.

Ello implica un profundo cambio en el estilo jurídico continental, en particular en el rol de los jueces en la formación del derecho que las escuelas judiciales no pueden obviar.

No cabe duda que se han expandido y modificado los métodos de búsqueda de la fuentes. En el estudio del caso concreto los jueces y funcionarios cuentan ya con nuevos métodos de búsqueda que los avances tecnológicos varían día a día. No es lo mismo buscar la información en los tradicionales tomos de las publicaciones periódicas o aun en libros, que en una base de datos computarizada, por intermedio de Internet, o inclusive a través de centros de informática jurídica. Ello supone una lógica distinta, y se deben salvar nuevas dificultades. Asimismo, se requiere repensar las formas de selección y procesamiento de los datos recibidos. Las escuelas judiciales deberán prestar una especial atención a estos problemas que no se limitan en capacitar a los operadores judiciales en conocer cómo operar un procesador de texto o una base de datos.

La postmodernidad origina nuevas maneras de formalización, baste citar los documentos digitales, o las formalizaciones que emanan de los procesos de integración. Esto también determinará nuevas preguntas que deberán formularse las escuelas judiciales.

Las normas requieren un funcionamiento que se compone de diversas tareas entre las que se destacan la interpretación, la determinación, la elaboración, la aplicación, la conjectura, la argumentación y la síntesis.

Cada época determina un estilo cultural que significa un complejo de decisiones que se reflejan en las tareas que se realizan para funcionar las normas. Así en la modernidad se puso énfasis en lograr, a través de la interpretación judicial, que el

³⁷ 37. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. edic., Bs.As., Depalma, 1983, p. 286. El autor nos recuerda el caos que se produjo en Alemania con la Constitución alemana de Bonn de 1949, con respecto al principio de la igualdad de los cónyuges, lo que provocó que el legislador despertara de su inercia y dictara la legislación necesaria para dar uniformidad al desenvolvimiento del principio.

juez fuera fiel a las intenciones de los legisladores. Como lo hemos señalado el clima postmoderno limita la posibilidad de formulación de normas generales, las novedades -en especial las que provienen de la ciencia y de la técnica- producen lagunas que requieren cada día más de la determinación y elaboración de normas por parte del juez. Piénsese tan sólo en los cambios que producen los avances en genética y computación.

La argumentación judicial adquiere nueva significación. En nuestros días los jueces no se pueden limitar a decir el derecho, toda vez que tienen un auditorio más amplio al que dirigir sus razones. En gran medida, el consenso de la sociedad democrática se construye también con el consenso que adquieran las decisiones judiciales. Por otra parte reiteradamente se sostiene que se abre camino a un razonamiento jurídico que atribuye al juez más autonomía y discrecionalidad en el funcionamiento de las normas no estando ya ligado a la sola premisa jurídica de intérprete de la ley³⁸. Nos encontramos en presencia de una nueva atribución de poder judicial, que tiene una legitimidad en gran medida apoyada en la fundamentación de sus decisiones. El razonamiento judicial representa fuente de legitimación específica. De allí la atención que debe prestarle la sociedad democrática en la postmodernidad a las técnicas de justificación de las decisiones judiciales³⁹.

Todo hace que la elaboración de sentencia requiera nuevos esfuerzos en especial en el manejo del discurso jurídico. Como expresa Ciuro Caldani: “Los jueces postmodernos suelen no tener las oportunidades, ni siquiera de tiempo, para construir y presentar la razón que los caracteriza...”, y agrega que “la lógica del razonamiento judicial tradicional se ha ido constituyendo como una lógica “pautada” por reglas de fondo y procesales que, de cierto modo la constituyen en una lógica “artificial”, de modo, que siempre hay que salvar las diferencias entre ella y la lógica “común” y más natural. Hoy, además, se plantean las diferencias entre la lógica judicial y la lógica de los medios de comunicación de masas”⁴⁰.

38. ZANNOTTI, Francesca, “Las modificaciones del poder judicial en Italia: de un juez “boca de la ley” a un juez de derechos”, en J.A., 24-06-96, ps. 2 y ss.

39. En este sentido numerosos centros de capacitación judiciales desarrollan seminarios y cursos en este sentido a título de ejemplo podemos citar: el seminario del Instituto de Capacitación Judicial del Poder Judicial de la Provincia de San Luis sobre “Estructura Lógica de la Sentencia”; los cursos de “Práctica de sentencia cível y criminal de la Escola Superior da Magistratura de la Associação dos juízes do Estado do Rio Grande do Sul; el Seminario sobre “Razonamiento judicial” del Centro de Capacitación e Investigaciones Judiciales “Dr. Manuel A. Saez” del Poder Judicial de la Pcia. de Mendoza, entre otros.

40. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, op. cit, “La crisis de la.....”, ps. 613 y ss.

En consecuencia, uno de los marcos de decisión más significativos para las escuelas judiciales será el de capacitar en las nuevas formas que la postmodernidad le da al funcionamiento de las normas.

Los conceptos jurídicos “producidos por las normas”, demuestran una manera en que la cultura se va desarrollando. La postmodernidad está poniendo en crisis los conceptos jurídicos de la modernidad. Conceptos tales como sujeto de derecho, derecho subjetivo, obligaciones contractuales, propiedad, delito, pena, proceso están sufriendo profundas transformaciones. Obsérvese, a modo de ejemplo, los efectos que producen en los conceptos tradicionales los avances en la ingeniería genética, los intereses difusos, las propiedades inmateriales, el comercio electrónico, etc. Indudablemente las escuelas judiciales deberán preguntarse sobre las transformaciones conceptuales

La crisis de la postmodernidad también se proyecta en los ordenamientos normativos, dado que en nuestros días pierde valor la coherencia que en el derecho realizan aquellos. Por otra parte de la fuerte pretensión de sistematicidad de la cultura jurídica moderna, se ha pasado a una asistematicidad superficial en la “edad de la descodificación”⁴¹. La pérdida de coherencia y la asistematicidad de la juridicidad de este tiempo constituyen un dato a tener en cuenta por las escuelas judiciales⁴².

Dimensión axiológica

La reflexión axiológica es especialmente necesaria en los períodos de crisis como el nuestro. Es que, si no podemos vencer los desafíos que supone superar la exclusividad de una racionalidad puramente formal, se le abrirá cauce total a la “rebelión irracional” con que cada día más se manifiesta nuestra sociedad o a lo sumo en que todo se justifique en una racionalidad utilitarista sujeta a la exclusiva lógica del rendimiento⁴³.

Cada época tiene su propio panorama de valores. La justicia es el valor supremo del mundo jurídico pero, como lo hemos expresado, la postmodernidad remite

41. V. IRTI, Natalino, “L’età della descodificazione”, Giuffrè, 1979.

42. Sobre las características del ordenamiento normativo en la postmodernidad puede v.: CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, FIJ, 1993, ps. 59 y ss.

43. KAUFMANN, Arthur, op. cit. p.8.

todo a la utilidad. Las personas y las cosas adquieren valor con referencia casi exclusiva a la utilidad.

Por eso el reinado de la utilidad que caracteriza la estructura cultural de la postmodernidad, hace que un hombre valga en la medida que sea útil, y cada cosa se valorará en función de su utilidad, que dicho sea de paso se limita a una productividad material.

Quizá el mayor desafío que deberán enfrentar las escuelas judiciales sea el del sentido que deberán darle a la capacitación: ¿capacitar para la justicia?, ¿capacitar para la utilidad?.

Es cierto que la justicia se debe integrar con la utilidad. No se deben dejar de considerar en la capacitación aspectos que hacen a la organización, gerenciamiento, eficiencia, pero sin perder de vista que “una razón judicial meramente técnica, “idónea” pero no justa, es un contrasentido”⁴⁴.

Ya hemos citado los intentos de pensar la capacitación judicial poniendo el acento en aspectos de “management”, control de calidad por la cuantificación, la celeridad por la celeridad misma. Los “fast food” pueden ser instrumentos útiles en determinados momentos de la vida actual, pero la subversión axiológica se daría si se intenta universalizar el modelo para lograr también los “fast justice”. El imperio de la utilidad sobre los otros valores necesita de una contralectura axiológica. La lucha por el derecho en este tiempo requiere “lograr una relación con la Economía que permita reconocer sus reglas sin caer en el economicismo”⁴⁵.

Todo valor tiene tres despliegues, vale, valora y orienta. La función orientadora se realiza mediante criterios generales que casi siempre son descubiertos desde valoraciones y sirven para orientar nuevas valoraciones. Los criterios orientadores facilitan -en general y especialmente en el derecho- la comprensión

Hemos sostenido que la postmodernidad significa en gran medida crisis, en cuanto ruptura con los criterios orientadores que formó la cultura moderna. Nos encontramos ante un nuevo clima cultural que nos ofrece un mundo convulsionado por el cambio. La crisis produce desorientación, la que es difícil de sobrellevar, pero también puede abrir camino a un mundo mejor⁴⁶.

44. CIURO CALDANI, Miguel Angel, op. cit. “Crisis de la razón...”, p. 606.

45. Ibídem.

46. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Los criterios de valor y la crisis en el mundo jurídico”, en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política” II, Rosario, F.I.J., 1984, ps. 63 y ss.

En nuestros días impera la desorientación, sea a través de la ruptura de viejos criterios, el establecimiento de criterios contradictorios o la ausencia de ellos. En la modernidad "la noción de individuo aislado fue el eje fundamental con referencia al cual se formaron, por ejemplo, el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Constitucional, el Derecho Procesal, etc.". Así v.gr., el Derecho Civil de las Obligaciones concibió a un contratante individualizado; el Derecho Constitucional como rama referida al protagonismo de los individuos determinó que el pueblo no delibera ni goberna sino a través de la individualidad de sus representantes; el Derecho Penal se construyó sobre la idea de un delincuente libre y responsable de sus propios actos y el Derecho Internacional Público se formó sobre la idea de una pluralidad de estados soberanos⁴⁷. En nuestros días, al modificarse la estructura cultural se pone también en crisis toda la juridicidad, y el Derecho Civil de las Obligaciones hoy se muestra como parte de un juego de fuerzas sociales en el que resulta fuertemente limitado por influencias humanas difusas; en el Derecho Constitucional se plantea una crisis de representación y se buscan mecanismos alternativos de participación; el Derecho Penal es hoy replanteado en términos de condicionamientos sociales y de sustitución de la pena por medidas reparadoras y el Derecho Internacional va cediendo ante una constitución que supera por múltiples influencias humanas los moldes de los Estados.

Ello demanda un profundo esfuerzo de adaptación y remeditación de las instituciones en uso que las escuelas judiciales deberán meditar⁴⁸.

La postmodernidad ha puesto especialmente en crisis la significación que para el mundo moderno tenía el ser humano el que era considerado un fin en sí mismo. Las escuelas judiciales deberán recuperar los significados humanistas de la juridicidad evitando que el hombre sea tomado como un medio para otros fines. Corresponde una importante intervención para que el régimen sea cabalmente humanista. Para ello es una exigencia axiológica que el régimen proteja al individuo contra todas las amenazas que pueden afectarlo, sea que provengan de los demás individuos, del régimen en su conjunto o de todo lo demás (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad). El amparo al individuo de las nuevas agresiones culturales que la vida postmoderna presenta, supone nuevas formas de juridicidad que la capacitación judicial deberá captar⁴⁹.

47. CIURO CALDANI, Miguel Angel y otros, "Las ramas del Mundo Jurídico en la Teoría General del Derecho", en E.D., 21-12-92.-

48. CHAUMET, Mario E., "Avance en el acceso a la Justicia. (Perspectivas colectivas en el rol de las Defensorías Zonales)" en Rev. de la Facultad de Derecho de la U.N.R., nro. 18, ps. 50 y ss.

49. CIURO CALDANI, Miguel Angel, op. cit., "Bases..." p. 85 y ss.

Hemos pretendido señalar algunas de las muchas preguntas que deberán enfrentar las escuelas judiciales frente la postmodernidad. El desafío es enorme, porque en suma se presenta un nuevo “clima cultural”. Por eso se deberá necesariamente reconocer su existencia, sus alcances, los límites que ofrece, si no se quiere pecar de idealidad. Todo ello- para no paralizar las nuevas respuestas que nuestro tiempo exige, pero sin pensar que todo lo hecho en el pasado fue perverso.

ACERCA DE LA ESTRUCTURA CULTURAL DE LA NORMA JUSPRIVATISTA INTERNACIONAL CLASICA

(Bases conceptuales para el análisis básico
del Derecho Internacional Privado) (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

I. Hacia una «lógica cultural» de la estructura de la norma

1. Un problema en general insuficientemente desarrollado en el pensamiento jurídico es el de las relaciones internas del *problema* y la *solución* en las respuestas jurídicas¹. La cuestión guarda vinculación con el debate acerca del carácter «*analítico*» o «*sintético*» de los juicios, pero también subyace a mucho de lo que se dice en la discusión respecto a si las normas contienen relaciones de *imputación* o de *causalidad*, refiriendo las primeras al deber ser y las segundas al ser².

(*). Homenaje a Werner Goldschmidt, en el 40º aniversario de la teoría trialista del mundo jurídico

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

1. Acerca de otras cuestiones vinculadas a los alcances de las respuestas jurídicas puede v. por ej. nuestro estudio «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976.
2. Es posible c., v. gr. KANT, «Crítica de la razón pura», trad. José del Perojo, 4^a. ed., Bs. As., Sopena Argentina, 1952, pág. 79 (La relación entre un sujeto y un predicado «es posible de dos maneras: o el predicado B. pertenece al sujeto A como algo contenido en él (de un modo tácito), o B es completamente extraño al concepto A, si bien se halla enlazado con él. En el primer caso llamo al juicio *analítico*, en el segundo *sintético*.»); también puede c. por ej. FERRATER MORA, José,

En la consideración de la imputación y la causalidad suelen esconderse cuestiones diferentes a las que se formulan, y no relacionadas de modo necesario con ellas. Por ejemplo: aunque creemos que la norma jurídica no debe construirse al hilo del deber ser sino de la vinculación de causalidad³, advertimos que cabe discutir si, como suele entenderlo el jusnaturalismo, el juicio es más «analítico» y de desenvolvimiento de un ser contenido en la «naturaleza» del problema o, según lo interpreta a menudo el positivismo, hay un despliegue más «sintético» y de «agregado» que hace la consecuencia de la norma jurídica a su antecedente.

Según nuestro parecer, el «naturalismo» y el «positivismo» extremos bloquean el camino al estudio cabal de las relaciones entre antecedente (en sentido amplio «tipo legal») y consecuencia de la norma jurídica. Entendemos que, en base a características «construidas», es factible reconocer los rasgos de los antecedentes, las consecuencias y las relaciones entre ambos. Creemos que, en definitiva, es posible realizar importantes avances para comprender la vinculación entre antecedentes y consecuencias jurídicas a la luz de una *«lógica cultural»*⁴.

La estructura de la norma, como la de todo juicio, consta no sólo del antecedente y la consecuencia jurídica, que captan el problema a reglamentar y la reglamentación, sino de respectivas características positivas y negativas, que deben estar presentes o ausentes para que la norma funcione⁵. Se evidencian así, por ejemplo, las tensiones entre una línea cultural expresada en las características positivas, y líneas al menos «paraculturales», manifestadas en las características negativas⁶. En

«Diccionario de Filosofía», 5^a. de., Bs. As., Sudamericana, t. I, 1965, págs. 97 y ss. («Analítico y sintético»); por otra parte, v. gr. KELSEN, Hans, «Teoría pura del derecho», trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 16 y ss.

3. V. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6^a. ed., 5^a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 195 y ss. Desde nuestra construcción trialista, para el reconocimiento del «deber ser lógico» empleamos la noción de imperativo.
4. Para construir la lógica cultural de las normas vale apreciar los sentidos últimos de los antecedentes, las consecuencias jurídicas y sus relaciones en las dimensiones sociológica, normológica y axiológica. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden c. v. gr. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; «La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
5. GOLDSCHMIDT, op. cit., esp. pág. 205.
6. La «paraculturalidad» suele ser una línea de contención para evitar desviaciones en la culturalidad de las características positivas.
En general, cabe considerar nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

este caso, hemos de centrarnos en la consideración de las relaciones entre las características positivas de los antecedentes y las consecuencias de las normas del Derecho Internacional Privado clásico, de «conflicto de leyes».

II. La estructura cultural de la norma jusprivatista internacional

2. La consideración lógico cultural de las bases de las normas del Derecho Internacional Privado clásico exige atender a los antecedentes que referiremos especialmente a sus «*causas*», a los *puntos de conexión* contenidos en las consecuencias y a las *relaciones* entre unos y otros⁷. El grado de «abstracción» de las normas del Derecho Internacional Privado clásico facilita el enfoque lógico cultural⁸.

a) Los antecedentes

3. Aunque en general son construidas de modo análogo al Derecho Privado Interno, las causas de las normas jusprivatistas internacionales pueden ser edificadas con alcances mayores o menores, es decir, empleando menos o más el análisis.

Las causas pueden ser clasificadas según su mayor carácter “*elemental*” o “*relacional*”. Las grandes áreas causales más “*elementales*” se refieren a las personas, la forma y las propiedades. Los grandes ámbitos causales más “*relacionales*” son los del matrimonio, la filiación, las obligaciones y las sucesiones. Pueden ser diferenciados, en ellos, distintos grados de *profundidad vital*.

b) Los puntos de conexión

4. Los *puntos de conexión*, indicaciones abstractas y determinables del Derecho aplicable, pueden tener caracteres más *sociológicos*, *normológicos* o *axiológicos*. A su vez, hay que atender a los diferentes niveles de *profundidad* de los contactos.

- 7. Las características positivas de los antecedentes de las normas jusprivatistas internacionales contienen las “causas” y los hechos subyacentes a los puntos de conexión. Las características positivas de las consecuencias jurídicas incluyen los puntos de conexión y lo conectado. Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia», 6^a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, por ej. págs. 99 y ss. y 119 y ss.
- 8. En el horizonte de estos temas puede v. 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.

El primer grupo, de los contactos preferentemente *sociológicos*, abarca los puntos personales, conductistas y reales. Los principales puntos de conexión personales son la nacionalidad, el domicilio, la residencia, a veces considerada en habitualidad o en mero carácter áccidental. Los principales puntos de conexión conductistas son la más “formal” autonomía conflictual, el lugar de celebración, el lugar de constitución, el lugar de cumplimiento y el lugar del suceso. Entre los puntos de conexión reales se hallan el lugar de situación de los bienes y el lugar de registración. Un punto de conexión más *normológico* es la nacionalidad. Incluso, al comparar el punto de conexión residencia con el del domicilio, se advierte que el primero es más sociológico, en tanto el segundo tiene más carga conceptual normológica. Un punto de conexión *dikelógico*, inspirado en una consideración de justicia, es el favor a la validez del acto.

Los distintos puntos de conexión tienen diferentes rasgos sociológicos, normológicos y dikelógicos⁹. En el primer sentido, hay puntos de conexión que dan al desenvolvimiento internacional mayores rasgos de *autonomía* (como la autonomía conflictual y el lugar de celebración) o más *autoritarios* (según sucede con la situación del inmueble “por naturaleza”, casi imposible de cambiar). En relativa coincidencia con la clasificación recién referida, hay puntos que sirven a una mayor *planificación gubernamental* y otros que dan más juego a la *ejemplaridad*, desenvuelta según el esquema “modelo” y “seguimiento” al hilo de la razonabilidad. En nuestro tiempo de la globalización/marginación, los regímenes conflictualistas estatales, en relativa retirada, dejan grandes espacios a la autonomía y a la ejemplaridad. Una razonabilidad paraestatal gana espacios, sobre todo por la vía de la autonomía conflictual.

En el despliegue normológico hay, por ejemplo, puntos de conexión más *institucionales* y como tales independientes de la voluntad de las partes, que suelen coincidir con la autoridad y la planificación (como el domicilio o la situación de los bienes, sobre todo si son inmuebles) y otros más *negociales*, que dependen más de la voluntad de las partes y se abren más a la ejemplaridad (como la autonomía y el lugar de celebración).

En la perspectiva dikelógica, hay puntos de conexión más inspirados en consideraciones de *justicia*, y otros que persiguen una dinámica de justicia más *utilitaria*. En el primero de estos grupos se sitúan varios de los puntos autoritarios (como el

9. Es posible v. nuestros «Estudios ...», cits., t. III, 1984, págs. 38 y ss.; asimismo cabe c. «Notas sobre ideas políticas y puntos de conexión», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 7, págs. 77 y ss.

domicilio) y en el segundo se ubican los puntos de conexión más dependientes de la voluntad a satisfacer por las partes (como la autonomía conflictual y el lugar de celebración). No es sin motivo que el desenvolvimiento utilitario del mercado global de nuestros días se vale tanto de la autonomía conflictual o incluso la excede a través de la autonomía material y del Derecho uniforme y el Derecho unificado.

En relación con las clases de justicia, o sea los caminos para descubrirla, los puntos de conexión más autoritarios suelen referirse más a la *justicia general*, que se dirige al bien común, y los más autónomos se vinculan más con la *justicia particular*. Como los requerimientos de justicia general o particular son, de modo respectivo, rasgos diferenciales últimos de lo que consideramos Derecho Público y Derecho Privado, cabe reconocer que el proceso de radicalización del Derecho Privado que suele denominarse “privatización”, guarda honda vinculación con los avances de los puntos de conexión autónomos (autonomía conflictual, lugar de celebración, lugar de constitución, etc.). Cuando la privatización se incrementa más, se llega a la autonomía material e incluso a la crisis de la solución conflictualista y el recurso al Derecho Uniforme y el Derecho Unificado.

La realización del humanismo que, según consideramos justo, ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, puede recorrer caminos de *abstencionismo*, que estimamos preferibles, o de *intervencionismo*, es decir de paternalismo. El abstencionismo puede desviarse de modo relativamente fácil a la mediatisación individualista y el intervencionismo corre especial riesgo de caer en la mediatisación totalitaria. Los puntos de conexión más autonomistas son, como es notorio, más abstencionistas; los más autoritarios son más intervencionistas. V. gr.: la autonomía conflictual, el lugar de celebración y el lugar de constitución son más abstencionistas que el lugar de situación de los inmuebles, el domicilio, etc.

c) Las relaciones entre antecedentes y puntos de conexión

a') La base lógica

5. La relación entre las causas y los puntos de conexión puede ser *no acumulativa* o *acumulativa*. A su vez, la conexión no acumulativa puede ser *simple* o *condicional* y, en el segundo caso, *subsidiaria* o *alternativa*. Cuando se aplica de modo liso y llano el Derecho del domicilio, se utiliza un punto de conexión no acumulativo simple; si por no contarse con el domicilio se recurre a la residencia se emplea un punto de conexión condicional subsidiario y cuando se ha de optar, v. gr., por uno de los lugares de celebración de un contrato entre ausentes, se tiene un punto de conexión alternativo.

La conexión acumulativa puede ser *igual* o *desigual*. La referencia acumulativa igual se produce, por ejemplo, cuando se han de cumplir los requisitos de las leyes de los domicilios diversos de las partes y la remisión a puntos de conexión acumulativos desiguales se plantea, v. gr., cuando un contacto establece el Derecho que en principio rige y otro contacto el régimen que fija el máximo o el mínimo.

La más nítida configuración de la internacionalidad, formada por Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y sus relaciones, se expresa en la no acumulación simple, en tanto que la no acumulación condicional y la acumulación corresponden a diversos niveles de crisis en que los casos exceden la «compartimentalización» internacional.

b') La base de contenido

6. Para decidir la lógica de la no acumulación o de la acumulación hay que tener en cuenta la “*nacionalidad*” de los casos¹⁰. Aunque la expresión “inter-nacionalidad” parece contradecirse con el escaso o nulo empleo del punto de conexión nacionalidad que se hace en muchos países, como la Argentina, la palabra nacionalidad cubre una realidad sumamente compleja, de la cual pueden tomarse como referencias de contacto aspectos muy diversos, que consideramos sociológicos, normo-lógicos y dikelógicos .

En la dimensión sociológica, la nacionalidad puede corresponder a un *querer* o a un despliegue más fáctico del mero *vivir* en un régimen. El querer puede ser el del propio sujeto nacional o el de otra persona. La autonomía conflictual es una muestra de nacionalidad sociológica por el querer que la propia vida sea regida en el aspecto de referencia por el Derecho elegido. Otros puntos de conexión, como la residencia habitual, el domicilio, el lugar de celebración, el lugar de cumplimiento, etc., suelen expresar que en cuanto esos aspectos se posee nacionalidad con miras a la capacidad, la forma o validez intrínseca de los actos, etc. En este sentido, el domicilio es en gran medida la nacionalidad “privatista”.

10. Cabe v. nuestras «Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado» (en base a «La penetración de empresas multinacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho internacional Privado», comunicación presentada por el autor a las Jornadas de Derecho de la Integración, Universidad de Belgrano), en «Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones», Nº 43, págs. 1 y ss.

La nacionalidad de los casos nace en ellos mismos, pero una visión relativamente sintética del juicio normativo lleva a tratarla en el «puente» entre las causas y los puntos de conexión.

En la dimensión normológica, la nacionalidad posee un despliegue *formal*, de nacionalidad asignada, y otro más difuso que se constituye en que la *vida* de una persona sea cubierta por las normas de un ordenamiento normativo. La nacionalidad formal, más vinculada a la estructura normativa de un Estado, tiene más carácter público. Tal vez en ese sentido pueda afirmarse que el Derecho anglosajón, más afín al despliegue capitalista, utiliza en mayor medida un punto de conexión más fáctico como el domicilio, en tanto los Derechos “continentales” (romano-germánicos) suelen preferir un punto de conexión con más carga ideológica como la nacionalidad.

En la dimensión dikelógica, donde cabe considerar los despliegues de valor de la nacionalidad: se la puede reconocer como «*derecho*» y como «*deber*». Entre los títulos de la nacionalidad derecho se encuentran los servicios prestados y la necesidad de vivir en un país; entre los títulos de la nacionalidad deber se hallan los beneficios recibidos y la necesidad que tiene un régimen de nuestra propia participación. La nacionalidad deber se puede considerar también en la perspectiva de la nacionalidad *responsabilidad*. Los puntos de conexión de más autonomía suelen apoyarse más en la nacionalidad derecho, en tanto que los de mayor autoridad tienen que basarse más en la nacionalidad deber.

c') El enjuiciamiento de la relación

6. Atendiendo a los criterios de corrección o incorrección de las relaciones entre las causas y los puntos de conexión¹¹ -acerca de los cuales creemos necesario «construir» criterios básicos de fundamentación- pueden reconocerse vinculaciones de *correspondencia* y de *yuxtaposición*¹².

La correspondencia, relación considerada «correcta» entre la causa y los puntos de conexión, puede producirse por *afinidad* o por *derivación*, sea ésta por *subsidiariedad* o *atracción*. La correspondencia por afinidad significa que la causa y el punto de conexión tienen el mismo carácter, por ejemplo, que una causa que se estima personal profunda, como la capacidad, es tratada con un punto de conexión personal profundo, como el domicilio. La correspondencia por derivación subsidiaria significa que no se ha podido establecer la correspondencia afín y se busca otra que la reemplace, v. gr. cuando por no conocerse el domicilio se recurre a otro punto de conexión relativamente afín, como la residencia. La correspondencia por derivación

11. En consecuencia, también con los Derechos conectados.

12. Es posible v. nuestro estudio «Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión», en «Juris», t. 80, págs. 298 y ss.

alternativa se produce cuando hay varias opciones relativamente afines, como los diversos lugares de celebración de un acto entre ausentes y se opta por uno, v. gr., el que refiere al Derecho más favorable a la validez del acto. La internacionalidad más nítida se logra a través de la correspondencia por afinidad.

La yuxtaposición, relación considerada incorrecta entre la causa y punto de conexión, puede producirse por liso y llano *desarraigo*, por ejemplo, cuando a una causa personal profunda como el régimen de efectos del matrimonio relativos a bienes, se responde con un punto de conexión real, como la situación de los bienes. Asimismo puede suceder por perturbaciones en la causa, que es *destrozada*, como sucede cuando la sucesión en la persona es sometida a los distintos Derechos que indican los lugares de situación de los bienes, o por perturbaciones en los contactos, según ocurre en la *promiscuidad* en que entre diversos puntos legítimos se introduce alguno ilegítimo, v. gr., si junto al sometimiento de la causa personal profunda capacidad a los Derechos indicados por los puntos personales profundos nacionalidad o domicilio se introduce el Derecho indicado por el contacto real situación de los bienes.

7. En el horizonte de las relaciones entre las características positivas y negativas del antecedente y de la consecuencia jurídica, el rechazo del fraude a la ley y la reserva del orden público son respectivas manifestaciones «paraculturales» en cuanto a la «cultura» de las vinculaciones internacionales, con las que se preserva la identidad de los Estados. En cambio, el orden público «a priori» es un avance de la «cultura» de identidad del Estado frente a la que resulta de cierto modo «paracultura» de las relaciones internacionales.

ANALISIS CULTURAL DE LA INTERNACIONALIDAD, LA GLOBALIZACION Y LA INTEGRACION

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I. Ideas fundamentales

1. Toda comprensión del Derecho Internacional Privado es, obviamente, tributaria de la comprensión que se tenga del fenómeno jurídico. A nuestro parecer, la mejor manera de *construir* el objeto de la ciencia del Derecho es la que brinda la concepción tridimensional a través de la teoría trialista del mundo jurídico¹. Según esta teoría, hay que considerar en el Derecho hechos, normas y valores, configurados como *repartos de potencia e impotencia* (lo que favorece o perjudica al ser, y en los seres animados la vida), *captados (descriptos e integrados) por normas y valorados por la justicia*. Tal comprensión amplia del objeto de la ciencia jurídica permite apreciar mejor la

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

1. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a. ed., 5^a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Creemos que la inmemorial discusión acerca de lo que el Derecho “es”, de la que forma parte también el trialismo tradicional, puede salvarse por la amplia coincidencia que puede lograrse cuando se *construye* el objeto de la ciencia jurídica atendiendo a lo que interesa considerar en ella.

participación del Derecho en la vida y en la historia, desenmascarar intereses que sobre todo el “unidimensionalismo normológico” permite ocultar y reconocer las relaciones del Derecho, como política jurídica, con *otras ramas del mundo político* (económica, científica, artística, religiosa, etc.).

Uno de los desafíos más importantes para el pensamiento jurídico de la actualidad es saber qué se puede hacer en relación con una realidad que se muestra casi abrumadoramente dominada por la *economía*². Si bien vale discutir si la economía y el Derecho se determinan, se condicionan o corren por cauces paralelos, siempre importa *comprender las realidades económicas* para adoptar cualquier decisión acerca del papel que ha de procurar el Derecho. Esa comprensión es más fácil si se cuenta con una *apertura idónea* como la que brinda la teoría trialista del mundo jurídico.

En un tiempo en el que creemos notorio el gran desafío de la *complejidad*, urge contar con un modelo jurídico que permita pensar la complejidad del objeto jurídico y de su relación con el resto de la cultura, ocupando en ésta un lugar destacado la economía³.

II. La internacionalidad⁴

2. La internacionalidad clásica (que en cierto sentido puede llamarse mejor “inter-estatalidad”) nació con la existencia de *Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás* y relaciones económicas, artísticas, científicas, religiosas, etc. necesitadas de una compleja regulación jurídica⁵. Esas condiciones se dieron cuando a partir de fines de la Edad Media

2. Pronto lo será también por la biotecnología.
3. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. XVII/XVIII; BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (ed.), “La sfida della complessità”, 10^a. ed., Milán, Feltrinelli, 1997.
4. Vale recordar VITORIA, Francisco de, “Relecciones de Indios y del Derecho de la Guerra”, trad. Marqués de Olivart, Madrid, Espasa-Calpe, 1928, sobre derecho de la guerra de los españoles en los bárbaros págs. 190 y ss.
5. V. por ej. VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, 4^a. ed. con la colaboración de Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, 4^a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss. Podrán v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (en prensa).

y en la Edad Moderna se formaron los primeros Estados “modernos”, que luego se convirtieron en Estados nacionales.

Los *Estados modernos* se formaron en Europa Occidental en gran medida por el impulso de la burguesía que, necesitada de mercados más amplios que los que les brindaban las ciudades, se alió con los reyes que disponían de los ámbitos ambicionados, librando esa alianza una doble lucha, en lo externo contra el Sacro Imperio Romano Germánico y el Pontificado y en lo interno contra los señores feudales de menor jerarquía. Los Estados modernos son así, en gran medida, frutos del desarrollo *capitalista*.

A partir del siglo XVI los primeros Estados generaron a su vez la “*internacionalidad*”. Más tarde, la burguesía se fue deshaciendo del poder real tal como entonces existía, generando con diversos senderos las revoluciones inglesa y francesa. La burguesía “co-fundó” el Estado moderno y luego lo liberalizó, lo democratizó y lo nacionalizó.

En la historia del pensamiento de la formación de los Estados modernos-nacionales ocupan lugares destacados *Maquiavelo* (con la afirmación del poder sin límites morales y el término “Estado”), *Hobbes* (con el monopolio del poder en manos del gobierno, que promovía un espacio para el mercado con la exclusión de las interferencias feudales internas) y *Bodin* (con la soberanía, que excluía las interferencias externas)⁶. En la liberalización y la democratización ocupan sitios muy notables *Locke*, *Montesquieu*, *Voltaire* y *Smith* (con la exclusión de interferencias en lo político, lo filosófico y lo económico) y *Rousseau* (con la democracia, que homogenizaba para el mercado). En la nacionalización, cabe citar a *Fichte* (que procuraba una eticidad estatal popular, a veces necesaria para reemplazar a la de las viejas monarquías). La formación del pensamiento de la internacionalidad recorrió un sendero que va desde *Vitoria* y *Suárez* (con la clara conciencia de su problemática) a *Grocio* (con su sistematización).

La internacionalidad nació en el ámbito “público”, generando en cambio, para afirmar a los Estados, aislamientos privatistas, sin embargo en el siglo XVIII comenzó a proyectarse a lo *privado* y en este campo tuvo su segunda hora estelar -ahora no sólo interregional, como en la Edad Media- con *Savigny*.

6. Es posible ver nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991-4.

El desenvolvimiento de la internacionalidad produjo fenómenos de expansión *colonialista* e *imperialista*, acompañados por el desarrollo de nuevas posibilidades científico-técnicas impulsadas, en gran medida, por las enormes fuerzas expansivas y de adaptación del capitalismo, que complementó sus despliegues *mercantiles* con los *industriales*. En la consolidación de los Estados y en el desarrollo de la internacionalidad clásica y sus conflictos tuvieron mucho que ver el *carbón*, el *acero* y la *máquina a vapor*, empleada por ejemplo en el transporte ferroviario y la navegación. La mundialización de la vida se inició ya en el siglo XVI, con el viaje de Magallanes y Elcano, pero se fue desenvolviendo con mayor intensidad con la revolución industrial.

3. La internacionalidad, que llegó a su culminación con la proyección privatista, se inició en el marco europeo, de Estados que se *diferenciaban* a través de la Reforma, las revoluciones inglesa y francesa y la aparición de ideales socialistas⁷. La diversidad se expresaba de modo creciente en el predominio conservador-liberal inglés, la vocación de libertad y la presencia del Estado francesas o el sentido más social y estatal alemán. Roma se había radicalizado en Francia y de cierto modo en Inglaterra, en tanto en Alemania, pese a la vigencia del Derecho Romano, había un más fuerte legado final germánico. En lo profundo existía, sin embargo, una importante herencia “occidental” *común*.

4. El patrimonio histórico compartido que sirve de base a la internacionalidad se concreta, por ejemplo, en el despliegue económico relativamente capitalista, la familia monogámica, sistemas de sucesiones compatibles, etc. Las raíces comunes occidentales de la internacionalidad se nutren de *Grecia* antigua en la dinámica del saber que en su momento inició la *Filosofía*, en la creencia del origen del hombre según el mito de *Prometeo* y su pecado triunfante, en el *arte antropocéntrico* y en la *democracia ateniense*. La cultura occidental es también heredera de *Roma*, en las *orientaciones jusprivatistas*, de propiedad privada y libertad de contratación (incluso en Inglaterra, que no recibió el Derecho Romano justiniano) y en la capacidad del imperio para integrar múltiples culturas.

7. V. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2^a. ed., Bs.As., EJEA, t. I, 1952, pág. 162.

Otra vertiente de la que se nutre Occidente es la grandiosa creencia ~~de judeocristianismo~~^{de cristianismo} en un *Dios* creador, omnisciente, omnipotente y omnipresente encarnado en un hombre, pero equilibrada por el pecado ~~claudicante~~^{influyó} de Adán, que refleja las aspiraciones más hondas de esta cultura ~~que~~^{en} de modo particular en la idea de dignidad del individuo, en la organización de la familia y en el distanciamiento final entre el mundo de Dios y el de los hombres. El elemento *germánico* aportó, por su parte, un sentido de *individualidad en sociedad* de cierto modo opuesto a la privacidad romana.

Aunque somos partidarios de la multiculturalidad, creemos esclarecedor reconocer que fuera de Occidente, a medida que se pasa a Rusia y el Islam, a la India y al Extremo Oriente tradicionales y al África Negra, se advierte la progresiva ausencia de tales raíces, de modo que se hace más difícil la participación en las estructuras que ha generado esa cultura.

5. La limitación del acervo griego y romano antiguos, la remisión a un cristianismo tradicionalmente dominado por el poder real y la sujeción durante más de dos siglos a los mongoles dificultan el desarrollo de la mística *Rusia* en un sistema cultural occidental. La sola afinidad parcial entre la religión del *Islam* y el judeocristianismo y la referencia a un libro religioso que a su vez es una obra jurídica restringen las posibilidades respectivas del mundo musulmán⁸. El sentido de simplicidad del Islam conduce con facilidad al fanatismo, al entusiasmo abstracto y a la aniquilación de lo particular⁹. Mayores aún son las distancias culturales y los obstáculos que apartan a las estructuras occidentales de la *India*, el *Extremo Oriente* y al *África Negra* tradicionales.

No tenemos duda de que siempre es posible la “transculturalización”, pero ésta es más fácil para individuos o grupos pequeños que para las multitudes y suele generar fenómenos de inauténticidad que no tardan en evidenciarse e incluso a menudo genera resultados adversos.

La internacionalidad corresponde a un *equilibrio inestable* de elementos de cultura general, de economía y de poder, relativamente aceptado. Cuando

8. Acerca del carácter esotérico de la presencia de la Filosofía en la cultura islámica, c. v. gr., WEBER, Alfred, “Historia de la cultura”, trad. Luis Recasens Sichesm 9^a. Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1968, pág. 174.
9. Puede c. HEGEL, , Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, trad. José Gaos, 2^a. ed. en Alianza Universidad, Madrid, 1982, págs. 591 y ss.

ese equilibrio se rompe se producen fenómenos imperiales sea, por ejemplo, en el sentido romano-francés o en el germánico. Rusia desarrolló una actitud “bifronte”, relativamente internacional hacia Europa, mucho más imperial hacia Asia. Tenía y tiene dentro de sí misma diferencias tanto o más acentuadas e incompatibles que las que poseían en el ámbito colonial los imperios de España, Portugal, Inglaterra o Francia. Sin embargo, la actitud imperial se hizo todavía más notoria cuando se rompió el equilibrio multicultural que buscaban al fin en Europa del Centro-Este los Habsburgos, en el Imperio Austro-húngaro, y se abrió el camino para el dominio de Rusia sobre sus vecinos hasta llegar a gran parte de la misma Alemania.

Es en el marco europeo ampliado donde, sin perjuicio de frecuentes guerras de readaptación, los Estados llegaron al grado de respeto recíproco de *aplicar* (mejor “imitar”) el Derecho con el que se vinculaba más cada caso. Para rechazar los ingredientes muchas veces inaceptables de las otras culturas existía, desde el mismo principio de la formulación de la “comunidad jusprivatista internacional”, la reserva de “*orden público*”.

6. Desde el punto de vista específico trialista, la internacionalidad clásica es un *complejo* de órdenes de repartos, ordenamientos normativos y regímenes de justicia articulados en un orden de repartos, un ordenamiento normativo y un régimen de justicia con crecientes pretensiones planetarias, con todos los problemas de ajuste que esa diversidad trae aparejados.

Durante mucho tiempo la internacionalidad se ordenó sobre todo a través de la *ejemplaridad* nutrida en gran medida por la racionalidad de la herencia común occidental. En el siglo XX se produjeron diversos intentos de darle una planificación gubernamental formal, que no han funcionado conforme a las expectativas.

Los *límites necesarios* que la naturaleza de las cosas impuso al régimen internacional fueron muy grandes, al punto que culminaron en dos Guerras Mundiales (o una Guerra Mundial en dos períodos). Pese a las afinidades, los elementos de la cultura occidental han sido demasiado *heterogéneos* y *poderosos* para mantenerse en equilibrio permanente. Así como se expanden sus contenidos de “paz” también se proyectan sus explosiones bélicas.

Hoy existen un orden y una planificación mundial en parte informal, pe-

ro más que a la internacionalidad clásica corresponden a la globalización-/marginación¹⁰.

La internacionalidad tuvo fuertes proyecciones del valor utilidad, pero contó con una diversidad de estilos al respecto, y de otros valores, que se fue extinguiendo con el avance del proceso, hasta llegar al predominio utilitario de la actual globalización/marginación dominada por la cultura anglosajona.

III. La globalización

7. En la primera mitad del siglo XX se desenvolvieron nuevas *técnicas*, que correspondieron al reinado del *petróleo* y la *electricidad* y al desarrollo de la *aviación* y la *radio* y se inició el control de la energía atómica. Se fueron generando así posibilidades de una expansión antes quizás inimaginable.

Ahora, a través de la *televisión*, la *informática*, el *poder genético*, etc., se ha generado una nueva realidad totalizadora que no sólo supera el espacio, sino el tiempo, la materia y la persona. Puede decirse que vivimos en un proceso de globalización que trae consigo a su vez nuevas formas de *marginación*, quizás más definitivas que las anteriores.

El sistema capitalista generó en su momento dos modelos principales, el *anglosajón*, más liberal, y el renano, con más participación estatal, pero el re-

10. Respecto de la globalización/marginación es posible 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 pueden c. v. gr. KAUL, Inge y otros (ed.) Global Public Goods”, Nueva York, The United Nations Development Programme, 1999; ORSI, Vittorio, “Las Claves de Davos 97”, Bs. As., ABRA, 1997; URRIOLA, Rafael (coord.), “La globalización de los desajustes”, Venezuela, Nueva Sociedad, 1996, TOMLINSON, John, “Globalization and Culture”, The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, “La aldea global”, Txalaparta, Tafalla, 1997; RAPOPORT, Mario (ed.), “Globalización, integración e identidad nacional”, Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 1994; LOPEZ, Ernesto, “Globalización y democracia”, Red de Editoriales de Universidades Nacionales, La Página; CAMDESSUS, Michel, “La Argentina y el desafío que plantea la globalización”, Bs. As., Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1996; FERRER, Aldo, “Hechos y ficciones de la globalización”, Bs. As., Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1997. También, en otra perspectiva, DAVID, Pedro R., “Globalización, prevención del delito y justicia penal”, Bs. As., Zavala, 1999.

sultado de la Guerra Mundial decidió el triunfo del primero. La globalización se produce según el modelo anglosajón, que incluso triunfó abrumadoramente sobre la alternativa socialista. Es más: el paradigma anglosajón se diferencia del francés, porque en el sentido galo la propiedad y la libertad se consagran en el marco de la razón fuerte de un código, en mucho signado por el Estado, que encarnaron Luis XIV y Napoleón.

Hoy existen diversidades de superficie, pero en lo profundo reina el sistema económico globalizado. El capitalismo avanza *incorporando* todo lo que necesita, en la medida que lo precisa, y *excluyendo* todo lo demás. Pese a ciertas reacciones nacionalistas y al resurgir de regionalismos internos, la economía es planetaria y la vida tiende también a serlo. La “superación del espacio” ha sustituido el “made in” por el “made by” empresas o grupos empresarios. El capitalismo ha recorrido el sendero desde sus manifestaciones mercantiles e industriales al protagonismo de una enorme expansión *financiera* en la que enormes masas de dinero circulan “virtualmente” por las bolsas del mundo, en permanente actividad.

En esta globalización/marginación las dimensiones de los Estados modernos-nacionales se van haciendo insuficientes y su protagonismo declina, produciéndose fenómenos de *privatización* en aras de la economía globalizada, de *vacancia* en el mantenimiento de la seguridad local y de eventual formación de una *estatalidad mundial* en estadio “hobbesiano” encabezada por los Estados Unidos de América y, de cierto modo, por Europa Occidental. Los Estados son forzados a volcarse a lo *exterior*, pero las tensiones internas se acrecientan.

La “internalidad” característica de la modernidad en sentido amplio (Edades Moderna y Contemporánea), que encontró un camino culminante en la Reforma y afirmó la individualidad, aunque fuera con las proyecciones sociales contemporáneas, y que correspondió a la “inter-nacionalidad” es sustituida por la “*externalidad*” de un mundo del *espectáculo*¹¹ más proyectado a lo global, con ciertas afinidades medievales¹² y en alguna medida “católicas”¹³.

11. Puede v. nuestro artículo “Derecho y espectáculo en la postmodernidad”, en “Revista”, Colegio de Abogados de Rosario, agosto de 1999, págs. 22 y ss.
12. Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel - CHAUMET, Mario Eugenio, “Perspectivas jurídicas “dialekticas” de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., N° 21, págs. 67 y ss.
13. Cabe tener en cuenta, por ej., HEGEL op. cit., por ej. págs. 657 y ss.

La penetración en el individuo se proyecta incluso en las posibilidades del control *genético*. La externalidad, necesaria para debilitar las raíces locales, se impone también a los Estados, crecientemente sometidos a la “deuda externa” y a controles ajenos.

A semejanza de la “lógica cultural” del Imperio Romano, dominada por la referencia estoica a la ley y por la remisión epicúrea al placer, hoy la Filosofía suele ser limitada a la lógica y la teoría del lenguaje y por planteos de utilidad. En concordancia, la “*lógica de los negocios*”, más allá de la “creación” de la industria y de la “re-valorización” del comercio, impera en el capitalismo financiero y en la propaganda. El reinado de la abstracción lleva a la maravillosa realidad *virtual* sin fronteras.

8. La internacionalidad clásica sufre así grandes impactos a través de la globalización e incluso es modificada por la integración pero, intensificando tensiones de muy larga data, en dichos procesos no todos pueden participar por igual, ni como protagonistas ni como beneficiarios.

Para apreciar la facilidad o dificultad con que es posible intervenir en el proceso capitalista vale reconocer las raíces históricas de este sistema, generadas sobre todo en el ámbito *occidental anglosajón*. Aunque el capitalismo inicial fue principalmente italiano, el espíritu final del capitalismo hoy triunfante es de origen inglés. Desde nuestro pluralismo cultural, estamos lejos de creer que unas culturas sean superiores a otras, pero -como ya señalamos- reconocemos que algunas bases son más idóneas que otras para determinadas realizaciones, en este caso, para el desenvolvimiento en el capitalismo actual. Para quien no participe de las bases culturales del capitalismo presente (de la “postmodernidad”¹⁴⁾) la incorporación a él puede ser especialmente difícil y traumática.

14. Entre la abundante bibliografía acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestros artículos “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.; “La doctrina jurídica en la postmodernidad”, en “Jurisprudencia Argentina”, 18/VIII/1999 y asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, “Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, “La condición postmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, 2^a ed., Bs. As., R.E.I., 1991; VATTIMO, Gianni, “El fin de la modernidad”, trad. Alberto L. Bixio, 3^a ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINE, Alain, “Critique de la modernité”, Fayard, 1992; HELLER, Agnes - FEHER, Ferenc,

Con miras a desenvolverse con protagonismo en el capitalismo actual y en la globalización/marginación, para hacerlo desde lo profundo de uno mismo, vale especialmente pertenecer a la cultura inglesa. Esto significa tener no sólo las comunes influencias occidentales griegas, romanas, judeocristianas y germanas en el específico equilibrio de esa cultura británica, sino las particulares tendencias evidenciadas por *Occam* y por el *calvinismo*.

Occam expresa las bases del *empirismo* anglosajón cuando enseña que a Dios se lo conoce por la fe y al mundo por la experiencia. El sorprendente sentido de adaptación práctica de los partícipes de la cultura inglesa se alimenta de esas enseñanzas. Occam rompió la relación entre ideas y experiencia que había construido el sistema de razón y fe de Santo Tomás de Aquino y que caracteriza, desde muy diversas perspectivas, a la cultura continental. Así abrió camino no sólo a las “ciencias naturales” sino a la libertad de la economía y a la limitación del papel del Estado. La religiosidad de la Reforma calvinista está dominada por la creencia de que el *éxito en los negocios* es una prueba de la elección divina, de modo que la disciplina y el ahorro resultan sendas para el premio en este mundo y en el Más Allá¹⁵.

En lo profundo, la postmodernidad ha roto el equilibrio occidental tradi-

“Políticas de la postmodernidad”, trad. Monserrat Gurguí, 2^a. ed., Barcelona, Península, 1994; CALLINICOS, Alex, “Contra el Postmodernismo”, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven - KELLNER, Douglas, “Postmodern Theory - Critical Interrogations”, Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., “Technology Time and the Conversations of Modernity”, Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, “Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History”, Cambridge, University Press, 1994; FORNERO, Giovanni, “Postmoderno e Filosofia”, en FORNERO, Giovanni y otros, “Storia della Filosofia fondata da Nicola Abbagnano”, Turín, UTET, vol. IV, 1994, págs. 389 y ss.; AUDI, Robert (ed.), “The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, University Press, 2^a. reimp., 1997, “Postmodern”, págs. 634/5. Asimismo es posible c. v. gr., HABEL, Marc, “Postmoderne Ansätze der Rechtskenntnis”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Postmodernidad y Derecho”, Bogotá, Temis, 1993; ROJAS, Enrique, “El hombre light”, 11^a. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respeto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, “La era del vacío”, trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 8^a. 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.

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

cional, difundiendo el que es específico de la vertiente anglosajona. A medida que nos alejamos de este patrimonio anglosajón las posibilidades de participar en el proceso de globalización se van *dificultando*, dentro o fuera de Occidente. La marginación actual tiene particular gravedad no sólo porque la Tierra es cada vez más radicalmente dominada, sino porque la hegemonía la ejerce una cultura específica de la diversidad que antes tenía Occidente.

Pese a la expansión a veces formal de la internacionalidad en las otras áreas del Planeta, incluso a veces resuelta en fenómenos imperiales, la asimilación tiene distintos obstáculos especiales. Las diferencias no-occidentales suelen no ser del todo *relevantes* para Occidente y para la globalización. El complejo mecanismo ideado por los países europeos para respetarse entre sí no suele contar con la misma adhesión cuando se trata de diversidades ajenas a su sistema.

9. A los integrantes de las culturas española, portuguesa o italiana inspiradas en el catolicismo tradicional y más en el tomismo que en el occamismo, e incluso con diversas influencias árabes musulmanas y de la larga guerra de la Reconquista ibérica, no les es igualmente fácil ser capitalistas y participar en la globalización que a un norteamericano o un inglés. Esto es todavía más difícil, aunque sea en diferentes grados, para un ruso, un musulmán, un indio, un chino un japonés o, sobre todo, un africano negro.

Los Estados postmodernos van quedando con frecuencia en manos de minorías “globalizadas”, pero la globalización trae y tiene que traer consigo fenómenos profundos de marginación, no sólo porque no se necesita a las personas sino porque éstas no están en condiciones de asimilarse al sistema. Aunque las formas democráticas dominadas por las exigencias económicas imponen votar por el sistema capitalista, enormes multitudes resultan sin verdadera representación. Entre los interrogantes más importantes de este tiempo están los de las relaciones entre *economía* y *democracia* y entre *economía* y *desarrollo natural* de la humanidad.

10. Desde el punto de vista específico trialista, la globalización tiende a la incorporación de los órdenes de repartos, los ordenamientos normativos y los regímenes de justicia de los Estados en un solo orden de repartos, un solo ordenamiento normativo y un régimen de justicia de *alcance mundial*, pe-

ro urge reconocer que si bien las diversidades desaparecen en la superficie de los Estados, subsiste la marginalidad tapada por la globalización.

El modo constitutivo del régimen que predomina en la globalización es la *ejemplaridad*, al fin de acuerdo con el sentido jurídico y económico anglosajón, mas esa ejemplaridad no llega a excluir la planificación que parece ir culminando en la formación de una nueva estatalidad. En general, los cambios actuales tienen las características de una *revolución* antes inimaginable, pero que se oculta tras una apariencia de paz.

El cambio de organización trae aparejado un nuevo panorama de fuentes formales, con el incremento de los tratados internacionales, que avanzan en ámbitos privatistas y el aumento de su jerarquía, y con el creciente protagonismo de los contratos¹⁶. La “lex mercatoria” vuelve hacer presente el papel con que el Derecho Comercial nació de los usos de los comerciantes. También se expande la importancia de la doctrina mundializada, por ejemplo, a través de Unidroit. Las pirámides normativas de los Estados van quedando cada vez más absorbidas por una normatividad planetaria que les fija no sólo sus contenidos sino sus posibilidades de producción.

El valor que sirve para la “homogeneización” globalizadora es la *utilidad* y muchos otros valores, a menudo resguardados históricamente por los Estados, van siendo marginados. Sin negar que hay grandes avances en muchas de las nuevas condiciones de vida, creemos que con frecuencia la utilidad se arroga, por ejemplo, ámbitos de consideración axiológica que a nuestro parecer deben atender más a la justicia.

IV. La integración¹⁷

a) La Unión Europea

11. Si bien son en diversos grados productos de Occidente, también los procesos de integración corresponden a diversas raíces culturales.

16. 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., Nº 26, págs. 20 y ss.

17. V. por ej. RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto, “Mercosur. Integración y Derecho”, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998.

La comprensión de las amenazas que se cernían no sólo para su protagonismo mundial sino para su propia existencia por la destrucción causada por la guerra en curso de no fácil reparación, por la repetición de conflictos internos y por el predominio de superpotencias exteriores (una de ellas fuertemente hostil) contribuyeron de modos destacados a que en la Europa Occidental no anglosajona se fundaran las bases de la actual Unión Europea. No es sin motivo el limitado entusiasmo con que se incorporó luego la Gran Bretaña.

No es posible entender a la Unión Europea sino a la luz de las tradiciones culturales de un Occidente, que de cierto modo se diferencia del mundo anglosajón, pero a su vez, con diversas composiciones, es profundamente griego, romano, judeocristiano y germano. La Unión Europea es en gran medida el resultado de la evolución de la comunidad internacional de cuna occidental hacia formas de más aproximación, quizás en vías de una confederación, y tiene los ingredientes básicos occidentales sin el sentido anglosajón.

Las bases son *económicas*, pero no tanto de capitalismo liberal. Aunque hoy hay avances “economicistas” que commueven los cursos comunitarios tradicionales, por la presencia *francesa* y *alemana* la Unión es demasiado estatal para el estilo del capitalismo que caracteriza al fin a la cultura inglesa. Quizás sea, al menos para esa región, una expectativa de sendero alternativo respecto de la globalización, tal vez forme una recomposición -posiblemente tardía- del equilibrio occidental, pero uno de los importantes interrogantes al respecto es la viabilidad de una economía de cierto modo cerrada y en alguna medida participativa cuando las tendencias mundiales son a la globalización/marginación.

Las raíces culturales comunitarias explican la relativa facilidad con que se pudieron incorporar, por ejemplo, *España* y *Portugal* y los riesgos que en cambio puede traer aparejada la expansión indiferenciada hacia el *Este*. La proyección en ese sentido reduciría la homogeneidad, con obstáculos quizás insalvables no sólo en el funcionamiento, sino en el espíritu que caracteriza a la Unión¹⁸.

18. Es posible v. nuestro estudio “Líneas problemáticas actuales de la cultura europea”, en “Revista de ECSA-Argentina”, N° 1, págs. 19 y ss.

b) El Pacto Andino

12. El Pacto Andino, devenido en Comunidad Andina y Sistema Andino de Integración, es un modelo de raíces *hispanoamericanas*, vinculadas al Occidente diverso, de cierto modo “premoderno”, que significó por varios siglos la cultura tradicional española y opuesto al sentido del capitalismo anglosajón. Es más, importa reconocer que en esa región la presencia *indígena* tiene un impacto -para el caso, relativamente afín a la cultura hispánica tradicional- mucho más influyente que la que pueden poseer otras culturas en los predominantemente anglosajones Estados Unidos de América.

En el Pacto Andino la *estatalidad* es intensa y por eso tal vez este proceso no ha podido sobrevivir adecuadamente en un mundo dominado por el modelo del capitalismo yanqui. El Pacto es hijo de la creencia en una intervención estatal que durante algunas décadas pudo sostenerse en Occidente pero ha sido abandonada, al menos hasta el presente. Sus carencias económicas y tecnológicas propias lo hacen particularmente débil para desenvolverse en una época que exige otros medios.

c) El Mercado Común del Sur

13. El Mercosur expresa a la cultura *iberoamericana* en la búsqueda del desarrollo a través de un mercado que tiene a su favor denominadores de una tradición cultural relativamente común, pero engarzada en las vertientes occidentales “peninsulares” históricas que -en diversos grados, según se trate del curso hispánico o portugués- enfrentan dificultades para incorporarse en plenitud al capitalismo¹⁹. Corresponde tener en consideración, asimismo, los despliegues itálicos meridionales, afines a los sentidos hispánicos tradicionales, y la presencia indígena y africana negra.

El mercado, que todavía no se ha logrado y resulta más débil que el europeo, cuenta a su favor con los ingredientes *anglofranceses* y *yanquis*, que se superponen en la región a los ibéricos tradicionales. El deseo de integra-

19. Puede c. nuestro estudio “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, Nº 4, págs. 113 y ss. También nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

ción se nutre con las bases de esta común *experiencia histórica* hispánica e incluso peninsular. Será importante saber si los dos cauces cooperarán o se conflictuarán.

d) El Área de Libre Comercio para las Américas

14. El ALCA, mediante cuyo logro sólo se pretende un *área de libre comercio*, tiene como principal referencia al espíritu de la cultura anglosajona *norteamericana*. El predominio del sentido del libre comercio y la referencia al mercado y no al Estado son muestras de la diferencia de las raíces que nutren a este proceso integrador respecto de los anteriores.

e) Panorama de la integración

15. El ALCA es mucho más afín a la globalización, en tanto los otros procesos de integración mencionados se vinculan más, en diversos grados, con la internacionalidad. Si el Pacto Andino es el exponente más claro de la integración en la línea *hispánica*, el ALCA resulta el la manifestación más nítida de la integración en la línea *anglosajona*.

16. Desde el punto de vista específico trialista, los procesos de integración muestran la pretensión diversamente exitosa de recomponer los órdenes, los ordenamientos y los régimenes de los Estados integrados en espacios jurídicos más amplios, de alcances regionales.

Los grados de más alta planificación gubernamental e institucionalidad se muestran en el Pacto Andino y los de más juego de la ejemplaridad y de la negocialidad se proponen en el ALCA. A medida que los procesos integradores toman más consistencia, requieren nuevas fuentes formales, incluso de clases antes desconocidas. El despliegue del ALCA deja a las pirámides normativas de los Estados más soberanía, en tanto la Unión Europea es un fuerte ejemplo de sujeción.

El valor que sirve para la integración es siempre la utilidad, pero en el ALCA éste es más excluyente; el Pacto Andino y la Unión Europea se fieren también de modo intenso a otros valores. En el ALCA se corre el peligro de que la utilidad se arrogue el espacio que pertenece a la justicia; de diversos modos, el Pacto y la Unión procuran más que la justicia predomine sobre

la utilidad, en el primer caso con riesgo de que la primera se arrogue ámbitos que corresponden a la segunda.

V. Conclusión

17. La consideración trialista del mundo jurídico, que no sólo incluye dentro de él los despliegues sociológicos, normológicos y axiológicos sino lo integra a su vez en el resto de la cultura, posee destacada importancia para que el Derecho pueda coadyuvar con miras a que en nuestro tiempo, tan fuertemente caracterizado por el predominio de la economía y la tecnología, se discutan y realicen, a través de la internacionalidad, la globalización y la integración, fórmulas de *vida humana* más amplias²⁰.

20. Hoy más que nunca es necesario contar con la comprensión del “*Derecho Universal*”, incluyendo pero superando la globalización/marginación (puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979).

COMPRENSION FILOSOFICO-HISTORICA DE LA EVOLUCION DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(La construcción del Derecho Internacional Privado en tiempos de la internacionalidad intensa, la integración y la globalización)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

a) Nociones fundamentales: las fuentes reales y la evolución el Derecho Internacional Privado

1. Si se tienen en cuenta la propuesta de la *teoría trialista del mundo jurídico*, de construir el objeto de la ciencia del Derecho atendiendo a las dimensiones socio-lógica, normológica y axiológica y su correspondiente noción de norma, como captación lógica de un reparto proyectado hecha del punto de vista de un tercero, las *fuentes reales* de las normas son los *repartos*¹. Las normas reflejan desde el punto de vista lógico la tensa realidad de las conductas de seres humanos que adjudican lo que favorece o perjudica al ser, y en particular a la vida, es decir, los «*repartos*».

(*). Profesor de Derecho Internacional Privado Profundizado y Filosofía del Derecho Privado de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. *En el amistoso recuerdo de Pablo Werner Schlosshauer*.

1. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6^a ed., 5^a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filo-

La teoría trialista está construida en gran medida con el propósito de mostrar la relación de la *lógica* de las normas con la *realidad social* y su despliegue *histórico*. El desconocimiento del sentido social e histórico del Derecho puede tener graves significados de ocultamiento de intereses que conviene considerar y de parálisis de la comprensión jurídica.

Las fuentes reales de las normas son *materiales* (los repartos mismos) o *formales* (las autobiografías de los repartos hechas por los mismos repartidores -constituciones formales, tratados, leyes, sentencias, contratos, etc.-). Las fuentes formales facilitan la construcción de la lógica de las normas y el logro de sus finalidades de *fidelidad* (porque se refleja con acierto el contenido de la voluntad de los repartidores), *exactitud* (porque ese contenido se cumple) y *adecuación* (porque los conceptos empleados sirven a los fines de los autores). La fidelidad normativa puede referirse también al ordenamiento normativo, captación lógica del orden de repartos en su conjunto (en él consiste en la expresión acertada del contenido de la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado). Como es notorio, las autobiografías de las fuentes formales plantean los riesgos de dar normatividades infieles, inexactas o inadecuadas.

En la relación entre las fuentes formales y las materiales pueden detectarse, además de las fuentes formales cabalmente reales, las fuentes de *propaganda*, que se establecen con miras a convencer para que alguna vez se cumplan, y otras meramente *espectáculos*, que se dictan para aparecer, pero no para que se cumplan².

Según la facilidad o dificultad para su elaboración, las fuentes formales pueden ser más *flexibles* o *rígidas*; atendiendo a la intervención en la elaboración pueden ser más o menos *participativas* y conforme a su posibilidad de adaptarse a las diversidades de la realidad pueden ser más *elásticas* o *inelásticas*. La participatividad se relaciona estrechamente con la fidelidad del ordenamiento. Siempre es importante diferenciar a las fuentes formales según sus distintos caracteres en todos esos aspectos.

A la luz de la *teoría de las respuestas jurídicas*, es posible reconocer fenómenos dinámicos de «plusmodelación», «minusmodelación» y «sustitución» en lo conceptual y lo fáctico, que son apreciables asimismo en las fuentes reales y permiten

sofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; «La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

2. Puede v. nuestro artículo «Las fuentes de las normas», en «Revista de la Facultad...» cit., 4/6, págs. 232 y ss.(también en «Zeus», 6/IX/1983, t. 32, págs. D.103 y ss.).

advertir, por ejemplo, casos de «*inflación*», cuando se incrementan sólo los alcances conceptuales, v. gr., por mera multiplicación de las formas³.

Las fuentes formales suelen ser los instrumentos de referencia para la «*recepción*», es decir, el trasplante de una solución jurídica de un régimen a otro, sea en el tiempo, el espacio, o incluso la materia. Sin embargo, el trialismo permite apreciar con claridad que pueden producirse reacciones de asimilación o rechazo y que no basta con trasplantar fuentes formales para obtener realidades sociales semejantes⁴.

2. La evolución de las fuentes reales de las normas del Derecho Internacional Privado en las últimas décadas es un claro exponente del cambio histórico, podría decirse de «*era*» de la historia, que nos toca vivir⁵.

El Derecho Internacional Privado de la internacionalidad tradicional, constituida por *Estados independientes* respetuosos de la independencia de los demás y *relaciones* económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc. suficientemente estrechas para requerir una compleja regulación jurídica, es diverso del de los tiempos de actuales, en que se intensifican esas vinculaciones llegándose a fenómenos de integración y globalización⁶. Las fuerzas y las relaciones de producción y en general toda la estructura cultural exceden los moldes de los Estados. El papel directo de éstos cambia y se debilita; sus vinculaciones se incrementan.

Sin desconocer las diversidades internas y su encubrimiento formal, el mundo de la internacionalidad tradicional podía representarse como un «*dámero*», en el que las diferentes casillas correspondían a los Estados. Hoy, la nitidez de tales casillas y los límites entre ellas se van debilitando, aunque a veces sólo se trate de semejanzas formales impuestas por los sectores globalizados a los marginales, que no disponen -al menos- de las posibilidades de formalización.

3. Es posible c. nuestros «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, págs. 51 y ss.
4. Cabe c. por ej. nuestros artículos «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en «Revista de Direito Civil», 8, págs. 73 y ss. y «Originalidad y recepción en el Derecho», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 9, págs. 33 y ss.
5. Pueden v. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
6. C. por ej. VERDROSS, Alfred, con la colaboración de Karl ZEMANEK, «Derecho Internacional Público», trad. Antonio Truyol y Serra, 4^a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.
Parece conveniente conceptualizar siempre «*globalización/marginación*». Puede v., en este mismo número de la «**Revista**», nuestro estudio «Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración».

El Derecho Internacional Privado clásico, expresaba el «equilibrio» de las relaciones privatistas entre los Estados a través del método indirecto, que resolvía los «conflictos de leyes». Hoy, el cambio de la realidad social incluye, además, el empleo del método directo, sobre todo al servicio de fenómenos de integración y de globalización, y la consideración de los conflictos de jurisdicción y la transposición procesal⁷.

b) La evolución de las fuentes formales

3. 1. Para cubrir los «espacios» jurídicos entre los Estados, constituidos con cierta frecuencia por contratos, como lo requerían los casos que excedían los respectivos marcos estatales, el Derecho Internacional Privado tradicional se valió en gran medida de respuestas de cada Estado a través de *leyes* y, sobre todo, de *sentencias*.

Aunque muchas veces dotadas de recursos técnicos no muy evolucionados, a menudo (como en el caso del Código Civil argentino) las leyes, también en cuanto al Derecho Interno, se dictaron con miras a mejorar las imágenes exteriores de los Estados.

En su carácter de materia nueva, el Derecho Internacional Privado tradicional se constituyó en el curso de numerosísimas soluciones jurisprudenciales (ocupando lugares muy destacados, por ejemplo, las de casos Beauffremont, Forgo y Ponnou-cannamalle).

No sería acertado desconocer la fuerte referencia al papel externo que tuvieron a veces fuentes superiores, según sucede con la Constitución Nacional argentina de 1853-60. Es claro que, como lo dice rotundamente el Preámbulo, nuestra «Carta Magna» fue dictada para asegurar los beneficios de la libertad a todos los hombres del mundo que quisieran habitar el suelo argentino. En el artículo 20 la Constitución consagró, de modo específico para los extranjeros a quienes se dirigía, los derechos reconocidos en el artículo 14 a la generalidad de los habitantes. Vale recordar que el autor de las «Bases» de la Constitución sostenía que gobernar es poblar y proyectaba una importante política inmigratoria. Sin embargo, las fuentes estatales predominantes en nuestra materia eran las leyes y las sentencias.

3. 2. A esas fuentes internas se fueron agregando acuerdos internacionales bi-

7. Es posible c. nuestros «Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado» («Una nueva versión de la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado», «Filosofía de la doble adjudicación como problema jurídico general y en especial en el marco jusprivatista internacional», «Filosofía del concurso internacional»), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

laterales e incluso multilaterales, con la valiosa vanguardia de los Tratados de Montevideo, importante exponente de la imagen que los países de la región -centrada de cierto modo en el Río de la Plata- procuraron dar al resto del mundo.

4. 1. El desenvolvimiento de la nueva intensidad de las relaciones internacionales, que culmina en los procesos de integración y globalización, ha provocado grandes transformaciones en el ámbito de las fuentes iusprivatistas internacionales⁸.

El incremento del tejido de *tratados*, que van llenando los espacios entre los Estados, incluso con caracteres de nueva «preestatalidad» mundial, es sorprendente. No dejan de tener alta significación la «penetración» de la internacionalidad a través de los tratados en la propia Constitución y el ascenso de su lugar en la jerarquía de las fuentes, según lo exhibe la «Carta Magna» argentina.

El crecimiento de las fuentes convencionales de la Conferencia de La Haya, de las CIDIP y de la ONU es altamente significativo, pero también lo es la presencia de los tratados de la integración, que complementan complejos de fuentes de nuevos tipos elaboradas en los procesos respectivos.

La «constitución material» del nuevo régimen mundial, de cierto modo en estado «hobbesiano» de concentración del poder, se manifiesta en los Acuerdos de Marrakech.

Como ocurrió en la formación de los Estados modernos-nacionales antes de la codificación del Derecho Interno, entre los tratados hay fenómenos de anarquía, que se manifiestan en la pluralidad de fuentes a veces discordantes o al menos de discutible necesidad.

4. 2. Las *leyes* han progresado, en especial con miras a la regulación del Derecho Internacional Privado (casos de Suiza, Alemania, Quebec, Italia, Venezuela, etc.), pero también adquieren nítida significación de más clara inserción internacional las propias codificaciones del Derecho Civil y Comercial, como sucede con el

- 8. V. por ej. DREYZIN DE KLOR, Adriana - URIONDO DE MARTINOLI, Amalia (rec.), «Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional», Bs. As., Zavalía, 1996.
- 9. La forma suele existir en tensas relaciones con el contenido y el exterior. A su vez, puede consolidar pero también «cristalizar». No entramos a discutir la conveniencia o inconveniencia de «re-formalizar» el Derecho Civil y Comercial argentino, pero cabe destacar que las ventajas «exteriores», que permitirán hacer más cognoscible y elegible el Derecho argentino desde el exterior, son más evidentes que las «internas», donde al menos hay que computar las dificultades para que el nuevo régimen sea conocido por la generalidad de los abogados y los riesgos de disminuir la dinámica de elaboración de soluciones.

proyecto de Código actualmente en debate en la Argentina⁹. Los Estados se esfuerzan de modo creciente por proyectarse al exterior e incluso mostrar en ese enfoque la mejor imagen posible.

Los avances del «*espíritu del pueblo*» en el ámbito internacional, concretados en la Argentina por grandes progresos doctrinarios y jurisprudenciales que se lograron en mucho a partir de la gigantesca obra de Werner Goldschmidt, hacen que la codificación del Derecho Internacional Privado, contenida en nuestra circunstancia en el perfectible pero valioso Libro VIII del proyecto de Código Civil, resulte claramente muy beneficiosa¹⁰.

El Libro VIII es en gran medida la formalización de la realidad actual del Derecho Internacional Privado argentino.

4. 3. La sentencia ha ganado espacio como vía para resolver la gran cantidad de casos que se presentan, pero de cierto modo lo ha perdido ante el progreso de fuentes superiores. Los *contratos* han avanzado en su carácter de instrumentos de los nuevos espacios de mercado, al punto que no sólo eligen los Derechos aplicables sino que procuran liberarse de los Estados en la «autonomía universal» y buscan solucionar los conflictos por vías ajenas a éstos¹¹.

c) La evolución de las fuentes materiales

5. También en el ámbito de las fuentes materiales del Derecho Internacional Privado se ha producido un gran cambio, evidenciado por ejemplo por el incremen-

10. Sin desconocer la posible conveniencia de dictar el Código Civil nuevo en su totalidad, cabe puntualizar que si se tienen en cuenta los *niveles de la conciencia social* respecto del Derecho, en los que cabe diferenciar a los *especialistas*, los *abogados en general* y el *resto de la población*, se advierte: a) que en el Derecho Internacional Privado el consenso de los especialistas respecto del Libro VIII puede ser más amplio que en el Derecho Privado Interno Civil y Comercial; b) que el conocimiento no dependiente de los especialistas que tiene la generalidad de los abogados respecto del Derecho Internacional Privado es mucho menor que el del Derecho Privado Interno Civil y Comercial, de modo que lo que puede «perderse» al respecto en la codificación iusprivatista internacional es menos significativo. Es notorio que en el resto de la sociedad el conocimiento seguirá refiriéndose a pautas culturales generales que no variarán.

Cabe tener en cuenta SAVIGNY, F. de, «De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho», trad. Adolfo G. Posada, Bs. As., Atalaya, 1946, págs. 53 y ss.

11. Puede ver 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.

to de la «*lex mercatoria*» e incluso, como lo evidencia la obra de Uidroit, la *doctrine* -que es habitualmente fuente de conocimiento- tiende a convertirse en fuente real material. El debilitamiento del papel del Estado muestra un panorama de fuentes relativamente parecido al que existió antes de su tarea de monopolizar la elaboración de las fuentes de las normas.

d) Horizonte estratégico y general

6. Las transformaciones de las fuentes del Derecho Internacional Privado han de ser comprendidas y resueltas dentro de un gran planteo *estratégico* que resuelva de la manera más valiosa posible la inserción que se busca en el exterior.

La Argentina ha de considerar, por ejemplo, la medida en que desea tener una proyección más dirigida a la obra americana de la CIDIP, más referida al centro de gravedad europeo de la Conferencia de La Haya, más abierta a la obra de pretensión mundial de la ONU, etc.¹². Ha de atender al grado en que buscará más construcción «mercosureña» -a su vez con más bases internacionales o de mayor desenvolvimiento específico de las respuestas de integración-, mayor orientación al ALCA, más apertura general a la globalización, etc.¹³

7. 1. Aunque no hay que desconocer las particularidades de los contenidos, por ejemplo de internacionalidad, integración o globalización, en general el cambio de tipo de fuentes formales, con el avance y la multiplicación de los *tratados*, tiene un profundo significado, que coloca al Derecho Internacional Privado y al Derecho en general en condiciones que importa mucho considerar.

Vale apreciar el avance en las posibilidades de *exactitud*, por el imperio de las fuerzas mundiales que suelen orientar los tratados, pero también el riesgo para la *fidelidad* local de los ordenamientos normativos (ya que los tratados son elaborados por las autoridades ejecutivas, a menudo más permeables a las imposiciones externas, pero hay menos intervención de los representantes legislativos).

A través de los tratados hay oportunidades mayores para la flexibilidad externa y para la rigidez interna; una disminución de la *participación* popular y cierta cri-

12. Un punto que merece consideración es el grado de especificidad que se buscará para el Derecho Internacional Privado americano a través de las CIDIP.

13. Es posible v. nuestro estudio «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.

sis de la elasticidad para atender a las diversidades de los pueblos. La multiplicación de los tratados corresponde, a veces, a fenómenos de *inflación formal* que desorientan en el mundo de los repartos. En ciertos casos, incluso los expertos no saben bien a qué fuentes remitirse.

Tampoco hay que desconocer la problemática de las nuevas fuentes materiales. El empleo de la lex mercatoria tiene, por ejemplo, rasgos análogos de flexibilidad externa y de reducción de la participación general.

La *recepción* formal de modelos jurídicos, del sistema económico capitalista liberal y de culturas de raíces diferentes origina un importante requerimiento de asimilación, con grandes riesgos de rechazo de dichos paradigmas. Se producen realizaciones valiosas, pero también hay peligros de inexactitud, de infidelidad del ordenamiento normativo y de escasa participación.

7. 2. El proyecto de Libro VIII de Código Civil, con sus calidades de fidelidad del ordenamiento y de participación -a demostrar en el debate doctrinario y el propio tratamiento parlamentario- y respondiendo a raíces asimiladas y desarrolladas en nuestro medio, supera muchos de los cuestionamientos que podrían hacerse a partes del Derecho Internacional Privado actual. No se opone al modelo económico liberal y admite expresamente la autonomía de las partes, pero a nuestro parecer para alcanzar soluciones valiosas no debe procurarse el enfrentamiento sino el reencauzamiento de ese paradigma, y creemos no sólo que están dados los mecanismos para evitar excesos (incluyendo el recurso final al orden público) sino que es importante que la Argentina pueda asumir un lugar más *reconocible y aceptable* en el concierto mundial.

7. 3. Uno de los grandes interrogantes de este tiempo se refiere al éxito que llegará a tener la presión que se ejerce sobre las culturas no globalizadas. No sólo la presión material, sino la *presión formal* que se impone desde el mundo globalizado es muy grande, pero el sistema que la produce es también muy poderoso. Al emplear tratados y sobre todo al valerse también del método directo, el Derecho Internacional Privado, que no debe dejar de ser al menos en parte -como lo señaló Goldschmidt- derecho de la tolerancia¹⁴, avanza, a veces, en el ejercicio de esa presión¹⁵.

14. Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia», 6^a. ed., Bs. As., Depalma, 1988.

15. En nuestros días es muy relevante saber si al fin el sistema económico condicionará al sistema democrático o a la inversa. La Historia y la Filosofía del Derecho tienen mucho que aportar en el debate al respecto. De acuerdo con el principio supremo de justicia que expone el trialismo, nuestras preferencias personales se orientan en el segundo sentido.

EL AMBITO DE LA DECISION JURIDICA

(La construcción del caso)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

I. Nociones básicas

a) Los ámbitos de las decisiones: los casos

1. Entre las múltiples ventajas que tiene, a nuestro parecer, la consideración del Derecho de acuerdo con la teoría trialista del mundo jurídico se encuentra la posibilidad de reconocer los *ámbitos de las decisiones*, a menudo desatendidos por influencia de los «unidimensionalismos» normológicos y dikelógicos¹. El ámbito de

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

1. En relación con la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a. ed., 5^a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. En especial, en cuanto al ámbito del reparto, puede v. nuestro “Derecho ...” cit., pág.51.

Con referencia al desafío de la complejidad, que ha de satisfacerse para superar las simplicidades de los “unidimensionalismos” puede v. por ej. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, trad. Gianluca Bocchi - Maria Maddalena Rocci, 10^a ed., Milán Feltrinelli, 1997.

En cuanto a la adopción de la decisión judicial es posible c. por ej. CUETO-RUA, Julio C., “Judicial Methods of Interpretation of the Law”, Louisiana State University, 1981. También cabe v. por

cada decisión se constituye como un *caso*, cuya construcción puede conscientizarse mejor a través del trialismo².

La aptitud del jurista para tomar conciencia científica de los casos es a menudo muy limitada, porque se pretende conducirlo a que los plantea desde las normas o al menos de los valores y no a la inversa, como en realidad suele ocurrir de modo predominante, también en la tarea judicial.

La restricción de la ciencia del Derecho a las normas o a los valores contribuyó a la reducida atención brindada al *comportamiento jurídico*, cuyo estudio es muy valioso para su éxito y su control³. Así se bloqueó, también, el camino de la comprensión de los ámbitos de las decisiones jurídicas, para la cual, por ejemplo,

ej. GHIRARDI, Olsen A. y otros, "Teoría y práctica del razonamiento forense". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1999.

Acerca de la teoría de la decisión puede c. v. gr. AS. VS., "Decisiones, proceso de adopción", en SILLS, David L. (dir.), "Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales", ed. española bajo la dirección de Vicente Cervera Tomás, 1^a ed., 2^a reimp., Aguilar, Madrid, vol. 3, 1979, págs. 402 y ss.; VANBERG, Viktor, "Racionalidad y reglas" (rec.), trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 1999, esp. págs. 51 y ss. y 149 y ss.; aunque más centrada en la corriente axiomático-normativa que en la descriptiva, de más utilidad en este planteo, es posible v. además, por ej., HÖFFE, Otfried, "Estudios sobre teoría del derecho y la justicia", trad. Jorge M. Seña, Barcelona. Alfa, 1988, págs. 151 y ss. También c. por ej. WRIGHT, Georg Henrik von, "La lógica de la preferencia", trad. Roberto J. Vernengo, Bs. As., Eudeba, 1967. Asimismo vale tener en cuenta, v. gr., MEYER, Paul L., "Probabilidad y aplicaciones estadísticas", trad. Carlos Prado Campos y otros, reimp., México, Adison Wesley Longman, 1998; HADLEY, op. cit.; RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10^a ed., Cambridge, Harvard University Press, 1980, esp. págs. 142 y ss.; POSNER, Richard A., "The Economics of Justice", 6^a ed., Cambridge, Massachusetts, 1996; CALABRESI, Guido, "Ideals, beliefs, attitudes an the Law", Syracuse University Press, 1985; JORGENSEN, Stig, "Motive and Justification in Legal Decision-Making", en "Reason in Law" cit., vol. 1, págs. 335 y ss.; WELLS, Catharine, "Situated Decisionmaking", en BRINT, Michael - WEAVER, William (ed.), "Pragmatism in Law & Society", Boulder, Westview, 1991; NINO, Carlos S., "Introducción a la filosofía de la acción humana", Bs. As., Eudeba, 1987. También v. REALE, Miguel "Filosofia do Direito", 5^a ed., San Pablo, Saraiva, t. II, 1969, págs. 485/6; "O Direito como Experiência", San Pablo, Saraiva, 1968, págs. 192 y ss.

2. El estudio de la construcción de casos guarda correlación con el "análisis de casos" (es posible v., a este respecto, GOLDSCHMIDT, Werner, "El análisis de casos como elemento imprescindible de la enseñanza jurídica", en "Justicia y verdad", Bs. As., La Ley, 1978, págs. 557 y ss. -también en "Lecciones y Ensayos", Nº 43/45-).
3. C. no obstante, por ej. EULAU, Heinz, "Comportamiento político, análisis del", en "Enciclopedia Internacional ..." cit., 1^a ed., 2^a reimp., vol. 2, 1979, pág. 548; también AS. VS., "Judicatura", en "Enciclopedia Internacional ..." cit., 1^a ed., 1^a reimp., vol. 6, 1979, págs. 343 y ss., espec. SCHUBERT, Glendon, "Comportamiento judicial", págs. 343 y ss.; MURPHY, Walter F., "Escala de valores y jueces", págs. 350 y ss.

François Gény realizó hace más de un siglo aportes muy significativos⁴. A fuerza de reducir el planteo del Derecho a leyes o a reglas “naturales” universales y eternas, se llegó a prescindir de la consideración de las *situaciones* en las que el Derecho se desenvuelve y a ignorar las *oportunidades* contenidas en ellas, con el correspondiente riesgo de desaprovecharlas⁵.

Como resultado de las restricciones en la referencia a lo jurídico, alimentadas por la “verticalidad descendente” y por la exclusiva “prescriptividad” con que se ha pensado al Derecho, el jurista es uno de los pocos “constructores” que a menudo simula ignorar el ámbito donde construye y a veces lo hace realmente. Se trata, a nuestro parecer, de una ideología tendiente a ocultar la importancia de lo “dado” y lo “construible” para excluir el amplio debate de *intereses* que creemos corresponde.

En muchos planteos no se ignora la situación, sino que se la desatiende, o se la envía a otras disciplinas, para no tener que reconocer los intereses y en particular cuánto pueden llegar a influir los de los propios *autores* de las decisiones. El repartidor, sea contratante, testador, administrador, juez, legislador, etc., es a su vez un interesado. Una vieja advertencia dice que quien es parte y reparte se queda con la mejor parte. Sea o no así, es esclarecedor que la ciencia jurídica tenga cómo evidenciarlo.

La exposición de los casos contribuye a la evidencia de los *móviles* de los repartidores y como en muchos casos se prefiere ocultarlos, alegando razones diversas, suele instrumentarse el ocultamiento de las situaciones de la decisión. El silencio y la mala presentación de los casos son a menudo medios de la *hipocresía* de los repartidores⁶.

Sin entrar a considerar el resto de los ámbitos de las decisiones, la fuerza que tiene en sí la *construcción* de los casos es siempre muy grande, al punto que, por ejemplo, el Derecho Procesal considera que se trata en parte de otro reparto. Sin embargo, ese poder se incrementa si la construcción se produce en la clandestinidad o sin suficiente conciencia de lo que se realiza.

El grado de desconocimiento que se tenga de la situación corresponde a un grado de riesgo de construir sin *cimientos* adecuados y de sufrir el derrumbe de lo que

4. Puede v. GENY, Francisco, “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, 2^a ed., Reus, Madrid, 1925; “Science et technique en droit privé positif”, Sirey.
5. Es posible v. nuestro “Derecho ...” cit., págs. 51 y ss.
En relación con el tema puede v. por ej. VIEHWEG, Theodor, “Tópica y Filosofía del Derecho”, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991, esp. por ej. págs. 176 y ss. y 196 y ss.
6. Segundo parece invocarlo la palabra “hipócrita”, queremos decir que el jurista no oculte sus propios criterios y se comporte como un “actor teatral” (v. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. II, 1980, págs. 245/6).

se haga. Aunque no creemos que la tarea del jurista sea sólo ingeniería jurídica (en todo caso, preferiríamos hablar de “arquitectura”), consideramos que al menos ha de tener en cuenta las reglas al respecto.

b) Créditos, deberes y obligaciones sociales

2. Dentro del ámbito en que se toman las decisiones se encuentran los *créditos* y los *deberes jurídicos*, que exceden los captados por las normas y constituyen al fin espacios vitales positivos y negativos⁸. Sin reconocerlos, es imposible adoptar resoluciones aunque más no sean exitosas.

Lo que el Derecho formalizado suele considerar como “crédito” de una persona en el comercio y como su “honra”, muchas veces protegidos hasta con alcance penal, son sólo manifestaciones parciales de la realidad genérica del “crédito” y el “deber social” que las personas tienen en la sociedad. Es importante poder reconocer el *patrimonio social* que se posee, para emplearlo con acierto.

En la dinámica de la consideración del ámbito del reparto, corresponde evaluar los “costos” de las distintas soluciones, atendiendo a las “*contrapartidas*” y a los “*dones*”.

3. Se ha desatendido asimismo el aporte que puede brindar la varias veces milenaria experiencia del pensamiento obligacional jurídico para reconocer la “*obligación social*” contenida en el ámbito de la decisión.

Más allá de la conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas, que hemos tratado en un estudio reciente¹⁰, importa atender al conjunto del ámbito donde se producen las decisiones a efectivizar para que al fin se originen los respectivos repartos de potencia e impotencia¹¹.

El contratante al contratar, el testador al testar, quien se casa al contraer matrimonio, el administrador al administrar, el juez al resolver los casos que se le

7. Por la fuerte referencia a valores no utilitarios y la afinidad “tectónica” con el *suelo* y no con el artificio (puede v. COROMINAS, op. cit., t. I, 1980, pág. 345).
8. Cabe c. por ej. HART, H. L. A., “Deber”, en “Enciclopedia Internacional ...” cit., vol. 3, 1979, pág. 400.
9. Incluso, fuera del ámbito de este estudio, también hay, en relación con la naturaleza, “créditos” y “deudas” biológicos.
10. Acerca del prestigio pueden v. por ej. WEBER, Max, “Economía y sociedad”, trad. José Medina Echavarría y otros, 2^a. ed., 7^a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1984, por ej. págs. 669 y ss.; KÖNIG, René (dir.), “Sociología”, en “Enciclopedia Moderna del Conocimiento Universal”, trad. Adolfo von Ritter-Zahony, Bs. As., Compañía General Fabril Editora, 1963, pág. 98.
11. Es posible v. nuestro estudio “La conjetura ...” cit.
12. Puede v. nuestra “...Metodología Jurídica” cit., pág. 60.

plantean y el legislador que legisla, así como el escritor al escribir, el docente al dictar sus clases, el comunicador social al comunicar y, al fin, cualquier persona al producir la conducción repartidora, se mueven en un ámbito de decisión, escenario de créditos y deudas sociales¹².

II. Los ámbitos de los repartos en la teoría trialista del mundo jurídico

a) El mundo jurídico en general

4. Es verdad que de manera primaria “caso” es el suceso que motiva una consulta, pero se trata de un suceso dotado de *particularidad*. Sin desconocer que los casos jurídicos pueden ser construidos con múltiples sentidos (como cuestiones de lucro personal, como asuntos de poder, de coherencia, de justicia, etc.), a nuestro parecer se los comprende de manera más satisfactoria como *problemas de reparto* de potencia e impotencia (de modo que con relación a los seres vivos son cuestiones de reparto de lo que favorece o perjudica a la *vida*) comprensivos de despliegues *sociológicos, normológicos y axiológicos*, entre los que ubicamos en lugar destacado a los del valor justicia¹³. Creemos que en la formación de todo caso es valioso atender a las tres dimensiones “jurísticas” (sociológica, normológica y axiológica), en cuanto a lo *dado* y lo *construible*. Asimismo es esclarecedora la referencia a los “*horizontes*” convivenciales de la política toda.

5. Los puntos de vista que el trialismo viene planteando para señalar los límites necesarios de los repartos, impuestos por la naturaleza de las cosas¹⁴, pueden ser considerados no sólo en la frontera sino en la identificación del tejido del marco “desimal”. Despliegues físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos han de ser tenidos en cuenta como partes del “terreno” en el que se construye la decisión repartidora.

12. Cuando Lassalle señalaba la constitución material, en última instancia se estaba refiriendo al juego de factores sociales que siempre condicionan nuestras decisiones (puede v. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1957). En relación con el tema es posible v. por ej. BRAGA, Giorgio, “Las formas elementales de la sociedad”, en AS. VS., “Cuestiones de sociología”, trad. Alejandro Esteban Ros, Barcelona, Herder, 1971, págs. 769 y ss.; NINO, op. cit.; PARSONS, Talcott, “El sistema social”, trad. José Jiménez Blanco y Carola Cazorla Pérez, Madrid, Revista de Occidente, 1966.
13. V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, Depalma, 6^a. ed., 1988, pág. 3.
14. GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., págs. 71 y ss.

6. Todas las propuestas del trialismo en cuanto a las tres dimensiones del mundo jurídico son perspectivas a considerar, en los enfoques de lo *real* y lo *possible*, como partes del ámbito de decisión donde se produce el reparto.

Sin entrar a la discusión acerca de la objetividad o subjetividad de la justicia, que procuramos resolver en términos de cierto modo “constructivistas”, sostenemos que al fin, sea por invocaciones a la objetividad o por el juego de los factores de poder, no se hace necesariamente lo que indican las normas establecidas. Se termina realizando lo que en el presente los poderosos consideran valioso¹⁵. A nuestro parecer, es importante contar con espacios científicos para discutir esa realidad y, con miras a hacerlo, es valioso contar con una metodología para estudiar la formación de los casos.

7. En todo caso hay *hechos* y *Derecho*, sea éste normológica o axiológicamente considerado. Los hechos pueden ser conocidos con más precisión o a mero nivel de conjetura. El Derecho puede presentarse en grados de mayor o menor apertura. Puede mostrarse en niveles de conjetura del funcionamiento de las normas, de trámite de elaboración (procesal o negocial) o de lo ya “hecho” (cuando se ha dictado una sentencia o se ha llegado a un acuerdo y se trata de reconocerlos y ejecutarlos)¹⁶. Aprovechando ideas de Miguel Reale, cabe decir que estos distintos niveles tienden a recomponerse constantemente, de modo que, por ejemplo, una sentencia vuelve a generar la conjeta de su mayor o menor reconocimiento¹⁷.

a') Visión analítica

a'') DIMENSIÓN SOCIOLOGICA

8. En el despliegue *jurístico-sociológico* del caso, vale referirse, por ejemplo, a la realidad y la posibilidad respecto de *repartos* y *distribuciones* (de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar), considerando en cuanto a los repartos los repartidores, los recipientes, los objetos, la forma y las razones (móviles de los repartidores, razones que alegan y razones sociales) y las clases; la planificación gubernamental y la ejemplaridad, las sendas más o menos evolutivas o revolucionarias y los límites necesarios.

15. En cuanto a la crisis de las positividades anteriores por lo que se considera valioso en la actualidad, v. por ej. el reciente estudio de ALEXY, Robert, “A Defence or Radbruch’s Formula”, en DY-ZENHAUS, David (ed.), “Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order”, Oxford / Portland Oregon, 1999, págs. 15 y ss. (separata).

16. Cabe tener en cuenta nuestro estudio cit. “La conjeta ...”.

17. V. por ej. REALE, “Filosofía ...” cit., t. págs. 482 y ss. y 493 y ss.; “O Direito ...” cit., págs. 192 y ss.

9. Hay que apreciar los alcances *personales, espaciales y materiales* de los casos. Es esclarecedor atender a los *intereses* y las *expectativas* de las partes, a las *fuerzas* de que disponen y que están dispuestas a jugar, al carácter de cuestiones “*cotidianas*” o “*vitales*”, etc.

Por ejemplo: sin ignorar la pluralidad de causas y de sentidos, en el ámbito de las más grandes decisiones, la derrota de los Estados Unidos de América en Vietnam es una muestra de error en el cálculo de la importancia “material vital” con que los nordvietnamitas encararían la cuestión; el fracaso del intento militar argentino de recuperar las islas Malvinas es una expresión de la insuficiente apreciación del mismo carácter “material vital” que no sólo la Gran Bretaña sino el resto de los supremos repartidores de Occidente llegaron a dar al caso; la derrota de los militares localmente “triunfantes” en la represión del terrorismo en la Argentina es una manifestación de error en la apreciación de un resultado local cuando la cuestión poseía creciente carácter global.

10. Importa considerar la *causalidad* y la *finalidad “objetiva”* de los acontecimientos (los sentidos que “encontramos” en ellos). En esos marcos, se pretenderá satisfacer la *finalidad subjetiva* del repartidor. Si la finalidad subjetiva logra que sucede en la causalidad y en la finalidad objetiva lo que pretende, el reparto decidido será exitoso, de lo contrario, resultará fracasado¹⁸.

b") DIMENSIÓN NORMOLÓGICA

11. En lo *jurídico-normológico* se han de considerar las normatividades existentes y las que pueden producirse. Las normas generales por el antecedente, realizadoras del valor *predecibilidad*, son tales porque atienden a casos futuros, con el pertinente grado de abstracción; las individuales, que satisfacen el valor *inmediatez*, lo son porque consideran casos pasados, con el respectivo grado de concreción. La instalación temporal del caso remite a lógicas diversas, que en lo posible deben complementarse.

12. Tareas de gran importancia en el estudio de los casos son el *reconocimiento* de la normatividad a considerar y la *interpretación*. La capacidad para construir un caso es una de las perspectivas más importantes de la argumentación.

Sobre el caso han de apoyarse la determinación, la elaboración y la aplicación. Dentro de esta última labor, la consideración previa del ámbito del reparto es la sen-

18. Pueden c. nuestras “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967.

da del método de subsunción “histórico”; su atención posterior al encuadramiento de la pretensión, corresponde al método sistemático.

El reconocimiento de los casos permite apreciar si las soluciones guardan con ellos relaciones de *correspondencia* o de mera *yuxtaposición*¹⁹.

c") DIMENSIÓN DIKELÓGICA

13. En lo que concierne a lo *jurístico-axiológico*, importa considerar los despliegues de lo que se tiene y puede tener como valioso, en especial como justo. El *reconocimiento* del ámbito de la decisión lleva consigo el de los *valores* que se consideran al respecto.

De la gravitación de los casos concretos surge la exigencia de la *equidad*²⁰. Los ámbitos de reparto llevan a diferenciar el mero *deber ser actual* del *deber de actuar* que tienen quienes están en condiciones de realizar lo valioso. Los casos permiten distinguir el reparto *justo* del reparto *justificado*, que es el más valioso reparto que un individuo que no está en condiciones de llevar a cabo el reparto justo puede realizar. Ante la situación, los criterios generales orientadores pueden mostrarse inadecuados o lisa y llanamente disvaliosos. La carencia de estas consideraciones suele conducir a la frustración y al desánimo.

b') Visión sintética

14. A la luz de las tres dimensiones jurídicas se evidencia la necesidad de evitar que los casos queden ocultos por los “*velos*” *normativos* y *axiológicos*. Es necesario “perforar” dichos obstáculos para comprender en la mayor medida posible la realidad como es.

15. Sobre todo la posibilidad, la causalidad, la finalidad objetiva y la justicia son categorías “*pantónomas*” (pan=todo; nomos=ley que gobierna) referidas a las totalidades de los objetos respectivos, de modo sólo pueden ser captadas mediante *fraccionamientos* productores de certeza y seguridad. No es por azar que la búsqueda de la certeza y la seguridad más intensas se pretenden cortando lisa y llanamente las dimensiones pertinentes.

19. Es posible v. nuestro estudio “Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión”, en “Juris”, t. 80, págs. 298 y ss.

20. C. por ej. nuestro artículo “Comprepción jusfilosófica de la equidad”, en “El Derecho”, t. 155, págs. 685 y ss.

A la luz de tal pantomomía se advierte que los casos son sólo partes del gran “caso” de la vida, difícil de conceptuar como ella misma, pero nos encontrarnos en la necesidad de construirlos con recortes adecuados a nuestros deseos de conocer y hacer. La propia etimología de la voz “de-cisión” significa corte, mas con gran frecuencia se oculta lo que se corta²¹.

16. Construir un caso proyectando la posibilidad, la finalidad objetiva o la justicia con uno u otro alcance, por ejemplo, refiriéndolo más al *pasado*, al *presente* o al *porvenir* o incluyendo un complejo *personal*, *temporal* o *real* más o menos vasto, es de gran importancia para la decisión.

Cada *estilo* de construcción de los casos corresponde a un tipo de *cultura*. Incluso una misma realidad puede ser *comprendida* de maneras diversas. Así, v. gr., la construcción del “common law” (que es Derecho “común” por lo consuetudinario) se remite más a la vinculación con los precedentes, en tanto el Derecho romano-germánico ha evidenciado un mayor sentido de enlace en lo común como universal. No es el mismo el sentido de la temporalidad que recoge la construcción de los casos cuando se decide condenar el préstamo a interés, como solía imperar en el medievo, que cuando rige el proverbio inglés “Time is money”.

17. Los casos pueden presentarse en *aislamiento* o *vinculación*, sea ésta en coexistencia, dominación, integración o desintegración. Lo elaborado en cuanto a la “teoría de las respuestas jurídicas” posee interés al respecto²². Uno de los paradigmas tradicionales de la construcción de casos aislados (ahora en cuestión) es el de los contratos; uno de los grandes ejemplos clásicos de la vinculación en la edificación de los casos, con frecuencia por dominación del área familiar, es el de las sucesiones no testamentarias²³.

Para mejorar nuestras posibilidades de conocimiento de los ámbitos de las decisiones puede utilizarse el *método de las variaciones*, que nos lleva a modificar imaginariamente los casos y las soluciones reconociendo de modo diferencial las ventajas y los inconvenientes contenidos en unos y otras.

En la comprensión de lo construible hay que ver cómo se va pasando de lo *possible* a lo *probable*. El reconocimiento de la realidad que asignamos al caso exige

21. Es posible v. COROMINAS, op. cit., t. II, pág. 431.

22. Pueden v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976.

23. Es posible c. nuestro estudio “Los contratos conexos. En la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999.

cierto grado de *imaginación* para proponer nuevos caminos.

En todos los casos hay que atender a la *utilidad* de las distintas posibilidades para lograr lo que se pretende.

18. El reconocimiento de los ámbitos de las decisiones permite apreciar si éstas y las efectivizaciones son *adecuadas* y *exitosas* en todos los aspectos de las tres dimensiones jurídicas (por ej., si en lo sociológico es adecuado y exitoso que repartan quienes reparten, reciban quienes reciben, se adjudique lo que se adjudica, etc.). La “vacancia” de decisión y efectivización en un caso se muestra, v. gr., en la *burocracia*²⁴.

No hay que “*sobreambientalizar*” (“sobredimensionar”) ni “*infraambientalizar*” (“infradimensionar”) los casos. En los primeros desvíos se incurre en “tremendismo”; en los segundos en “infimalismo”. En el terreno de las decisiones, estos senderos pueden conducir de modo respectivo al “maximalismo” y el “minimalismo”. Una muestra, no sin gracia, de “*infraambientalización*” de un caso es el que evidencia el diálogo entre Luis XVI y el duque de Liancour al enterarse el monarca de la toma de la Bastilla. Al referírsele los hechos, el rey exclamó: “¡Pero eso es un montón!”. El duque le respondió: “No, señor; es una revolución”. Poco tiempo se necesitaría para hacer notorio el acierto de la rectificación. El monarca, quizás un hombre bueno, pero no adecuado al desafío histórico, no se daba cuenta de la magnitud personal, temporal y real del cambio que tenía ante sí.

19. La *dinámica* de la comprensión de las situaciones puede reconocer fenómenos de *expansión* o *reducción*, en que se amplían o disminuyen la realidad y la captación; de *inflación*, cuando la captación es mayor que la realidad y de *deflación* si la realidad es la que excede a la captación²⁵. En nuestros días de privatización y globalización son frecuentes la inflación en la captación estatal publicista de casos pertenecientes a los particulares y la deflación en cuanto los casos mundializados exceden los conceptos que los captan como nacionales o internacionales.

b) Las ramas del mundo jurídico

20. Cada *rama jurídica* lleva consigo una *especial* manera de construir los casos. No son lo mismo el rigor de la tipicidad penal liberal que la elasticidad del De-

24. V. por ej., atendiendo además a la multivocidad de la expresión, BENDIX, Reinhard, “Burocracia”, en “Enciclopedia Internacional ...” cit., vol. 2, págs. 96 y ss.

25. Pueden v. nuestros “Aportes ...” cits., págs. 51 y ss.

recho Constitucional. El Derecho Internacional Privado es hoy expresión de importantes tensiones entre los alcances nacionales, internacionales, globalizados e integrados de las situaciones a resolver.

En el estudio de los casos reales deben confluir perspectivas de diversas ramas jurídicas, cuya consideración como sistema corresponde a la *Teoría General del Derecho*, y enfoques de horizontes de distintas *ramas políticas*²⁶. Los casos suelen tener -con distintas intensidades- contenidos constitucionales, internacionales, administrativos, penales, civiles, procesales, etc. y proyecciones económicas, científicas, artísticas, etc.

26. Cabe citar nuestras "Lecciones de Teoría General del Derecho", en "Investigación y Docencia", N° 32, págs. 33 y ss.; asimismo, en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI, "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho", en *El Derecho*, t. 150, págs. 859 y ss.

EL CAMBIO DE ERA HISTORICA DESDE LA TEORIA DE LAS RESPUESTAS JURIDICAS

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

I. Nociones fundamentales

a) La teoría trialista del mundo jurídico, las respuestas jurídicas y la nueva era

1. La construcción del objeto de la ciencia jurídica resulta especialmente esclarecedora cuando se basa en el alcance tridimensional de la *teoría trialista* como un conjunto de repartos de potencia e impotencia captados por normas y valorados por la justicia¹. En ese mundo son reconocibles «problemas» y «respuestas» constituidos como posibilidades o realizaciones de uno o más repartos, captados por normas y valorados por la justicia². La apreciación de la «complejidad pura» con la que consideramos el mundo es uno de los desafíos más importantes para el pensamiento ac-

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

1. Acerca de la teoría pura del Derecho pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6^a. ed., 5^a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; «La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
2. Este artículo se elabora en base del estudio del autor «Aportes para una Teoría de las Respuestas Jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976.

tual, llamado a superar no sólo la «complejidad impura» sino también la «simplicidad pura»³. La consideración de las respuestas, como soluciones para nuestra existencia intensamente problemática, contribuye a mejorar el reconocimiento de la *dinámica* del Derecho, que suele no recibir la atención que merece.

A la luz de la teoría de las respuestas jurídicas es posible apreciar mejor el cambio de *era de la historia* que se produce en nuestros días, a impulsos de nuevos despliegues técnicos y económicos manifestados en un proceso «postmoderno» donde se destacan la globalización/marginación y enormes innovaciones en la informática y la biotecnología⁴.

3. Pueden v. GOLDSCHMIDT, «Introducción ...» cit., pág. XVII; BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), «La sfida della complessità», 10^a ed., Milán, Feltrinelli, 1997.
4. Creemos que el cambio es tan profundo que, más que un cambio de edad, se trata de la aparición de una nueva era de la historia.

Entre la bibliografía acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestros artículos «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 19, págs. 9 y ss.; «La doctrina jurídica en la postmodernidad», en «Jurisprudencia Argentina», 18/VIII/1999 y asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad», en «Investigación ...» cit., N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, «La condición postmoderna», trad. Mariano Antolín Rato, 2^a ed., Bs. As., R.E.I., 1991; VATTIMO, Gianni, «El fin de la modernidad», trad. Alberto L. Bixio, 3^a ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAIN, Alain, «Critique de la modernité», Fayard, 1992; HELLER, Agnes - FEHER, Ferenc, «Políticas de la postmodernidad», trad. Monserrat Gurguí, 2^a ed., Barcelona, Península, 1994; CALLINICOS, Alex, «Contra el Postmodernismo», trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven - KELLNER, Douglas, «Postmodern Theory - Critical Interrogations», Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., «Technology Time and the Conversations of Modernity», Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, «Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History», Cambridge, University Press, 1994; FORNERO, Giovanni, «Postmoderno e Filosofia», en FORNERO, Giovanni y otros, «Storia della Filosofia fondata da Nicola Abbagnano», Turín, UTET, vol. IV, 1994, págs. 389 y ss.; AUDI, Robert (ed.), «The Cambridge Dictionary of Philosophy», Cambridge, University Press, 2^a reimp., 1997, «Postmodern», págs. 634/5. Asimismo es posible c. v. gr. HABEL, Marc, «Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis», en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, «Postmodernidad y Derecho», Bogotá, Temis, 1993; ROJAS, Enrique, «El hombre light», 11^a reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, «La era del vacío», trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 8^a ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., «Mínima 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.

2. Para la comprensión del cambio histórico, Werner Goldschmidt incorporó al trialismo los conceptos de *revolución*, «asalto al poder», «revolución palaciega» y evolución. En la revolución varían los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto; en el asalto al poder y la revolución palaciega sólo se hacen diferentes los primeros y en la evolución se alteran únicamente los segundos.

Es notorio que en nuestros días hay un cambio revolucionario, de supremos repartidores y de criterios supremos de reparto. Pierden protagonismo los gobernantes de los Estados en general y lo ganan los de las grandes potencias encabezadas por los Estados Unidos de América y los dueños y ejecutivos de las enormes corporaciones económicas y avanza la imposición de los criterios económicos que van excluyendo a todos los demás⁵. Es más, las posibilidades de cambiar los cauces y criterios de adjudicación de la vida humana adquieren características sorprendentes.

A esas enseñanzas goldschmidtianas cabe agregar que, si se tiene en cuenta que el ordenamiento normativo es la captación lógica del orden de repartos, la revolución y sus variantes menores son rupturas de la *lógica de los antecedentes*⁶. A su vez, si se considera que los valores valoran el régimen y el ordenamiento normativo, la revolución y sus variantes menores son rupturas de la *consistencia axiológica*.

En cuanto a la globalización/marginación es posible 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 pueden c. v. gr. KAUL, Inge y otros (ed.) Global Public Goods”, Nueva York, The United Nations Development Programme, 1999; ORSI, Vittorio, “Las Claves de Davos 97”, Bs. As., ABRA, 1997; URRIOLA, Rafael (coord.), “La globalización de los desajustes”, Venezuela, Nueva Sociedad, 1996; TOMLINSON, John, “Globalization and Culture”, The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, “La aldea global”, Txalaparta, Tafalla, 1997; RAPOPORT, Mario (ed.), “Globalización, integración e identidad nacional”, Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 1994; LOPEZ, Ernesto, “Globalización y democracia”, Red de Editoriales de Universidades Nacionales. La Página: CAMDESSUS, Michel, “La Argentina y el desafío que plantea la globalización”, Bs. As., Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1996; FERRER, Aldo, “Hechos y ficciones de la globalización”, Bs. As., Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1997. También, en otra perspectiva, DAVID, Pedro R., “Globalización, prevención del delito y justicia penal”, Bs. As., Zavalía, 1999.

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

5. El Estado moderno nacional va perdiendo sus funciones «hobbesianas» de monopolizador del poder, sobre todo en países como el nuestro, y en cambio se va constituyendo una pre-estatalidad mundial con el monopolio del poder en manos del grupo firmemente liderado por los Estados Unidos de América.
6. En relación con el tema puede v. por ej. COSSIO, Carlos, «El concepto puro de revolución», Barcelona, Bosch, 1936.

La nueva era se constituye con una impactante ruptura de la lógica y una gran conmoción del complejo axiológico, que se relacionan de modo profundo con la caracterización de este tiempo de la razón y de la cultura «débiles». En este marco, la lógica y la axiología del sistema económico capitalista liberal y su tecnología parecen imponerse casi sin límites. Además comienzan a reinar nuevas manifestaciones de la lógica y la axiología de la vida humana, por ejemplo, en cuanto a su reproducción, su desarrollo, etc.

Todos esos cambios, en el régimen, el ordenamiento normativo y el complejo axiológico, pueden ser mejor comprendidos si se los reconoce a través de los *elementos de los repartos* (repartidores, recipientes, objetos, formas y razones) y en las vinculaciones *verticales* y *horizontales* entre los repartos, las normas y los valores. Es relevante saber cómo varían en todos esos aspectos las manifestaciones de la realidad social, la lógica y los valores de la nueva era. Vale apreciar cómo se modifican los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, su lógica y sus valores, en cuanto a los repartidores, los recipientes, las potencias e impotencias, etc.

En nuestro nuevo tiempo, los repartidores son crecientemente mundiales, los recipientes son beneficiados o gravados según pertenezcan o no al sistema dominante, las potencias e impotencias y la audiencia son pasadas por el tamiz de la economía, las razones son predominantemente económicas, etc.

Todas estas consideraciones tienen gran valor esclarecedor para comprender en general el cambio jurídico y la nueva era, pero creemos que pueden ser a su vez enriquecidas por las que brinda la teoría de las respuestas jurídicas.

b) La teoría de las respuestas jurídicas

3. Las *alcances* de las respuestas jurídicas tienen proyecciones activas, o sea los ámbitos en que pueden ser aplicadas, y proyecciones pasivas, es decir, los hechos con que se relacionan. Aunque hasta ahora viene prevaleciendo un enfoque territorialista de los ámbitos jurídicos, en realidad dichos alcances pueden ser no sólo *territoriales*, sino *temporales, personales, relativos a objetos, potenciales y de razón*.

Por la visión estática que suele predominar en la consideración de los regímenes, es frecuente que no se advierta que las respuestas jurídicas poseen alcances *cambiantes*, por *aumento, disminución o sustitución*. Por esas mismas causas, a menudo no se aprecia que las respuestas pueden vincularse en *contactos de soluciones independientes, dominación, integración, desintegración y aislamiento relativo*.

II. La nueva era a través de la teoría de las respuestas jurídicas

a) Los alcances de las respuestas

4. 1. Sin pretender fijar de modo excluyente los criterios de clasificación de los alcances de las respuestas, es posible apreciar diversos puntos de vista, que van mostrando el cambio de los tiempos.

4. 2. En el aspecto *territorial*, en nuestros días es significativo diferenciar, los alcances meramente nacionales, internacionales y globalizados. Como hemos señalado, la época actual se caracteriza por el debilitamiento de lo nacional y lo internacional en tanto avanza la *globalización/marginación*.

4. 3. En relación más específica con el *tiempo*, las respuestas pueden ser temporales (intraperiódicas), intertemporales (interperiódicas) o «intemporales» (permanentes)⁷. Los propios nombres indican que la Edad Moderna y la Edad «Contemporánea» se presentan como «temporales», en tanto el «Re-nacimiento» y la «post-modernidad» constituyen *intertemporalidades*. Este rasgo existiría quizás también en la Edad Media, si no se advirtiera en ella también cierta «intemporalidad». Son significativos el sentido «positivo», pero de «vuelta», del Renacimiento y el sentido «negativo», pero de «ida» que expresa la postmodernidad.

Más allá de este «lanzamiento», terminológicamente «débil», pero en realidad indefinido, la era actual está en condiciones de revolucionar los propios alcances de la vida humana, dándole una duración antes sólo soñada.

4. 4. En el aspecto *personal*, las soluciones pueden ser grupales, intergrupales o supragrupales. La gran recomposición social de este tiempo, más allá de la familia, de las clases, etc., presentando sobre todo una división en «*ocupados*» y «*desocupados*» por el sistema, en «útiles» e «inútiles», es otra muestra de la constitución de una nueva era histórica. Tal vez no se conozca un tiempo en que el hombre haya estado tan solo como en la postmodernidad.

4. 5. En lo relativo a *objetos*, puede considerarse a las respuestas como materiales, immateriales o genéricamente patrimoniales. La «*inmaterialización*» de la

7. A su vez, la respuesta puede tener un núcleo temporal, que constituye su tiempo axial, pudiendo distinguirse en su marginalidad, su preparación, su decadencia y su «supervivencia».

propiedad, intelectual y financiera, y el despliegue de la realidad «virtual» muestran el pasaje a un nuevo tiempo. Uno de los avances más revolucionarios del poder inmaterial es el conocimiento que se va alcanzando del genoma humano.

4. 6. En cuanto a las *potencias e impotencias*, las soluciones pueden ser circunstanciales, situacionales o vitales. Aunque la tendencia de la postmodernidad es a menudo presentar una abrumadora cantidad de *circunstancias* aisladas, desprovistas de los sentidos enlazados de la modernidad, en realidad pocas veces es tan necesario atender a la complejidad de las nuevas *situaciones* y a sus perspectivas *vitales*. La existencia misma de la especie humana está en condiciones de ser modificada.

4. 7 . En relación con las *razones*, existen respuestas más expresivas de la razón teórica, la razón práctica o la irracionalidad. Poco esfuerzo es necesario para advertir que el paso de la modernidad a la postmodernidad está signado por un gran avance de la *razón práctica*, manifestada en la técnica, y por la *irracionalidad*, respecto de la razón teórica más protagónica en la modernidad. Es posible que la razón práctica y la irracionalidad confluyan en una composición «no moderna» análoga a la de la medievalidad⁸.

b) La dinámica de los alcances de las respuestas

5. Por ser fenómenos de la vida, las respuestas crecen, decaen y son sustituidas. Se trata de procesos de aumento, disminución y sustitución, que pueden ser conceptualizados como *plusmodelación*, *minusmodelación* y *sustitución* de los modelos.

Como cada una de estas manifestaciones de la dinámica de las respuestas puede afectar, a su vez, a los despliegues conceptuales y fácticos o principalmente a uno de ellos, ese complejo de nuevos conceptos puede ampliarse.

Cuando la plusmodelación se refiere a lo conceptual y lo fáctico, la respuesta se *expande*, si se manifiesta sólo en lo conceptual sucede su *inflación*, y si se relaciona principalmente con lo fáctico se presenta su *sobreactuación*. Si la minusmodelación es conceptual y fáctica la solución se *reduce*; cuando se orienta de modo exclusivo a lo conceptual se presenta su *deflación* y, si se refiere sólo a lo fáctico sucede su *vaciamiento*. Conforme haya una *sustitución* en ambos despliegues o principalmente en uno de ellos se presenta la suplantación *total, conceptual o fáctica*.

8. Puede v. CIURO CALDANI-CHAUMET, op. cit.

Los contenidos fácticos y conceptuales, lógicos y valorativos, pueden presentarse en concordancia, pero también cabe reconocer la practicidad cuya exageración engendra *pragmatismo*; la racionalidad que al desbordarse significa *dogmatismo* y la idealización cuya exageración implica *ideología*.

La nueva era que nos toca vivir se caracteriza en mucho por el frecuente *vaciamiento* de las instituciones recibidas de la modernidad, a veces de tiempo inmemorial. No sólo el Estado moderno nacional, sino el trabajo y la familia son recortados en sus despliegues fácticos. El Estado es afectado por su inadecuación a las dimensiones de los problemas del mundo nuevo, que impone la privatización; el trabajo es reducido por la desocupación inherente al desarrollo del sistema económico y la familia es recortada no sólo en sus significados económicos y en sus alcances convivenciales, sino en el papel inmemorial de marco de la reproducción humana.

En otros casos se producen además plusmodelaciones fácticas con *sobreactuación* de los viejos conceptos para cubrir realidades nuevas, por ejemplo en el ámbito familiar. Además, se van generando nuevas realidades conceptuales y fácticas que con *sustituciones totales* van expresando la nueva era, refiriéndose a la clonación, el genoma humano, etc.

No es sin motivo que por la minusmodelación fáctica del vaciamiento y la plusmodelación conceptual de la sobreactuación suelen suceder el *dogmatismo*, el *pragmatismo* e incluso la *ideología*, pero se trata de tensiones del cambio histórico que, según esperamos, han de ser en muchos casos reemplazadas por la sustitución total en otra era.

c) Las relaciones entre las respuestas

6. Como hemos señalado, las relaciones entre respuestas pueden ser de *contactos de soluciones independientes*, *dominación*, *integración*, *desintegración* y *aislamiento relativo*. Siguiendo el modelo de los vínculos entre Derechos del Derecho Internacional Privado clásico, cabe señalar que la problemática general de estas relaciones es principalmente de *calificaciones*, *alcance* de los problemas, *fraude*, *reenvío* y *rechazo*.

En las calificaciones se trata de saber cuál ha de ser en último lugar el sentido de la solución dada a la vinculación entre respuestas. En el alcance se considera la posibilidad de análisis o síntesis en la problematización para hallar las respuestas. El fraude consiste en cambiar la ubicación de los hechos de la respuesta para obtener una respuesta que brinda lo que la normal no concedería. El reenvío significa que la remisión de una respuesta a otra puede ser transferida, en devolución o a una tercera. El rechazo consiste en el resguardo de las identidades de las

respuestas en contacto (orden público). Cada tipo de vinculación resuelve esas cuestiones de maneras diferentes.

En nuestros días, el cambio de era de la historia se traduce en la ruptura última de muchos fenómenos de contactos de soluciones independientes de la juridicidad de la modernidad, en el curso de la *dominación* que ejercen las respuestas económicas.

Cualquier relación de integración, desintegración, aislamiento e incluso contacto de soluciones independientes de nuestro tiempo es al fin dominada por el sistema económico y tecnológico imperante.

Todos los problemas de relación, en cuanto a calificaciones, alcance, fraude, reenvío y rechazo, son resueltos según convenga a las respuestas económicas y técnicas. La definición, los alcances, el respeto o la burla, la posibilidad de reenvío y las condiciones de defensa del Estado, el trabajo, la familia, etc., se producen en la medida que convenga a la economía y a la técnica.

KANT, EL CODIGO CIVIL AUSTRIACO Y EL CODIGO CIVIL ARGENTINO

(Incluyendo una cuestión de contactos
de respuestas jurídicas) (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

Kant y el Código Civil austriaco

1. El fin del siglo XVIII estuvo signado por la fe en las luces de la *razón* que permitió llamar a ese período la época del *Iluminismo*. Se trató de una época “apolínea”, de referencia a la armonía de la cultura clásica. En ese tiempo se difundió la confianza en el autoritarismo progresista, que produjo regímenes denominados con frecuencia “despotismo ilustrado”. No obstante que en los días de la Revolución Francesa ya habían comenzado las tendencias románticas, manifestadas por ejemplo por Rousseau, en general ese movimiento político, promovido sobre todo por la burguesía, correspondió a la confianza en las luces de la razón.

En ese marco de avance de la referencia a la razón se dictó el Derecho Territorial Prusiano de 1794. La obra prusiana se inspiró en los derechos emergentes de la razón y en el perfeccionamiento del hombre. A su vez, durante el consulado de Napoleón Bonaparte, en cuyo Imperio concluye el desarrollo revolucionario francés, se realizó un proceso de codificación que sirvió de paradigma a gran parte del mundo. En 1804 Napoleón impulsó el dictado del Código Civil, en cuya redacción incluso participó. La obra sería conocida como Código Napoleón.

La Revolución Francesa, que había comenzado con ideales conjuntos de liber-

(*). Ideas básicas de una clase de Historia del Derecho dictada por el autor en los Cursos de Abogacía de Azul del convenio UNICEN-Facultad de Derecho de la UNR.

tad e igualdad, e incluso de fraternidad, concluía consagrando los intereses burgueses de propiedad privada y libertad de contratación, de modo más radical a lo que había fijado el Derecho Romano. A diferencia del Derecho Territorial Prusiano, que estaba más inspirado en la razón, el Código francés era un derecho más empírico, mas apegado a la realidad.

2. En ese clima general de confianza en la razón se sitúa también la obra de *Emmanuel Kant*, filósofo alemán que vivió desde 1724 a 1804 y constituye un “puente” entre la Edad Moderna y la Edad Contemporánea¹. En él se inspiró el *Código Civil austriaco de 1811*.

De cierta manera, este Código es un producto tardío del despotismo ilustrado. Fue dictado en el viejo Imperio de los Habsburgos quienes, hasta 1806, habían detentado el carácter de sacros emperadores romanos germánicos.

Durante largo tiempo, el Imperio había quedado adherido al conservadurismo católico, pero con la emperatriz María Teresa comenzó, en el siglo XVIII, el proceso de *modernización* de la vida jurídica austriaca. Se procuraba, en ese marco, dictar nuevas leyes civiles. La tarea se inició en 1753 y la obra progresista fue proseguida por José II. En 1783 este emperador dictó una ley dirigida a la coexistencia del principio laico y el principio religioso en el matrimonio. Considera que éste es un contrato civil cuyo valor surge del poder civil; admite las uniones entre católicos y protestantes y determina los derechos y deberes de la mujer. En 1786 la ley sucesoria procuró individualizar a la propiedad, distanciándola de los vínculos de la familia, de la comuna y del Estado. El llamado “Código Josefino” fue otra expresión del progresismo de este monarca. El dictado del Código Civil de 1811 se produjo ya bajo el reinado de Francisco II (Francisco I de Austria).

La destrucción del viejo “Imperio alemán” concretada por la obra de Napoleón, hizo que Francisco II pasara a ser emperador de Austria, con el nombre de Francisco I. Sin embargo, el anhelo de renovación creció entre los súbditos alemanes del emperador Habsburgo. Se procuró la reorganización de la administración y

1. KANT, “Principios metafísicos del Derecho”, trad. G. Lizarraga, Madrid, 1873; “Cimentación para la metafísica de las costumbres”, trad. Carlos Martín Ramírez, Bs. As., Aguilar, 2^a. ed. en B.I.F., 1964; SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, t. I, La idea individual, 1946, págs. 266 y ss.; asimismo es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1993, págs. 188 y ss.; “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, esp. págs. 160/1.

la educación popular y se consideró que el pensamiento nacional no necesitaba de modo imprescindible de tormentas revolucionarias como las que habían sucedido en Francia. Avanzó la adhesión a la casa reinante y a la religión católica, sostén tradicional del poder de los Habsburgos².

3. 1. Emmanuel Kant, cuya obra inspiró el Código austriaco, es generalmente considerado uno de los filósofos más grandes de todos los tiempos, con proyecciones muy importantes desde el punto de vista jurídico. En 1811 sus ideas gozaban del mayor prestigio en la cultura alemana.

Kant había sido educado bajo la creencia racionalista, muy influyente en su país, de que los hombres tenemos ideas “innatas”, con las cuales nacemos, por ejemplo, el conocimiento de lo bueno, de lo justo, etc. Sin embargo, en cierto momento de su vida, fue impactado por un pensador británico, que venía de una cultura muy distinta a la de Alemania, donde predomina la experiencia, y no la razón. Era el escocés David Hume.

Radicalizando una línea de pensamiento que parte de Occam³, Hume dijo que todo conocimiento viene de la experiencia de los sentidos. Según Hume, la propia causalidad es cuestionable, ya que lo único que percibimos por los sentidos es que cada vez que se aplica calor en un metal éste se dilata. Así resultaba cuestionada la posibilidad de las ciencias naturales, en las que tanto creía la Edad Moderna. Para superar el desafío, que lo conmovió profundamente, Kant enseñó que la causa no está en el objeto sino en el *sujeto*. Se promovía de ese modo una “revolución” que mostraba el protagonismo del sujeto.

La “Crítica de la razón pura” kantiana procura demostrar el carácter por lo menos en parte subjetivo del conocimiento y la impotencia de la mente para trascenderse y penetrar la esencia de las cosas, para alcanzar la verdad “objetiva”. El ataque

2. En el año anterior al dictado del Código Civil austriaco, en 1810, la Austria humillada por Napoleón le había cedido la mano de la hija mayor de su emperador, María Luisa, para que fuera emperatriz de los franceses. Sin embargo, cuando se presentó la oportunidad de la revancha, con el desastre de la campaña de Napoleón en Rusia, Austria, siempre de la mano del canceller Metternich (que lo fue durante treinta y nueve años, desde 1809), se convertiría en una de las fuerzas que derrotaría a Francia y en pilar de la restauración del antiguo sistema europeo y de la Santa Alianza, que lo resguardaba.
3. Vale recordar que en las raíces medievales de la cultura británica está la obra de Guillermo de Occam, quien abrió las sendas para el empirismo anglosajón. Oponiéndose al sistema de razón y fe de Santo Tomás de Aquino, elaborado en el siglo XIII, en el siglo XIV Occam había enseñado que a Dios se lo conoce por la fe y al mundo por la experiencia.

profundo de Kant a la Metafísica tradicional, que busca las esencias, es un hito de enorme significado para la construcción del mundo “flotante” de la actualidad.

3. 2. Las obras de Kant que más interesan en el planteo histórico-jurídico son, además de la mencionada “Crítica de la razón pura”, la “Crítica de la razón práctica”, la “Cimentación para la metafísica de las costumbres” y los “Principios metafísicos del Derecho”⁴. También la comprensión jurídica de Kant está volcada hacia el sujeto. Este es el protagonista, el centro de gravedad filosófica del Derecho y tal idea inspira al Código Austríaco. Según Kant, el *Derecho* es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una *ley universal de libertad*⁵.

El pensador alemán es el gran filósofo de la libertad y uno de los últimos exponentes del pactismo moderno. En su obra, el Derecho, referido al aspecto físico o *externo* de los actos, deja de tener un sentido metafísico, de realización de esencias, y se convierte en la manera en que los sujetos pueden coexistir. Como no hay nada profundo que limite al sujeto, el límite del sujeto vendrá de otro sujeto.

Una de las ideas básicas en la obra de Kant es, como hemos señalado, la *libertad*. La idea kantiana de libertad exige que cada hombre tenga la posibilidad de ser dueño de sí mismo, viviendo la mayor libertad posible para cumplir la ley moral hasta tanto no tome interferencia con la libertad del otro sujeto. Todo hombre es un *fin en sí* y el fin del hombre es la realización de la personalidad perfecta. Siguiendo huellas de Rousseau, Kant afirma que en todo hombre se encuentra la aptitud para convertirse en “persona”.

La otra idea fundamental de Kant es la *propiedad*, pero no pensada desde lo empírico, sino desde la Filosofía. El derecho de propiedad tradicional entiende que ella es la relación del sujeto con el objeto, pero para Kant lo importante no es esta relación sino la del sujeto con otros sujetos, con referencia al objeto. En el ideario kantiano, la propiedad no podía ser más que relación entre sujetos y, pese a ser ésta

4. V. KANT, además de las obras ya citadas, “Crítica de la razón pura”, trad. José del Perojo - F. L. Alvarez, 3^a. y 4^a. ed., Bs. As., Sopena, 1952; “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” -ya referida-, “Crítica de la razón práctica”, “La paz perpetua”, trad. Manuel García Morente - e. Miñana y Villasagra y Manuel García Morente - F. Rivera Pastor, 3^a. ed., México, Porrúa, 1977.
5. Dice Kant que “es justa toda acción que por sí, ó por su máxima, no es un obstáculo á la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales” (KANT, “Principios metafísicos ...”, cit., pág. 42). La ley universal del derecho en la concepción kantiana es “Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal ...” (KANT, “Principios metafísicos ...” cit., pág. 43).

una posición minoritaria, creemos que es la más esclarecedora, porque obliga a una mayor fundamentación de la propiedad.

En la polémica acerca de la posesión, en la que suelen enfrentarse los defensores del “animus” y del “corpus”, Kant entiende que la posesión es la extensión de la voluntad a las cosas exteriores, aunque no se cuente con la concreción respectiva. El contrato es el acuerdo entre dos voluntades para transmitir a otros un derecho nuestro. El sujeto será libre hasta la libertad del otro, ésta es la limitación de la propiedad.

En profundidad, libertad y propiedad son conceptos “*a priori*” idénticos y convertibles. La libertad es el dominio de cada uno, la “posesión” interior; la propiedad es la independencia del arbitrio de los demás, libertad de desenvolvimiento en los límites de la libertad de todos.

Según Kant, el matrimonio debe desarrollarse en términos de igualdad y reciprocidad. Los hijos corresponden a la posesión de los padres; éstos les deben por ley nutrición y educación, en cambio los hijos, en calidad de personas no venidas al mundo por voluntad propia, no tienen deberes para con sus padres.

En el sistema kantiano, el núcleo del Derecho es el *Derecho Privado*, cuya forma es el Derecho Público que lo sirve, y el Estado resulta arrinconado. Kant rechaza el Estado paternalista. La personalidad no puede desenvolverse a la sombra estatal. El individuo es el juez de la propia felicidad y el que debe poner los medios para su realización. Esta línea de ideas lo lleva a pensar en el “*Estado de Derecho*”, lo que quiere decir, un Estado que tiene como función garantizar la libertad y que existe en el marco del derecho, diverso del Estado absoluto. La fuente del Derecho es la *razón*, no el Estado, que lo garantiza.

En correlación con su pensamiento, Kant no considera a las personas jurídicas y las corporaciones como sujetos de derecho. Sólo se remite al *individuo* y al *Estado*.

Por la limitación de su sentido práctico e histórico, el filósofo alemán no comprendió la revolución ni la resistencia contra el Estado; el único Estado en que él pensó es el Estado de Derecho.

4. El alma de la codificación austríaca fue Francisco Zeiller, quien adoptó el sistema de pensamiento kantiano introduciéndole modificaciones, con una mayor referencia a la realidad jurídica. Según Zeiller, un código civil no debe ser ni una árida metafísica ni una inútil casuística; ha de ser un *conjunto armónico*, en el cual las partes se coordinen, se reclamen y se *iluminen* como desarrolamientos de un *principio racional*.

Siguiendo a Kant, Zeiller entiende que la fuente del Derecho es la *razón*, no la

experiencia. El Derecho Romano era sólo un Derecho particular, marcado incluso por imperfecciones opuestas al Derecho Natural. Sin embargo, el propio Zeiller reconoció que las partes de los derechos reales y obligacionales estaban inspiradas en el Derecho Romano.

A diferencia de los códigos más autoritarios que, en Prusia o en la propia Francia, procuraron limitar el poder de los *jueces* en el grado más extremo posible, el Código austriaco dice que en los casos de duda hay que recurrir al Derecho que surge de la *razón*, que es universal e inmutable y vale tanto para el juez como para el legislador. Para la obra de Zeiller, el juez no es sólo el intérprete de la ley escrita, es un órgano del *Derecho eterno de la razón*.

En la legislación austriaca el *Derecho Natural* es considerado la única y verdadera guía para seguir en la interpretación. Napoleón y sobre todo sus seguidores sabían que el futuro de su Código dependía de jueces en los que no se confiaban. Por eso no quisieron que fueran partícipes importantes de las soluciones, sino que fueran sólo -con expresión ya histórica de Montesquieu- la “boca de la ley”. Así se formó la “Escuela de la Exégesis”. Kant estaba lejos de tener el sentido práctico de Napoleón y se remitió, con confianza, al Derecho Natural. La obra austriaca siguió sus pasos.

5. En la codificación austriaca, la igualdad no se apoya en las tendencias de la naturaleza humana, sino de la exigencia racional de respetar a la persona. Zeiller no siguió el rechazo kantiano a las personas jurídicas no estatales ni su visión limitativa de los lazos familiares. Reconoció al matrimonio como una comunión íntima y duradera (no necesariamente patrimonial) y sostuvo el poder marital.

Aunque se duda si se adoptaron fundamentos kantianos o zeillerianos, que al respecto eran diversos, los redactores del Código se apoyaron en un escrupuloso respeto a la voluntad del testador.

El Código Civil austriaco y el art. 16 del Código Civil argentino

6. El Código Civil austriaco tuvo influencia en el *Código Civil argentino*. En especial, cabe destacar que el *artículo 16* de la obra de Vélez Sársfield tiene como nota que es *conforme al artículo 7 del Código Civil de Austria*. Aunque se ha discutido mucho acerca del sentido de la expresión final del artículo 16 de la obra veleziana, en base a la influencia kantiana en la fuente austriaca y a la propia historia de la elaboración de la norma europea creemos que cuando nuestra ley se remite al fin

a los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso, lo hace refiriéndose a los *principios del Derecho Natural*⁶.

7. La recepción de la influencia austro-kantiana en el artículo 16 del Código Civil argentino presenta una interesante problemática de “*relaciones entre respuestas jurídicas*”⁷. Aprovechando las enseñanzas de la Parte General del Derecho Internacional Privado como derecho de “conflicto de leyes” es posible reconocer en general entre las respuestas jurídicas problemas análogos a los de los “contactos” de soluciones iusprivatistas internacionales.

En nuestro caso, por ejemplo, la recepción plantea la cuestión de las *calificaciones*, que procura resolver cuál es la respuesta que en último término determinará el significado de las expresiones empleadas en la norma de invocación. En cuanto a la recepción velezana, se trata de saber cuál es el derecho que debe determinar el significado del artículo 16. Creemos que, como suele ocurrir en los casos de recepción, en principio corresponde una calificación local, propia del derecho que hace la invocación, es decir, del derecho argentino. En nuestra cuestión, sin embargo, el propio Vélez parece claramente inclinado a remitir la interpretación a la obra austriaca.

A su vez, la evolución producida en la interpretación de la obra austriaca, que en parte, incluso en el tiempo de los trabajos de Vélez Sársfield, se inclinó por referirse a los principios generales del Derecho Positivo, provoca una importante cuestión de *sucesividad en las soluciones* del derecho recibido. Aunque la cuestión es

6. En relación con el debate sobre la interpretación de la parte final del artículo 16 del Código Civil argentino pueden v. por ej. MACHADO, José Olegario (Dr.), “Exposición y comentario del Código Civil argentino”, Bs. As., Científica y Literaria Argentina, t. I, 1922, págs. 51/2; SALVAT, Raymundo, “Tratado de Derecho Civil argentino (Parte General)”, 2^a. ed., Bs. As., Menéndez, 1922, pág. 140; BUSSO, Eduardo B. (y colaboradores), “Código Civil anotado”, Bs. As., Ediar, t. I, 1958, pág. 155; LLAMBIAS, Jorge Joaquín (y colab.), “Código civil anotado”, Bs. As., Abeledo Perrot, t. I, 1978, pág. 41; BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), “Código Civil y leyes complementarias”, 4^a. reimp., Bs. As., Astrea, t. I, 1993, págs. 88 y ss.; RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, reimp., Bs. As., Abeledo-Perrot, t. 1997 , pág. 132; GARDELLA, Lorenzo A., “Principios generales del derecho”, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XXIII, págs. 129/30.
7. Pueden v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976, págs. 59 y ss. También es posible c. nuestros artículos “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, “Revista de Direito Civil”, 8, págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 9, págs. 33 y ss.

discutible, y sin desconocer la relativa incoherencia que se plantea entonces con el legalismo del artículo 17, creemos que nuevamente la referencia⁸.

Sea cual fuere la respuesta que al fin se dé al contacto de respuestas jurídicas argentino-austríaco del artículo 16, creemos que la cuestión es una buena muestra de las tensiones que pueden presentarse al respecto⁹.

8. Entendemos que la interpretación más acertada y esclarecedora del artículo 16 del Código Civil argentino es la que sostiene, por ejemplo, Julio C. Rivera.
9. En el horizonte general del tema v. por ej. ESSER, Josef, "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Bosch, Barcelona; LARENZ, Karl, "Metodología de la ciencia del derecho", trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966. págs. 304 y ss.; DWORAKIN, Ronald, "Los derechos en serio", trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, por ej. págs. 80 y ss.

Según nuestro criterio "constructivista", el positivismo en todas sus manifestaciones es cada vez menos satisfactorio para una época que debe debatir y resolver también en lo jurídico cuestiones como las de la globalización/marginación y la biotecnología.

LA CODIFICACION CIVIL Y LA INTERNACIONALIDAD

(Significados internacionales
del proyecto de Código Civil)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

a) La codificación

1. Las ventajas e inconvenientes de la codificación han suscitado múltiples polémicas, entre las que ocupa un lugar destacado la discrepancia suscitada entre Thibaut y Savigny¹. Luego del tiempo de la codificación del Derecho emanado del Estado en los países de cultura «continental» romano-germánica, que cubre el siglo XIX y gran parte del siglo XX, se produjo un proceso de «descodificación» que en mucho correspondía a la crisis del rigor lógico de la modernidad² y a los comien-

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

1. Pueden v. por ej. THIBAUT (von), «Sobre la necesidad de un Derecho Civil común para Alemania» (Publicado en von Thibaut, «Civilistische Abhandlungen» -Estudios de Derecho Civil-, estudio Nº XIX, Heidelberg, 1814), trad. Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, en «La Codificación Civil en Alemania» - opiniones de Thibaut y Savigny-, extracto del Boletín Mensual Nros. 97/98, Secc. Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1940, pág. 28; SAVIGNY, Federico Carlos de, «De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la Ciencia del Derecho», trad. Adolfo G. Posada, estudio preliminar sobre «El espíritu del nuevo derecho alemán» por Enrique de Gandía, Buenos Aires, Atalaya, 1946; También es posible c. 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.
2. IRTI, Natalino, «L'età della decodificazione», Giuffrè, 1979.

zos del clima de la actual «postmodernidad»³. Sin embargo, hoy ese proceso de descodificación de los Derechos estatales es modificado por la búsqueda de nuevas codificaciones, con caracteres diversos de los que brindó el modelo del siglo pasado; y a menudo producidas en el área de la internacionalidad. Quizás pueda hablarse de un tiempo de la «*recodificación*», aunque las propuestas codificadoras actuales tienden a hacer más uso de principios generales y a brindar más posibilidades al desempeño judicial. La significación particular de los casos avanza sobre las reglas generales detalladas. Se otorga creciente atención a los casos de la internacionalidad.

2. Para quienes damos primacía a la *realidad social* sobre la lógica y a la *ejemplaridad* (modelo y seguimiento) respecto de la planificación gubernamental, en gran medida porque creemos en la expresión espontánea de la sociedad, en caso de

3. Entre la abundante bibliografía acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestros artículos «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 19, págs. 9 y ss.; «La doctrina jurídica en la postmodernidad», en «Jurisprudencia Argentina», 18/VIII/1999 y asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad», en «Investigación y Docencia», N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, «La condición postmoderna», trad. Mariano Antolín Rato, 2^a ed., Bs. As., R.E.I., 1991; VATTIMO, Gianni, «El fin de la modernidad», trad. Alberto L. Bixio, 3^a ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAINÉ, Alain, «Critique de la modernité», Fayard, 1992; HELLER, Agnes - FEHER, Ferenc, «Políticas de la postmodernidad», trad. Monserrat Gurguí, 2^a ed., Barcelona, Península, 1994; CALLINICOS, Alex, «Contra el Postmodernismo», trad. Magdalena Holguín, Bogotá, El Ancora, 1993; BEST, Steven - KELLNER, Douglas, «Postmodern Theory - Critical Interrogations», Nueva York, Guilford, 1991; SIMPSON, Lorenzo C., «Technology Time and the Conversations of Modernity», Nueva York - Londres, Routledge, 1995; DOCKER, John, «Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History», Cambridge, University Press, 1994; FORNERO, Giovanni, «Postmoderno e Filosofia», en FORNERO, Giovanni y otros, «Storia della Filosofia fondata da Nicola Abbagnano», Turín, UTET, vol. IV, 1994, págs. 389 y ss.; AUDI, Robert (ed.), «The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, University Press, 2^a reimpr. 1997. «Postmodern», págs. 634/5. Asimismo es posible c. v. gr., HABEL, Marc, «Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis», en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, «Postmodernidad y Derecho», Bogotá, Temis, 1993; ROJAS, Enrique, «El hombre light», 11^a, reimpr., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respeto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, «La era del vacío», trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 8^a 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.

duda vale no codificar⁴. La codificación significa siempre, como toda «intervención», una relativa lesión en la marcha de la vida social, incluso puede detener momentáneamente la evolución del Derecho, pero hay *circunstancias* en que pagar el «costo» de la misma se hace necesario e incluso imprescindible⁵.

b) El proyecto de Código Civil actualmente en discusión

3. Mucho se puede debatir y se está debatiendo sobre la conveniencia de sancionar el proyecto de Código Civil argentino actualmente en discusión, pero ello se refiere sobre todo a la perspectiva de la vida interna del país. El punto de este estudio es «externo», es decir, está dirigido al papel de la Argentina en la *internacionalidad, la globalización y la integración*.

En cuanto al Derecho Internacional Privado, por la época en que se dictó, la obra de Vélez Sársfield resulta hoy en mucho anacrónica. Si bien se cuenta con un amplio despliegue jurisprudencial y sobre todo doctrinario, a nuestro parecer en lo que concierne al Derecho Internacional Privado la cultura argentina ha *madurado* y está, con claridad, en el momento en que resulta más adecuada la codificación. Decía Savigny⁶ que un buen código necesita un lenguaje maduro y la existencia de éste es notoria en el Derecho Internacional Privado argentino. Además, contar con una imagen clara para ofrecer en lo específicamente internacional e incluso en las reglas internas para las relaciones exteriores es una exigencia cada día más notoria en la vida actual.

Creemos que el dictado del nuevo Código Civil, en particular en cuanto se refiere al *Libro VIII* que trata del *Derecho Internacional Privado*, pero también con referencia general al efecto de la obra en su conjunto en el puesto de la Argentina en el mundo, es claramente recomendable⁷.

Cada vez más, el dictado de un Código deja de ser un reparto que afecta sólo a recipientes internos e incluye a recipientes externos, que resultan beneficiados por la *accesibilidad* con que se les presenta el Derecho en cuestión. Esos beneficios pueden proyectarse en ventajas para la vida interna, por ejemplo, promoviendo el interés en nuestro país.

4. Es posible v. GOLDSCHMIDT, «Introducción filosófica al Derecho», 6^a. ed., 5^a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 98/9.
5. Puede c. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, «Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico», Madrid, Gredos, t. V, 1983, págs. 770 y ss.
6. SAVIGNY, op. cit., pág. 86.
7. Así lo expresamos cuando se nos consultó sobre partes del Libro VIII.

4. La codificación del *Derecho Internacional Privado*, antiguo y fundado anhelado de muchos especialistas⁸, cuenta con numerosos antecedentes internacionales producidos sobre todo en los últimos lustros⁹. En la necesidad de recodificación no son equiparables todas las ramas jurídicas, y el Derecho Internacional Privado ocupa un lugar destacado, por el reclamo de claridad en la presencia externa de los Estados.

En el Derecho Internacional Privado e incluso en el Derecho Privado Interno de hoy se presentan para la Argentina condiciones de necesidad de ordenada apertura externa de alguna manera análogas a las que hicieron altamente recomendables los *Tratados de Montevideo de 1888-89* e incluso -en diversos grados- el dictado del Código de Comercio y el Código Civil y la magnífica obra humanista de la Constitución de 1853.

No cabe desconocer que también ahora, como en 1869, la codificación debe evaluar el riesgo de que el cambio no sea fácilmente asimilado por algunos sectores, sobre todo los que tienen menos acceso a las actuales vías de comunicación, y el peligro de que de la formalización surja cierta fijación del devenir histórico. Sin embargo, es significativo recordar que la modificación cultural pretendida con la obra velezana por el grupo encabezado por el presidente Sarmiento fue mucho mayor que la que hoy puede traer consigo una codificación que, en gran medida, recogería y reordenaría una realidad existente¹⁰. Sarmiento pretendía una revolución interna y eso le requirió codificar; desde nuestro enfoque, hoy habría que codificar para responder a la «revolución mundial».

5. La *internacionalidad tradicional* se basa en la existencia de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones económicas, artísticas, científicas, religiosas, etc. que hacen necesaria una compleja regulación jurídica¹¹. Surgida a partir del siglo XVI, encontró su culminación privatista con el respe-

8. Entre los varios trabajos elaborados en tal sentido, cabe recordar, por su influencia posterior, el Proyecto aprobado en 1974 por la mayoría de la Comisión creada por la res. 425/74 del ministro de Justicia de la Nación (puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Derecho Internacional Privado», 6^a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 668 y ss.). Podría decirse del Libro VIII mucho de lo profundamente criterioso que entonces se expresó en la exposición de motivos del Proyecto (Ley Nacional de Derecho Internacional Privado y Ley Federal de Derecho Procesal Internacional).
9. Uno de los logros que marcaron el comienzo de la nueva época es la Ley Federal Suiza del 18 de diciembre de 1987 (v. por ej. «Revue critique de droit international privé», t. 77 -1988-, n°2, págs. 409 y ss.). Puede v. nuestro estudio «Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado - Ley 218 del 31/5/95», en «Jurisprudencia Argentina», 1995-IV, págs. 891 y ss. También cabe c. por ej. la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela del 6 de agosto de 1998.
10. Puede v. nuestra «Comprensión jusfilosófica del «Martín Fierro»», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.
11. C. por ej. VERDROSS, Alfred, «Derecho Internacional Público», 4^a. ed. con la colaboración de Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, 4^a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.

to a la extranjería logrado a través de la aplicación del Derecho más vinculado con cada caso, más afín a la naturaleza propia de cada relación, que reclamó Savigny¹² y que Goldschmidt planteó en la teoría del uso jurídico como «imitación» de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero¹³.

El *conocimiento* del Derecho extranjero que debe imitarse fue una de las dificultades mayores con que se enfrentó el Derecho Internacional Privado, respecto de la cual se han hecho grandes avances, sobre todo con miras a la tarea de los jueces, pero sin lograr una solución satisfactoria¹⁴. Para los particulares ese obstáculo subsiste en gran medida. La situación actual respecto de nuestro problema significa que quienes desde el extranjero deben aplicar Derecho argentino, sea éste Internacional Privado o Privado Interno, tienen que hacer todavía un importante esfuerzo para conocer su contenido, sobre todo si ese Derecho se halla, como sucede hoy, en estado relativamente «no formal», planteado en múltiples aspectos en la jurisprudencia y la doctrina.

6. En la actualidad, esas dificultades de la internacionalidad clásica cobran especial significación para los procesos de incremento de la propia internacionalidad, de *integración* y de *globalización*¹⁵.

- 12. SAVIGNY, F. C., «Sistema del Derecho Romano actual», trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, párrafo CCCXLVIII, págs. 137 y ss.
- 13. C. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado», Barcelona, Bosch, 1935.
- 14. La nota de elevación del proyecto llega a decir: En el estado actual de las comunicaciones y fácil acceso al conocimiento de la existencia y contenido de un derecho extranjero, la aplicación de oficio se impone sin necesidad de aportar nuevos argumentos.
- 15. Respecto de la globalización/marginación es posible 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 pueden c. v. gr. KAUL, Inge y otros (ed.) *Global Public Goods*, Nueva York, The United Nations Development Programme, 1999; ORSI, Vittorio, «Las Claves de Davos 97», Bs. As., ABRA, 1997; URRIOLA, Rafael (coord.), «La globalización de los desajustes», Venezuela, Nueva Sociedad, 1996, TOMLINSON, John, «Globalization and Culture», The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, «La aldea global», Txalaparta, Tafalla, 1997; RAPOPORT, Mario (ed.), «Globalización, integración e identidad nacional», Bs. As., Grupo Editor Latinoamericano, 1994; LOPEZ, Ernesto, «Globalización y democracia», Red de Editoriales de Universidades Nacionales, La Página; CAMDESSUS, Michel, «La Argentina y el desafío que plantea la globalización», Bs. As., Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1996; FERRER, Aldo, «Hechos y ficciones de la globalización», Bs. As., Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1997. También, en otra perspectiva, DAVID, Pedro R., «Globalización, prevención del delito y justicia penal», Bs. As., Zavalía, 1999.

Sin desconocer ni aceptar los aspectos negativos que el sistema capitalista radicalizado trae respecto de la marginación de multitudes que no le son «útiles» y de aspectos «inútiles» de los propios individuos globalizados, creemos que los *desarrollos tecnológicos y económicos* de nuestros días hacen insostenibles no sólo el cerramiento dentro de cada Estado sino el equilibrio difícil de la internacionalidad clásica. Las opciones posibles no parecen incluir el mantenimiento de modelos que correspondieron a otros estadios de la evolución.

Al menos hasta que haya una mayor estatalidad mundial, que limite los excesos del economicismo, los Estados modernos-nacionales tienen que cumplir un papel importante de adaptación a las nuevas realidades y de moderación de sus excesos. Lo más que se puede hacer es tratar de reorientar el sistema, pero poco o nada se ha de lograr dificultándolo formalmente con reglas jurídicas de difícil conocimiento. Urge evitar la marginalidad, al menos en la medida que sea posible. La asignación de la impotencia de conocer difícilmente nuestro Derecho a los posibles interesados extranjeros se pagaría con más aislamiento y pobreza para nuestros marginales.

7. En el proyecto de Código Civil, la mejor ubicación de nuestro país en lo internacional, la integración y la globalización se consolida por el claro perfil que brinda la «*parte general*» del Libro VIII (Título I), por la solución de los problemas *jurisdiccionales internacionales* -que a esta altura parecen haber devenido ámbito claro de la legislación nacional (Título II)-, línea de respuesta en la que se admite la *prórroga de jurisdicción* (art. 2546) y por el reconocimiento formal de la *autonomía de las partes* para elegir el Derecho aplicable (art. 2605).

Es deseable que la jurisdicción y el Derecho argentinos sean, lo más fácilmente posible, *elegibles* por las partes, porque sus contenidos y asientos puedan reconocerse con pocos obstáculos. El Derecho es también un ingrediente del *mercado* y puede ser un producto atractivo en la negociación¹⁶.

El avance de la *integración* necesita más que una nítida codificación. Exige, por ejemplo, progresos en el sentido de la armonización entre los diversos países, como lo evidencian los esfuerzos comunitarios europeos¹⁷. También la *globalización*

16. Sin embargo, pese a los logros en la facilidad de acceso a nuestro Derecho, el proyecto ahora se aleja de la excesiva vocación de simplificación que a nuestro parecer hubiera significado el rechazo liso y llano del reenvío.

17. C. por ej. LANDO, Ole, «The Conflict of Laws of Contracts. General Principles», en «Recueil des Cours» de la Académie de Droit International, t. 189, págs. 225 y ss.; DIAMOND, Aubrey L., «Harmonization of Private International Law relating to Contractual Obligations», en «Recueil ...» cit., t. 199 págs. 233 y ss.; también cabe c. v. gr. GANDOLFI, Giuseppe, «Per la redazione di un

requiere más que la codificación de los Derechos nacionales. Sin embargo, entendemos que la codificación del Derecho Privado en lo internacional y lo interno es un progreso en tales sentidos.

8. Con diversos grados de nitidez, según se trate del altamente aconsejable *Libro VIII*, o del resto del proyecto, creemos que el esfuerzo que han de significar la difusión de la codificación y el mantenimiento de la dinámica en los ámbitos internos está compensado por las ventajas de una mejor posibilidad de inserción que se brindaría a la Argentina en los despliegues de la internacionalidad actual, la integración y la globalización.

Consideramos que ha llegado una hora en que es imperioso codificar el Derecho Internacional Privado argentino y estimamos que el proyecto de Libro VIII es un instrumento *perfectible* pero *idóneo* al respecto.

El Código no puede sustituir al empuje que debe tener la realidad social (como lo expresa el éxito relativo del proyecto capitalista de Sarmiento) pero estimamos que la *necesidad externa* de la codificación resulta notoria.

«Codice Europeo dei Contratti», en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», año XLIX, fasc. 3, págs. 1973 y ss. Asimismo, 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. Además pueden v. las relaciones y comunicaciones publicadas en «Giustizia Civile», 1991 (con prefacio de Peter Stein). Es posible c. nuestro estudio «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 y, en resumen, en «Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional», 14, 1999, págs. 77 y ss.

LA FILOSOFIA ORIENTADORA DE LOS TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE MONTEVIDEO

(con especial referencia a las pequeñas
y medianas empresas)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

1. Los Tratados de Montevideo celebrados en 1888-89 y en 1939-40 evidencian una tendencia a considerar el Derecho Internacional Privado específicamente *patrimonial* hondamente “*enraizado*” en los Estados de referencia¹. Podría decirse que en la comunidad internacional, constituida por la existencia de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc. que requieren una compleja regulación jurídica, los Tratados de Montevideo optaron por soluciones privatistas “*pesadas*”, con fuerte relación con los Estados particulares donde se considera que se encuentra el asiento de los casos².

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

Artículo elaborado en relación con el proyecto de investigación “Derecho Internacional Privado para las pequeñas y medianas empresas de Rosario”.

1. Pueden v. por ej. “Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado”, Gobierno de la República Argentina, 1894; “Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, de Montevideo”, República Argentina, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 1940; también cabe considerar la edición de 1928 del mismo Ministerio de la obra de 1888-89 completada por Ernesto Restelli y RAMIREZ, Gonzalo, “Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su comentario”, Bs. As., Lajouane, 1888.
2. La tendencia a adoptar soluciones fuertemente arraigadas se acentúa, incluso, al pasar del Proyecto Ramírez a la obra de 1888-89.

En ese marco de “pesadez”, de apego a lo “social” y no de referencia a la voluntad de las individualidades, cabe señalar:

- a) el rechazo de la autonomía conflictual, que se hace expreso en el Protocolo Adicional de 1939-40 (art. 5);
- b) la sujeción de la imposición de la forma de los actos jurídicos, e incluso de la regulación de la misma en cuanto se refiere a los instrumentos privados en la obra de 1888-89, a la ley del *lugar de cumplimiento de los actos* (arts. 32 y 36 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1888-89 y 1939-40);
- c) el sometimiento de la validez intrínseca de los actos a la misma *ley de cumplimiento*, con calificación de esta expresión para evitar una autonomía conflictual “indirecta” (arts. 33 y 34 y 37 y 38 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1888-89 y 1939-40);
- d) la consagración de la tradicional sumisión de los bienes a la *ley de su situación* (arts. 26 y 32 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1888-89 y 1939-40);
- e) el sometimiento de la sucesión a la *ley del lugar donde se encuentren los bienes hereditarios* (arts. 44 y 45 de los dos Tratados de Derecho Civil);
- f) la sujeción de las sociedades a la *ley de su domicilio*, en el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1888-89 (arts. 4 y 5) y el sometimiento de las personas de carácter privado en general a la ley de su domicilio en los Tratados de Derecho Civil y Derecho Comercial Terrestre de 1939-40 (respectivamente arts. 4 y 6 a 8)
- g) el principio del “*paralelismo*” entre jurisdicción y ley aplicable (v. arts. 56 de los dos Tratados de Derecho Civil Internacional), y
- h) la limitada admisión de la prórroga de jurisdicción, que recién se produce en el Tratado de Derecho Civil de 1939-40, coexistiendo con el rechazo genérico contenido en el Protocolo Adicional (respectivamente arts. 56 y 5).

Incluso cabe tener en cuenta, por ejemplo, que el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1888-89 prefiere para la permute de cosas situadas en distintos lugares sujetos a leyes disconformes la ley “profunda” del domicilio común de los contratantes, si fuere común al tiempo de celebrarla, y no la “superficial” ley del lugar de celebración, a la que se recurre cuando los domicilios fuesen distintos (art. 35)³.

3. Es posible v. nuestro “Ensayo de comprensión filosófica de los puntos de conexión del Derecho Internacional Privado”, en “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. III, 1984, págs. 38 y ss.

2. En términos de la *teoría trialista del mundo jurídico* cabe señalar que esa idea básica “pesada” imperante en las cuestiones específicamente patrimoniales en la obra de Montevideo significa que la autoridad y el plan de gobierno en marcha de la comunidad internacional predominan sobre la autonomía y la ejemplaridad de las partes; que la institucionalidad internacional prevalece sobre la negocialidad y que las ideas de justicia, de extraconsensualidad y generalidad (de bien común) de cada comunidad, acompañadas de un humanismo intervencionista superan a las de utilidad, de consensualidad y bien particular y de humanismo abstencionista⁴.

3. En la internacionalidad clásica el “peso” de las soluciones puede ser un instrumento útil para la protección de las partes débiles en las relaciones no equilibradas, como sucede con las *pequeñas y medianas empresas* (“pymes”). El “enraizamiento” de las respuestas incrementa las posibilidades de controlar el equilibrio último entre las partes. Sin embargo, en los procesos de globalización y de integración de bases económicas que hoy modifican intensamente a la internacionalidad clásica pueden procurarse otras vías quizás más idóneas. En estos marcos el “peso” de las soluciones jusprivatistas internacionales puede ser todavía idóneo, pero asimismo resultar no funcional.

En nuestros días la estrategia con miras al amparo de las “pymes” puede recorrer los senderos de la *competencia* y de la menor o mayor “*reterritorialización*”⁵. La competencia es especialmente necesaria en el mercado globalizado y la “*reterritorialización*” constitutiva de nuevos espacios resulta en particular sostenible en la integración. Todo lo que se haga dentro del territorio de un Estado para proteger a las “pymes”, por ejemplo en cuanto a agrupaciones empresarias y a dotación de recursos por medios privados o apoyos gubernamentales, debe realizarse también en el nuevo territorio integrado y, con el tiempo, habrá de desarrollarse asimismo en el nuevo espacio “universal”⁶.

4. Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a. ed., 5^a. reimp., Bs. As., 1987; CIURO CALDANI, “Estudios ...” cits., 1982 / 4; “Filosofía de la jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.
5. Pueden v. nuestros estudios “Estrategia jusprivatista internacional en el Mercosur”, en “Investigación y Docencia”, N° 27, págs. 62 y ss.; “Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 23, págs. 17 y ss.; “La Teoría general del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación ...” cit., N° 32, págs. 25 / 6; “La “*reterritorialización*” como posibilidad del desarrollo de la competencia en la integración”, en “Revista ...” cit., N° 23, págs. 41 y ss.
6. Cabe recordar nuestros “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

El Derecho Internacional Privado clásico puede ser un instrumento para la formación del Derecho Mundial y del Derecho de la Integración, pero a su vez vale reconocer que éstos tienen características especiales.

4. Una obra internacional clásica “pesada”, como los Tratados de Montevideo puede conservar legitimidad para proteger a las “pymes” en la integración del Mercosur, pero a su vez es factible que los otros instrumentos que acabamos de referir sean más adecuados a las características que ha de tener el proceso integrador. Es necesario contar con una estrategia mercosureña y en ella ha de resolverse la táctica respecto de las “pymes”. Al servicio de esa táctica pueden utilizarse las soluciones de internacionalidad clásica “pesadas” de los Tratados de Montevideo, pero un proceso integrador puede contar al respecto con otros medios más afines. Por ejemplo, la autonomía conflictual puede ser un requerimiento de la integración que también corresponda atender en la táctica respecto de las pequeñas y medianas empresas⁷.

7. En relación con el tema pueden v. por ej. nuestro artículo “Notas jusfilosóficas 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. y, 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. 65 y ss. Asimismo cabe c., v. gr., NORESE, Alberto Enrique (Dr.), “Estrategias y control de gestión en las PyME”, Santa Fe, Consejo Profesional de Ciencias Económicas, 1998.

LA NOCION DE DERECHO PRIVADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

1) El funcionamiento de las normas

1. La noción de Derecho Privado puede construirse desde múltiples perspectivas. Aunque creemos que el criterio más significativo es el de las exigencias de la justicia particular¹, varias de ellas son las que se relacionan con el *funcionamiento de las normas*, es decir, con *tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, síntesis y aplicación*.

A nuestro parecer, que corresponde a los desarrollos que consideramos más actuales de la teoría trialista del mundo jurídico, fundada hace cuatro décadas por Werner Goldschmidt², se trata de diversas perspectivas de la difícil senda, integradora de despliegues jurístico sociológicos, jurístico normológicos y jurístico axiológicos,

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

1. Diferenciándose así del Derecho Público, signado por los requerimientos de justicia general (dirigida al bien común).
2. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6^a. ed., 5^a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

con miras a que el reparto proyectado captado en la norma se convierta en reparto realizado, en definitiva de acuerdo con lo que se considera valioso.

Además, como suele ocurrir en los diversos puntos de vista con que puede construirse el ámbito del Derecho Privado, también en cuanto al funcionamiento de las normas se advierten distintas *características internas* que diferencian el área más patrimonial, contractual o de derechos reales, y el espacio de la familia. De cierto modo, los dos grandes polos del Derecho Privado son el *contrato* y la *familia*, cuyo régimen es de modo principal impuesto por la *ley*³.

Incluso el *funcionamiento conjectural* de las normas jurídicas tiene características distintas según se trate del campo del Derecho Público o del Derecho Privado o de los campos privatistas específicos contractuales o de familia.

2. La posibilidad de reconocer estos enfoques interesantes para la caracterización del Derecho Privado se debe en mucho a la riqueza del enfoque *trialista*. Se trata de particularidades relacionadas en gran medida con las dimensiones sociológica y axiológica⁴. En cambio, el normativismo, sea éste metodológico, como el de la escuela de la exégesis, u ontológico, como el de la teoría pura del Derecho, suele marginar las diferencias entre los despliegues funcionales de lo público y lo privado, y las distintas áreas privadas⁵.

2) El Derecho Privado desde el enfoque del funcionamiento de las normas

1') El funcionamiento real

a) *El reconocimiento*

3. La tarea básica del funcionamiento de las normas es el reconocimiento, relacionado con la fuente de que ella emerge. Las fuentes más tradicionales del Derecho Privado en general son los contratos y la ley, aunque en nuestros días ese marco se ha diversificado, dado que junto al gran avance de los contratos como fuentes

3. Es interesante advertir que el «contrato» como fuente se diferencia de la ley y en nuestro caso, como contenido, de la familia.
4. Goldschmidt preferiría decir en lugar de dimensión axiológica dimensión dikelógica.
5. El funcionamiento de las normas guarda estrecha relación con la cultura toda, donde se diferencian el Derecho Público, el Derecho Privado y sus áreas (pueden v. nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993).

del Derecho en general y a la disminución del papel de la ley se ha incrementado el papel de la sentencia, de la Constitución formal y de los tratados. La diversidad de fuentes entre el Derecho Privado y el Derecho Público se ha atenuado. Sin embargo, en general cabe reconocer que en tanto la ley y las otras fuentes reclaman una problemática de reconocimiento centrada en la *vigencia*, el reconocimiento del contrato se nuclea en la *validez*.

b) La interpretación

4. En cuanto a la interpretación, pese a que a nuestro parecer debe remitirse en principio a la auténtica voluntad de los autores a nivel de fines, no de meras intenciones, creemos que esa referencia tiene diversos sentidos de factibilidad y legitimidad según se trate del contrato o la ley⁶.

No obstante las tensiones interpretativas que suelen presentarse entre las partes de los «*contratos*», es en general más fácil referirse a su auténtica voluntad que a la de los *legisladores* democráticos. En cuanto a éstos, la tarea de «reconstrucción» interpretativa es mucho más difícil, porque hay que fijarse en el punto de «coincidencia» de numerosas voluntades. Sin embargo, en el contrato la habitual diversidad de móviles de las partes obliga a menudo a recortar su voluntad, ateniéndose menos a ellos y más a la «causa».

La voluntad de las partes tiene un valor específico en el tiempo, al momento de producirse, que ha de tomarse como referencia. En cambio, a favor de la mutación de la voluntad legislativa puede invocarse en especial que el legislador es una realidad dinámica.

Como hemos señalado, la consideración de estas particularidades de la ley no nos aparta del criterio general ya señalado de que lo más esclarecedor es referirse a la voluntad del legislador histórico, a nivel de fin y no de mera intención, de modo que si se pretende descartarla hay que reconocer la producción de una carencia axiológica.

La remisión interpretativa a la voluntad del legislador actual tiende a ocultar el papel de conducción en el texto redactado históricamente y, de acuerdo con la teoría trialista del mundo jurídico, creemos que uno de los propósitos del saber jurídico ha de ser evidenciar el rol de cada uno de los conductores del Derecho. Lo que nos parece más acertado es interpretar la ley según la voluntad del legislador histórico y, en casos de no coincidir ésta con la voluntad del legislador actual o con la voluntad del pue-

6. Es posible v., en relación con el tema, BETTI, Emilio, «Interpretazione della legge e degli atti giuridici», 2^a. ed., Milán, Giuffrè, 1971, esp. págs. 379 y ss.

blo representado de la actualidad, considerar la posibilidad de producir, por estos motivos, una carencia dikelógica contra la norma emergente de la voluntad ya pasada.

Pese al mantenimiento del criterio general de referencia a la auténtica voluntad del autor, las *diversidades interpretativas* en cuanto a fuentes que acabamos de señalar muestran las tensiones que diferencian al Derecho Privado en general y a sus distintas áreas en particular.

5. En la interpretación de los contratos es especialmente fuerte la posibilidad de la “*dominación interpretativa*”, que en su caso lleva a que la ley, interpretable en sí conforme a la voluntad del legislador, cuando tiene carácter supletorio sea «interpretable» según el significado que le atribuyeron los contratantes. En realidad, no se trata de una doble interpretación, sino de la incorporación de una fuente, con su norma, en otra.

Uno de los enfoques muy descuidados en la doctrina jurídica tradicional es en general el de la *conjetura*. A veces es necesario conjeturar el Derecho, en nuestro punto de vista, conjeturar las *normas*. Hay casos en los que puede ser muy acertado conjeturar lo que hubiese sido la voluntad de los autores, como en los testamentos; otros donde dicha conjeta es más cuestionable, como en los contratos, y otros en los que es necesario incluso apartarse de los sentidos históricos de esa voluntad y atenerse más a la literalidad del texto, según sucede en los títulos de crédito⁷ (aunque en estos casos se trate, más que de interpretación de la norma, de interpretación de un *documento*). La conjeta de las normas, más allá no sólo de la intención sino del fin, nos coloca, sin embargo, en el terreno de la elaboración de normas por carencia histórica.

En el marco de la ley la interpretación suele evidenciar conflictos entre normas que deben quedar al descubierto, aunque a menudo dichas diferencias pueden ser salvadas conforme a la jerarquía de las fuentes (o sea, situándose en el terreno del reconocimiento de las normas). No creemos esclarecedor abusar del elemento interpretativo sistemático haciendo decir al autor lo que surja de una norma superior si su voluntad ha sido otra. A nuestro parecer, este elemento sistemático sólo sirve para aclarar la voluntad histórica del autor.

c) *La determinación*

6. La existencia de normas determinadas es con frecuencia una cualidad más exigible a los contratos que a las leyes, en especial cuando éstas son de Derecho Pú-

7. V. fd., págs 407, 423 y ss. y 429/30.

blico. La técnica legislativa suele recurrir, a menudo con acierto, a la indeterminación. Las leyes del área de familia son muchas veces más determinadas, pero el Derecho Penal liberal se vale de manera habitual de normatividades indeterminadas en cuanto a la fijación de las penas y lo propio, en cuanto a indeterminación, sucede en el Derecho Constitucional.

Los despliegues sociales y axiológicos a tener en cuenta en la determinación de las normas varían según se trate del Derecho Público o del Derecho Privado y, dentro de éste, v. gr., conforme se consideren cuestiones contractuales o familiares.

d) La elaboración

7. La producción de carencias axiológicas, cuando existen normas pero se las descarta por considerarlas injustas, y la elaboración de las normas responden a complejos de valor distintos según se consideren casos publicistas o privatistas y, dentro de éstos, conforme sean problemas contractuales o de familia. En el Derecho Público la justicia suele presentarse en más vinculación con el orden; en el Derecho Privado de los contratos hay con gran frecuencia integración de la justicia con la *utilidad* y en el Derecho Privado de familia a menudo la integración axiológica más intensa incorpora exigencias de *amor*.

La producción de carencias, con miras a elaborar nuevas normas que se estiman valiosas, tiene en principio menos legitimación en las normas contractuales que en las legales, dada la fuerte carga de legitimación que brinda la autonomía de las partes, sólo excepcionalmente superable por la falta de valor en cuanto a los otros aspectos del contrato, en especial su objeto y la negociación de su forma. La permanente presencia del pueblo en la democracia puede fundamentar de modo más fácil la producción de carencias axiológicas para cumplir su voluntad.

La analogía y los principios generales, como sendas para la autointegración del ordenamiento normativo, pueden tener significación en el sentido de conjeturarse la voluntad del repartidor que no se pronunció o como expresión de la exigencia dilectológica de igualdad. La analogía está más cercana al camino «particular» del Derecho Privado, los principios generales son relativamente más «publicistas»⁸.

8. Pese a las observaciones generales que hemos expuesto, como en todo marco de generación de carencias axiológicas y de elaboración de normas suelen influir

8. Puede c. no obstante ESSER, Josef, «Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado», Barcelona, Bosch.

las ideas socioeconómicas que se sustenten. Un *liberal* tendrá más apego a la autonomía de las partes y resistirá más la carencia en las normas contractuales. Sus referencias axiológicas preferirán la relación de la justicia con la utilidad. A la inversa, un *socialista* se referirá más a la ley y se inclinará con más facilidad al rechazo de la norma contractual. Sus consideraciones axiológicas tendrán más proyecciones a la cohesión social y al amor.

e) *La argumentación*

9. La argumentación del Derecho Privado se refiere a un *auditorio* distinto y en general más limitado que la del Derecho Público, diversificándose a su vez según se trate del ámbito de los contratos o de la familia⁹. Al menos hasta la intervención judicial, la argumentación contractual se dirige de modo principal a las partes, en tanto en el área de familia se orienta en especial a los integrantes de ésta, a su vez con más referencia a la sociedad en general que en el marco contractual. La argumentación en el Derecho Privado ha de tener como auditorio de destacada significación a los particulares interesados; en cambio, el discurso del Derecho Público es más social¹⁰.

En el Derecho Público la *finalidad* principal de la argumentación es el «*consenso*» (el sentir, pensar u opinar en común de todas las personas de un conjunto), pero también hay una importante función autoritaria dirigida a «*di-suadir*» (inducir, mover con razones, no siempre directas, a cambiar de propósito), en especial en el ámbito penal. En cuanto a la autonomía del Derecho Privado, la argumentación busca más el «*con-vencimiento*» (el «vencer», mover con razones a alguien), pero en muchos casos lo que se pretende es la mera «*per-suasión*» (que sólo vale para inducir, «mover», obligar con razones, no necesariamente directas a determinadas personas), con ciertos rasgos más autoritarios¹¹. La propaganda, empleada en lo público y lo privado, pero dominada muchas veces por el sentido del mercado, procura más persuadir que convencer.

Los *argumentos* varían también conforme a los valores en juego en los distintos campos jurídicos. En general, la argumentación pública vincula más a la justicia

9. En cuanto a la diversidad de los auditórios, v. por ej. PERELMAN, Ch. - OLBRECHTS-TYTECA, L, «Tratado de la argumentación», trad. Julia Sevilla Muñoz, 1º. reimp., Madrid, Gredos, 1989, por ej. págs. 168 y ss.
10. La diversidad de auditórios en la argumentación y en particular en la fundamentación de las decisiones es un terreno en el que hay que hacer avances muy significativos, sobre todo en la práctica.
11. V. PERELMAN- OLBRECHTS - TYTECA, op. cit., pág. 67.

con el orden; la argumentación privatista contractual la relaciona más con la utilidad y la familiar la vincula más con el amor. No obstante, en la disuasión y la persuasión estos caracteres suelen mezclarse.

f) *La síntesis*

10. Dada la libertad que suele dejarse a la actividad contractual, a menudo las normas emergentes de ella producen conflictos, por superación de las posibilidades patrimoniales, que requieren la tarea de síntesis a través del «*con-curso*», donde se compatibilizan las diversas obligaciones mediante la intervención legislativa y judicial. Tal vez la necesidad de esa síntesis privatista contractual sea especialmente intensa. Sin embargo, también las normas emergentes de las leyes pueden enfrentarse a la necesidad de síntesis, como lo muestran el propio concurso respecto de obligaciones legales, la exigencia de *compatibilizar* (unir o hacer «concurrir») el ejercicio de los derechos de los padres separados, divorciados o con matrimonios anulados sobre sus hijos y el «con-curso» real de delitos.

g) *La aplicación*

11. A veces, los *hechos* a encuadrar en la aplicación deben ser *conjeturados*. La conjetura depende de datos psicológicos, sociológicos, económicos, antropológicos, religiosos, etc., a reconocer en la realidad, que varían según se trate del Derecho Público o del Derecho Privado y, dentro de éste, del área de los contratos o del ámbito de la familia. No es lo mismo conjeturar, por ejemplo, el comportamiento de un gobernante o un gobernado, de un contratante o del integrante de una familia.

12. Por su especial vinculación con el interés de los particulares, el Derecho Privado suele encarar el *encuadramiento* según el método *sistemático*, que parte de las pretensiones, y no conforme al método histórico, que es más común en la problemática referida de modo más directo a los hechos, frecuente en el Derecho Público.

A su vez, en cuanto a la *efectivización* de la consecuencia jurídica, en la que culmina la aplicación, los límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas, hacen que más a menudo haya tropiezos en las respuestas legales que en las contractuales. Los contratantes suelen tener gran sentido de la realidad, en tanto los legisladores pretenden prescindir más de ella. En especial, las aspiraciones desmedidas de los autores del Derecho Público conducen a muchos repartos trustrados, y no ca-

rece de significación que las revoluciones sean más numerosas en este ámbito. Con razón suele hablarse de la “locura de Césares”.

Dados los requerimientos especiales de la justicia particular, que caracterizan al Derecho Privado, en éste la importancia de los casos es al menos más evidente que en el Derecho Público.

13. Algunas de las particularidades de la vida de los contratos pertenecen a la esfera de su propia producción, como sucede con la conversión del negocio jurídico¹², pero otras, como la *suspensión*, tienen claro carácter funcional¹³. La suspensión por incumplimiento de las obligaciones recíprocas de las partes, viciabilidad de aplicación que hace a las normas temporariamente ineficaces, es más frecuente en los contratos que en las leyes.

2') El funcionamiento conjectural

14. Además del funcionamiento por producir y del ya producido (que se refiere a las normas ya dictadas, v. gr., en cuanto a reconocimiento y ejecución de sentencias) hay que atender al funcionamiento conjectural¹⁴. También en esta perspectiva, los elementos a tener en cuenta son diferentes según se trate del Derecho Público o el Derecho Privado y de las áreas contractual o familiar. Conforme el funcionamiento conjectural se produzca en el ámbito público o privado, sea éste contractual o familiar, deben emplearse aportes *psicológicos*, *sociológicos*, *económicos*, etc. diferentes. En lo contractual es más importante la economía; en lo familiar lo son la psicología y la sociología.

12. V. por ej. BETTI., op. cit., pág. 411.

13. Puede c. v. gr., ARIZA, Ariel C., «La suspensión del contrato», en «Estudios de Derecho Privado moderno. Homenaje al Dr. Ángel B. Chávarri», Bs. As., Ad-Hoc, 1998, págs. 187 y ss.

14. Es posible v. nuestro estudio «La conjectura ...» cit.

LO DADO Y LO CONSTRUIDO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LA INTEGRACION DEL MERCOSUR *

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

1. Uno de los enfoques más esclarecedores para comprender el origen y el funcionamiento de las normas es siempre el referido a los elementos “dados” por la realidad social que permiten sostener lo “construido” por los repartos captados en ellas¹. Es significativo reconocer cuáles son los componentes fácticos, a veces cambiantes, que mantienen a una construcción normativa. Uno de los planteos interesantes al respecto, que exceden el originario marco de referencia constitucional para proyectarse a todo el Derecho, es el que atiende a los factores de poder de la “constitución material” en relación con la “constitución formal”, efectuado por Lassalle². En nuestro caso, hemos de referirnos a los despliegues fácticos en los que se han apoyado y se apoyan los *tratados internacionales*, en tiempos de la comunidad internacional clásica y en la actualidad y a los elementos en que se han basado y se basan los *tratados de integración*. Conceptualmente los tratados son fuentes que formalizan la soberanía y la “autonomía” de los Es-

(*). Notas básicas de una clase dictada por el autor en el Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario.

(**). Investigador del CONICET.

1. Acerca de lo dado y lo construido cabe recordar, por ejemplo, GENY, Francisco, “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, 2^a. ed, Reus, Madrid, 1925; “Science et technique en droit privé positif”, París, Sirey.
2. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957. La propuesta de Lassalle es un lúcido antecedente de las ideas de Gény.

tados y tienen un alto valor de legitimación sobre todo por ésta, pero eso depende de las bases sociales en que se sustentan³.

a) Los tratados en tiempos de la comunidad internacional clásica

2. A medida que se fue desenvolviendo, el régimen feudal medieval dejó “espacios” para que sus pequeñas economías de autosuficiencia, de carácter rural y militar, fueran a veces sustituidas por economías más desarrolladas, que correspondieron al desarrollo de las ciudades comerciales, con un nuevo sistema económico naciente, el capitalismo, y una nueva clase social, la burguesía. Cuando esta clase, nacida en los burgos, necesitó espacios económicos más amplios, los buscó mediante alianzas con los reyes, que disponían de ellos, y en esa coincidencia las dos fuerzas lucharon contra los señores feudales inferiores, el Emperador y el Papa. Así, en un proceso iniciado a fines de la Edad Media y desplegado en la modernidad en sentido amplio (comprensiva de la Edad Moderna y la Edad Contemporánea), nacieron los *Estados modernos*, convertidos luego en *Estados “nacionales”*⁴.

Los Estados modernos contaron, desde sus primeros tiempos, con ideólogos entre los que se destacaron Maquiavelo, quien teorizó la conquista y el mantenimiento del poder y acuñó la expresión “Estado”; Hobbes, que promovió el monopolio del poder en manos del gobierno, haciendo más viable la superación de los obstáculos que las fuerzas dispersas podían oponer a la circulación económica, y Bodin, que dio al poder monárquico la caracterización de soberano⁵.

Cuando los reinos se consolidaron, la burguesía prosiguió su marcha promoviendo movimientos revolucionarios que, con caracteres liberales y democráticos a menudo conflictivos, correspondieron a la libertad y la ampliación de los mercados. Así se produjeron las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa. En esos marcos se comprenden la defensa de la libertad del propietario que hizo Locke, ideólogo

3. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a. ed., 5^a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982 / 4; Aportes filosóficos para la elaboración de normas del Mercosur”, en “Investigación y Docencia”, N° 22, págs. 9 y ss.
4. Es posible v. nuestras “Perpectives Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.
5. Pueden v. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991 / 4, esp. ts. II y III-I.

go del segundo episodio revolucionario inglés; Montesquieu un integrante de la pequeña nobleza, que defendió la libertad política contra la intromisión de los gobiernos y Rousseau, un marginal social que, al sostener la democracia, también de alguna manera abría campo a la decisión de los mercados. En esos marcos se fue desenvolviendo también una conciencia económica que partió de la presencia del Estado en la economía a través del mercantilismo y fue tratando de excluirla al hilo de la fisiocracia y el liberalismo económico.

3. Con la ruptura del Imperio medieval, quedaron elementos comunes entre los distintos Estados que dieron lugar simultáneamente a la formación de la *comunidad internacional*. Uno de los importantes enfoques para reconocer el grado de presencia o de ausencia de comunidad internacional es el que se refiere a la diversidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y las relaciones económicas, artísticas, religiosas, etc. que hacen necesaria una compleja regulación jurídica⁶. El origen de la concepción de la internacionalidad tuvo importantes puntos de partida religiosos, al punto que la primera conciencia al respecto provino del marco de los teólogos y juristas españoles, entre los que se encontraban Vitoria y Suárez. Sin embargo, la Edad Moderna no era clima para que se recibieran las ideas de teólogos y juristas hispánicos y la conciencia de la internacionalidad fue atribuida a menudo al sistematizador del Derecho Internacional, el holandés protestante Grocio.

Sobre todo durante la Edad Moderna y el ciclo central de la Edad Contemporánea, apoyadas en superioridades tecnológicas crecientes hábilmente aprovechadas, las grandes potencias buscaron su engrandecimiento económico a través de colonias que luego, principalmente en el declive de esa última etapa, fueron obteniendo su libertad o fueron dejadas en libertad por resultar demasiado gravosas. El colonialismo fue sustituido por el imperialismo.

En la modernidad, a menudo las relaciones entre los países, sus acercamientos y distanciamientos, se resolvían por cauces *económicos* y *militares*, de cierto modo herederos de la alianza que había dado origen a los Estados modernos. El segundo de los grandes conflictos mundiales significó un enorme descrédito para las vías militares que, si bien al principio no pudo superar la “guerra fría”, al fin pareció, a menos hasta hace poco tiempo, haber llevado al imperio de los *mercados* como inanera crecientemente exclusiva de vinculación entre los pueblos. Si bien el poder mili-

6. V. VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, 4^a. ed. con la colaboración de Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, 4^a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.

tar de ciertas potencias es el brazo armado del capitalismo e incluso de supervivencias feudales, los poderes militares de los Estados medios y pequeños van perdiendo su sentido.

4. El mundo de los Estados modernos y de la internacionalidad clásica se apoyó además en los datos constituidos por divisiones biológicas a menudo referidas a la supuesta superioridad de la raza blanca, una creciente creencia en la omnipotencia del hombre sobre la naturaleza, la fe cristiana dividida pero de raíces comunes, el desarrollo de las ciencias naturales y exactas y el despliegue de las perspectivas gnoseológicas de la Filosofía⁷.

España intentó referir la comunidad internacional a bases jusnaturalistas, en tanto el comportamiento anglosajón se inspiraba en un fuerte pragmatismo. La internacionalidad se consolidó con un relativo equilibrio entre las potencias europeas, que se fue ampliando sobre todo con la incorporación de los Estados Unidos de América.

5. Sobre esos *datos* se construyeron normas que emplearon conceptos específicos, entre los que descollaron una nueva visión del “Estado” y el concepto de soberanía.

Una nueva realidad requirió *nuevas fuentes formales*, entre las que cabe citar la Constitución Norteamericana de 1787, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa y el Código Civil francés.

Las relaciones de la comunidad internacional clásica se desenvolvieron en gran medida en base a costumbres, pero también se desplegaron los *tratados internacionales*, que se apoyaron en las referidas bases económicas, artísticas, religiosas, etc. promotoras de una nueva comunidad. Tratados habían desde tiempo remoto, mas entonces tuvieron apoyo específico en los elementos de la comunidad internacional. Uno de los tratados más significativos fue el que en alguna medida puso fin a las “guerras de religión”, en 1648 (Paz de Westfalia), dejando así también más espacio a la vida económica. Entre los más importantes tratados de la comunidad internacional clásica se encontraban los de reparto de *esferas económicas* entre los Estados. Los conflictos a este respecto fueron, en mucho, determinantes de la Primera Guerra Mundial.

Los avances en el desarrollo de la internacionalidad clásica llegaron al establecimiento de organismos internacionales de magnitud, como la Sociedad de las Na-

7. Puede ver en relación con el tema por ej. MARTINIÈRE, Guy - VARELA, Consuelo (dir.), “L'état du monde en 1492”, París, Editions La Découverte, 1992.

ciones y la Organización de las Naciones Unidas, e incluso a “tratados a la segunda potencia”, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

b) Los tratados en tiempos de la postmodernidad

6. Terminada la Segunda Guerra Mundial, desde la década de los años cincuenta y en concordancia con el descrédito de las vías bélicas y procurando en mucho mantener cierto protagonismo de Europa Occidental, comenzaron a organizarse las *Comunidades Europeas*. La primera medida fue poner en comunidad los elementos que tanto habían contribuido a los conflictos anteriores, el carbón y el acero, iniciándose así los procesos de *integración*.

La integración es básicamente un fenómeno *económico* y ha sido la economía, nutrida recíprocamente con elementos de la cultura común, el cimiento sobre el que ha podido construirse el edificio de la actual Unión Europea, con despliegues incluso *supranacionales*. En relación con las realizaciones que se iban produciendo en el Viejo Mundo se fue promoviendo también la integración *latinoamericana*, que cuenta hoy con un proceso especialmente promisorio en el Mercosur. Aunque con bases distintas, de menos protagonismo institucional que en la Unión Europea e incluso en el Mercosur, cabe señalar la integración promovida desde la cultura angloamericana.

Por su basamento último económico y particularmente referido a los mercados, los procesos de integración se inscriben a menudo, aunque en diversos grados, en las tensiones entre los mercados y la democracia, tan notorias en nuestros días.

7. A medida que hemos avanzado y nos acercamos a las últimas décadas de la última postguerra, incluso al fin de la “guerra fría”, se ha desenvuelto la “*postmodernidad*”, en la cual, en consonancia con el despliegue mundial del capitalismo que de cierto modo borra las fronteras espaciales y materiales, sucede un gran fenómeno de *globalización* y *marginalidad*⁸. La postmodernidad se caracteriza por

8. Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestro artículo “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, “Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, “La condición postmoderna”, trad. Mariano Antolín Rato, 2^a ed., Bs. As., R.E.I, 1991; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Postmodernidad y Derecho”, Bogotá, Temis, 1993; VATTIMO, Gianni, “El fin de la mo-

múltiples diversidades de superficie pero un abrumador monopolio profundo de lo económico y en ese contexto las estructuras estatales tradicionales resultan a menudo superadas.

Ante la tecnología mundializada actual (de los medios de comunicación, la informática, etc.) y con la planetarización sorprendente del capitalismo financiero los límites estatales resultan muy pequeños. Los Estados se suelen ver forzados a privatizar sus actividades, pero parece ir formándose, en correlación con la economía globalizada, una *pre-estatalidad mundial* que en la etapa presente se encuentra en cierto estado “hobbesiano” (de constitución del monopolio gubernamental del poder).

Los desbordes de la estructura de las Naciones Unidas, más vinculada a un estadio de equilibrio de poder de la comunidad internacional que ya casi no existe, por ejemplo por las medidas adoptadas respecto de Serbia por la Organización del Tratado del Atlántico Norte encabezada por el impulso del gran Estado del capitalismo, son una muestra de esta búsqueda del monopolio del poder mundial. El hecho de que la pre-estatalidad planetaria se encuentre en una etapa hobbesiana condice con las deficiencias de liberalismo y de democracia que se advierten en ella. En alguna medida,

dernidad”, trad. Alberto L. Bixio, 3^a. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAIN, 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, 2^a. reimp., 1997, “Postmodern”, págs. 634/5. Asimismo es posible c. v. gr., HABEL, Marc, “Postmoderne Ansätze der Rechtskenntnis”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, Vol. 83, 2, págs. 217 y ss. V. por ej. además ROJAS, Enrique, “El hombre light”, 11^a. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPO-VETSKY, Gilles, “La era del vacío”, trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 8^a. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. ADORNO, Theodor W., “Minima moralia - Reflexiones desde la vida dañada”, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea - Taurus - Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., MARCUSE, Herbert, “El hombre unidimensional”, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968.
Respecto de la globalización/marginalidad pueden v. por ej. nuestros estudios “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., N° 27, págs. 9 y ss.; “Una perspectiva bioética: vida y globalización”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 1, págs. 43 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 25 y ss. 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.

cuando los norteamericanos votan a su gobierno, eligen ellos solos el “gobierno mundial” que encabeza el enjuiciamiento y la defensa de los derechos humanos según sus criterios y ampara los intereses de las grandes fuerzas del sistema económico.

La biotecnología aplicada a los seres humanos parece llamada a posibilitar grandes avances pero también la imposición radical de las necesidades de la economía a través de la programación de nuestra existencia biológica. En el nuevo mundo de la postmodernidad la creencia en la omnipotencia del hombre se combina con la conciencia de la problemática ecológica planetaria; avanzan el discurso del relativismo, la paganización y el debilitamiento de los planteos filosóficos.

8. En cuanto al panorama de los datos latinoamericanos y mercosureños, cabe agregar dificultades provenientes del débil desarrollo capitalista que existe en muchas regiones, carencia que facilita la intervención de fuerzas extrañas y promueve conflictos a veces inexplicables. La cultura latinoamericana está en gran medida dividida en sectores más “ibéricos tradicionales”, comunitarios, paternalistas y católicos tradicionales y otros más “anglofranceses”, individualistas, abstencionistas y con influencias a veces ocultas del calvinismo⁹. Los Estados latinoamericanos suelen no evidenciar los rasgos de los Estados modernos-nacionales europeos. Sin embargo hay una conciencia histórica común de unidad hispánica e incluso ibérica.

Al considerar las bases sociales del Mercosur puede apreciarse que quizás las tensiones más significativas sean el relativamente limitado y muy desigual desarrollo económico, y sobre todo, la “asimetría” en dimensiones y voluntad integradora entre los países que lo componen. Brasil es un país muy grande en relación con sus compañeros de proceso y posee un sentido de “imperio feudal-republicano” que le da un interés no fundamental en el Mercosur. Aunque entre Francia y Alemania había una vieja tensión que aquí es al menos mucho menor, los dos países e Italia guardaban un equilibrio que en nuestra región no existe. La integración mercosureña debe tener en cuenta que se produce en una realidad a veces claudicante. Los sucesos que fueron produciéndose desde comienzos de 1999 son una muestra de ello.

El ámbito mercosureño cuenta con una notoria continuidad geográfica consolidada por los ríos de la Cuenca del Plata. La problemática ecológica tiene rasgos importantes en especial por la Amazonía, considerada un “pulmón” del mundo. La región posee, a su favor, una importante experiencia multirracial.

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

9. En este tiempo en que la internacionalidad se intensifica y es superada por fenómenos de globalización e integración, lo construido y el papel de los tratados internacionales varía notoriamente. Los tratados se han *multiplicado* en número, han avanzado de modo sorprendente en sus *contenidos* y se han elevado muchas veces en su *jerarquía*.

El 18 de abril de 1951 se celebró en París el tratado que dio nacimiento a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), pilar básico de la integración de la región; el 25 de marzo de 1957 se firmaron en Roma los tratados que fundaron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CECA). Otros tratados y varios protocolos complementarían la red de las comunidades, llegándose en 1992 al Tratado de la Unión Europea, de Maastricht¹⁰.

También se fueron elaborando, a veces con bases poco sólidas, tratados de integración en nuestra región. En un lugar claramente precursor se encuentra el Tratado de Montevideo de 1960 constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Como se apoyaba en una realidad social muy diversificada, surgieron luego tratados “subregionales”, como el Tratado General de Integración Económica Centroamericana constitutivo del Mercado Común Centroamericano (Managua, 1960), el Acuerdo de la Asociación de Libre Comercio que devendría en la Comunidad del Caribe (CARICOM) y el Acuerdo de Cartagena del que nació el Pacto Andino. En 1980, también en Montevideo, se constituiría la Asociación Latinoamericana de Integración¹¹.

Todos esos tratados del ámbito latinoamericano, como hemos señalado con bases reales distintas y no siempre sólidas, parecen superados por el proceso iniciado con la declaración de profundización de las relaciones argentino-brasileñas de Foz de Iguazú de 1985, que concluyó con el *Tratado de Asunción* del 26 de marzo de 1991, creador del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) en relación con el cual se han firmado, a su vez, numerosos protocolos y fuentes derivadas.

Por su parte, la dinámica estadounidense en la integración se ha manifestado en el Proyecto “4+1”, en el Tratado de Libre Comercio ó Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (ALCAN ó NAFTA) y en el proceso de constitución del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA).

10. C. v. gr. MO^l INA DEL POZO, Carlos Francisco, “Manual de Derecho de la Comunidad Europea”, 3^a, ed., Madrid, Trivium, 1997, págs. 17 y ss.
11. Es posible v. por ej. RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto, “Mercosur, Integración y Desarrollo”, Bs. As., Intercontinental - Ciudad Argentina, 1998; MIDON, Mario A. R., “Derecho de la Integración”, Bs. As., Rubinzel-Culzoni, 1998.

10. Los tratados son a menudo “*fuentes vivas*”, en permanente modificación existencial, generadoras no sólo de organismos sino de espacios para otras fuentes, como sucede de modo muy notorio en el derecho derivado que se desenvuelve en los fenómenos de integración.

Entre las expresiones más representativas de los cambios en el contenido se encuentran no sólo la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, que muestra a los tratados superando el Derecho Internacional Privado “conflictualista” y penetrando directamente en el Derecho Privado, sino los Acuerdos de Marrakech constitutivos de la Organización Mundial del Comercio. Sin desconocer importantes excepciones, hay una tendencia a jerarquizar a los tratados, sobre todo si son de integración, al menos sobre las leyes.

Los tratados forman, de alguna manera, el tejido con el que se va “constituyendo” la relativa estatalidad formal del pre-Estado mundial. Como suelen ser elaborados por las élites globalizadas, a menudo resulta limitada la representatividad que puede invocarse respecto de los sectores marginales. A su vez, reflejando el sentido de economización de la vida internacional que sirve de soporte a todas las fuentes respectivas, el protagonismo de la costumbre en sentido genérico va siendo superado por los *usos de los comerciantes*.

11. En parte como reflejo de las diversidades sociales, la jerarquía de los tratados internacionales y de los tratados de integración en los ordenamientos de los países mercosureños es diferente. La Argentina, país de gran tradición cosmopolita, que dictó su Constitución de mediados del siglo XIX para todos los hombres del mundo que quisieran habitar su suelo, tiene al respecto una gran actitud de apertura. Siguiendo la jurisprudencia de los casos “Ekmekdjian c. Sofovich”, “Fibraca” y “Cafés La Virginia” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la reforma constitucional de 1994 ha jerarquizado a los tratados internacionales sobre las leyes, a veces dándoles nivel constitucional, y ha dado a los tratados de integración la posibilidad de delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales (art. 75). Reflejando las bases comunes diversas, el texto constitucional da un trámite más fácil para los tratados de integración con Estados de Latinoamérica. Aunque existen tensiones internas al respecto, el país mercosureño donde la jerarquía de los tratados suele tener menor reconocimiento es precisamente en el Brasil. Allí las invocaciones de la soberanía y la independencia son fundamentales (v. art. 1 - I, conc. 4 - I; también no obstante art. 4, Parágrafo único).

MAESTRIA EN DERECHO PRIVADO *

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

1. Al comenzar los cursos de nuestra Carrera vale reflexionar sobre el significado de la expresión compleja «*Maestría en Derecho Privado*», refiriéndonos a cada uno de sus elementos.

La expresión «*Maestría en Derecho Privado*» obliga, en primer lugar, a reflexionar sobre qué significa una «*maestría*». El saber tiene distintas manifestaciones, y una de sus variantes es la que diferencia la información y la *formación*. «*Maestro*» es quien dirige, quien enseña, en este caso, es capaz de encontrar caminos del saber.

Siempre es muy difícil la formación sin la información, pero en una época como la actual, en un enorme cambio histórico que constituye una *nueva era* de la historia, es especialmente importante advertir que con sola información nada se puede conseguir porque la mutación es tan grande que constantemente se requieren readaptaciones, se necesita el «*aggiornamento*» de la comprensión del mundo.

En estos días, en algo muy discutido también en cuanto a su concreción, pero que si no sucedió ya ocurrirá seguramente dentro de poco tiempo, se llega a la maravilla de descifrar el genoma humano. Esto marca un cambio fundamental en la historia, que supera incluso en importancia a las revoluciones de la informática, las comunicaciones en general y las técnicas reproductivas, porque produce las posibilidades de que podamos prolongar la vida hasta límites antes quizás insospechados, que nos sea factible condicionar a los seres nuevos para que se adapten a ciertas necesidades de la sociedad y estemos en condiciones de variar la especie.

Las novedades actuales van a commover todos los cimientos del Derecho, incluso los *papeles más ancestrales*, como los de padre, madre, hijo, etc. Roles inmemoriales se van a modificar. El niño con el patrimonio genético cambiado, sea para

*. Texto de la exposición inicial del autor, director de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, en el dictado de dicha Carrera en Azul.

vivir más, para tener los ojos celestes o negros o para adaptarse a las necesidades de la producción, no será nítidamente hijo de sus padres tradicionales, sino también del laboratorista y de las fuerzas sociales que condicionaron a los padres y al laboratorista para que tomaran esas decisiones.

Los hombres nos enfrentamos siempre al «vacío» del porvenir delante nuestro, que causa terror, pero ese vacío es hoy especialmente significativo. En todos los casos hay dos grandes posibilidades primarias, una es echarse al vacío y dejar que ocurra lo que ocurra, otra es detenerse, pero esas posibilidades no son excluyentes, existe una tercera posibilidad, que es encontrar un *camino*. Al fin y al cabo -como dijo el poeta- no hay camino, se hace camino al andar.

No es el caso de aterrorizarse, es cierto que se trata ahora de una novedad antes quizás impensable, pero es también real que el hombre siempre tuvo delante de sí el vacío. Lo tuvo, por ejemplo, cuando bajó de los árboles y salió de las cavernas, y los resultados de su audacia no parecen desdeñables.

En estos marcos, mucho de lo que nosotros explicamos hoy va a quedar obsoleto en poco tiempo. La información está condenada a quedar obsoleta porque la vida cambia de modo constante, pero está más destinada a quedar obsoleta cuando la vida se modifica con características revolucionarias, como las que vivimos hoy.

Es posible que exista un amplio desconcierto, porque se advierta que la realidad cambia pero no el sentido con que varía. En realidad, paragonando los sucesos actuales con fenómenos de cierto modo «menores», como la Revolución Francesa o la Revolución Rusa, uno puede reconocer el desconcierto de entonces pero también la capacidad final de los hombres de orientarse. El cambio desorienta, desestabiliza, pero lo único que podemos hacer es pertrecharnos para dar respuesta a los desafíos que en distintas medidas se van a ir presentando. Por esto es que hay que buscar la formación y en lo posible la *formación permanente*. Cada vez más ha de hacerse plena realidad que nos «educamos» durante toda la vida.

Cuando nos graduamos de abogados, lo que la Universidad hace es apostar no tanto a que sabemos como a que *sabemos saber*. En mi caso, no queda casi nada en pie del Derecho sobre el que me informé, pero se sostuvo la mayor o menor posibilidad de saber saber que adquirí. Si eso ha sido importante para quien como yo ha vivido gran parte de su vida en las postrimerías de la «modernidad» en sentido amplio, con más razón lo es para quienes como Ustedes han de vivir gran parte de su vida en una nueva era, por ahora de expresión indefinida como «postmodernidad». Lo importante es saber saber; ya los griegos lo entendieron cuando fundaron la Filosofía, el amor a la sabiduría.

Es valioso que se desarrollos nuevos conocimientos, e incluso ante el impacto

de lo nuevo es más fácil replantear lo profundo, pero la maestría, como la concebimos y necesitamos, se trata no de saber más, sino de saber mejor.

A medida que se va ascendiendo en el saber se puede protagonizar la propia formación en mayor medida, pero estando más cerca de la «punta» es más necesario avanzar si se quiere seguir en esa posición. La vanguardia se modifica de modo permanente y esto sucede con el saber de los universitarios.

Si tuviera que señalar una de las grandes transformaciones del proceso educativo desde que estudié hasta ahora señalaría, en este caso, el gran *desarrollo de los postgrados*. Hace cuarenta años, la inmensa mayoría de los no numerosos postgrados de nuestro país eran los doctorados. Ahora hay muchos otros enfoques de postgrado que son muy importantes para ir desarrollando, en diversos grados de profundidad, la información y la formación de los graduados.

Algunos postgrados son de avance más cuantitativo, sean de *actualización*, que completan la información con nuevos datos, o de *especialización*, en los que se reacomoda el saber de manera más puntual, a menudo por la aparición de nuevas particularidades. Otros postgrados son más cualitativos, entre los que se encuentran las *maestrías* y los *doctorados*. Se procura no sólo saber más, sino *saber mejor*.

A veces, por circunstancias personales o ambientales, se confunde la maestría con la especialización pero, si se reflexiona, la maestría debe ser más que un saber más completo un saber más «diestro». La «maestría» se tiene cuando se posee destreza mental. No se trata estrictamente de la obra maestra de la época de los gremios, sino de la «maestría mental». Esto significa una apertura de pensamiento, una capacidad de responder desde lo profundo a los viejos y los nuevos problemas que se van planteando.

Por eso la maestría concluye en una *tesina*, o sea en una especie de tesis menor, en la que se muestra, con una obra relativamente «maestra», que se es capaz de sentar cierto jalón cualitativamente nuevo. No se trata de una monografía, del tratamiento exhaustivo de un tema. La tesina supone considerar el tema de ese modo, pero para mostrar un grado de reelaboración, una destreza *más honda*. Se fija una hipótesis que es defendible y defendida con éxito; no se trata de expresar «la verdad», que en este tiempo es muy discutible -sobre todo con la ruptura de la idea de certidumbre- pero dentro de ciertos parámetros hay que mostrar la capacidad de sentar un nuevo conocimiento.

En ámbitos donde no hay cursos de especialización y actualización, las maestrías suelen ser requeridas para que ocupen esos lugares. No está «prohibido» que estos despliegues se desenvuelvan y no disponemos de ningún «decreto» de ninguna autoridad «superior», quizás divina, que los excluya, pero creemos que hay que

cuidar que el objetivo no sea aumentar el conocimiento sino cambiar el grado de profundidad del mismo. En las maestrías se trata de un grado de tensión entre la actualización y la especialización y la apertura superior a la sabiduría, que es el doctorado (a su vez, también a menudo desviado).

A través del doctorado alguien debe llegar a ser «docto», a tener sabiduría, apertura mental. Esto que decimos con menor intensidad en la maestría lo afirmamos con más fuerza en el doctorado. El doctorado concluye en una tesis, en sentido fuerte, o sea en un jalón nuevo y defendido de modo exitoso en el avance en el conocimiento. La clave del nivel de maestría es la tesina y la clave del nivel de doctorado es la tesis; por eso hay doctorados que sólo tienen la obligatoriedad de la tesis.

Lamentablemente, en países como el nuestro, donde hay tendencias a bajar el nivel universitario, donde existe limitada tradición, escasos recursos informativos y un insuficiente número de profesores aptos para este postgrado, se suele bajar el nivel del doctorado y la maestría. Incluso, a veces se admiten monografías muy perfeccionadas como tesis o tesinas.

No tenemos ningún decreto que «consagre» los significados que empleamos, pero vale organizar la mente y aclarar los términos. Uno puede llamar incluso «doctorado» a un curso de actualización, pero vale tener espacios para los cursos que acabamos de caracterizar como doctorados y maestrías y es en este sentido que se ha organizado nuestra Carrera. Hay necesidades últimas de formación profunda que deben tener sus propios nombres, y los generalmente reconocidos son los que acabamos de señalar. Es necesario que existan los niveles de maestría y doctorado, porque los requiere la dinámica del conocimiento, para bien general.

En otras épocas, como la que me tocó vivir, había que «saltar» desde el grado al doctorado, ahora contamos con una etapa relativamente intermedia, que es la maestría. La necesidad de saltar contribuía a que no todos los doctorados fueran realmente tales, en los términos señalados.

Uno de los grandes métodos para formar a la gente para pensar es ponerla junto a *gente que piense*. Lo más importante es aprender a pensar pensando, de modo análogo a como a aprender a caminar se aprende caminando y a como a aprender a vivir, en mucho, se aprende viviendo. Para aprender a pensar pensando es bueno hacerlo junto a quienes piensan, sean los autores de los libros, las revistas, etc., los profesores (que han de concretar una síntesis de docencia e investigación) y los compañeros. De aquí que sea tan peligrosa la actual cultura excluyente de la imagen. Por eso es muy importante tener un buen *director* de tesis. Es relevante la información de «Internet», pero también lo es la del soporte papel, que brinda más la oportunidad de «re-flexionar».

Hay una cultura *clásica*, que pervive, y es importante que la reconozcamos. Es relevante no cortar los lazos con ella, porque si lo hacemos nos encontraremos a la deriva en el vacío, «extra-viados».

Personalmente admitimos incluso que llegue a haber nuevas especies, más allá de los hombres, pero lo que queremos es que no se produzcan «a la deriva». Que no se desaprovechen los miles de años de humanidad que hemos vivido. En la crisis, nos queda como guía la *experiencia vivida*, quizás como hombres «de vida corta», pero se trata de un instrumento imprescindible para iluminar el porvenir y orientarnos. Podrá haber una «super-humanidad», pero creo que debemos construirla desde la humanidad.

En el mundo jurídico, por ejemplo, el «Sistema del Derecho Romano actual» de Federico de Savigny es una obra clásica, uno de los grandes pilares de la construcción de la ciencia del Derecho Privado y del Derecho Internacional Privado. Mucho de lo que dice allí Savigny no tiene actualidad en la superficie, pero posee profundidad perdurable. Es una obra que vale leer y reflexionar y valdrá seguir haciéndolo, aunque sea para superarla.

Importa que desarrollemos una maestría para tener más gente capaz de *orientar los nuevos tiempos*. Cuando se trate de cambiar los roles inmemoriales, habrá que saber qué se puede modificar sin saltar al vacío y qué vale conservar y por qué. Cuando se desarrollen las nuevas maneras de contratación, habrá que resolver qué es lo que se puede y debe cambiar del contrato tradicional y qué hay que conservar porque hace a la profundidad de la obligación que podemos desear mantener. Es necesario tener idoneidad también para conservar lo que consideremos valioso. Para que el cambio histórico no rompa las raíces que deben nutrirlo, es significativo que existan maestrías y doctorados.

Hay un relacionamiento profundo entre maestría y doctorado. La maestría, que otorga destreza, es un muy buen *soporte para el doctorado*. Por eso suele admitirse que los créditos de la primera sirvan para el segundo. Esto sería mucho más difícil, si no mediara alguna desviación, con los cursos de actualización y de especialización.

En síntesis, en la maestría no se trata sólo de saber más, aunque de eso también se trata, sino de saber mejor. El nivel de la maestría prepara para la docencia, la investigación e incluso la profesión plenamente ejercida y también para el doctorado.

2. Nuestra Maestría está orientada al «*Derecho*» y corresponde preguntarse también qué se entenderá con esta expresión. Recordemos que tampoco aquí tenemos ninguna «orden superior» que lo decrete.

Durante un tiempo inmemorial se ha discutido lo que «es» Derecho, pero no se ha podido llegar a ningún acuerdo. Quizás valga, como creo, discutir qué vamos a entender por Derecho, qué nos interesa tratar al respecto. Durante muchos siglos se ha debatido si el Derecho «es» justicia, o norma, o realidad social o una combinación entre ellos. Siempre hubo y tal vez siempre haya jusnaturalistas y positivistas.

Werner Goldschmidt -a quien debemos tanto en la comprensión de la Universidad y del Derecho- enseñaba que el Derecho «es» tridimensional, abarcando realidad social, normas y valores según su brillante elaboración de la *teoría trialista del mundo jurídico*. De acuerdo con el gran maestro, el Derecho ha de referirse a los «repartos» de potencia e impotencia (en los seres vivos, lo que favorece o perjudica a la vida), *captados* (descriptos e integrados) *por normas y valorados por la justicia*.

Sin embargo, aunque la exposición trialista nos resulta ampliamente satisfactoria, no la planteamos como lo que el Derecho «es», sino como algo que puede *interesar*nos considerar Derecho. Vale preguntarse qué es lo que vamos a considerar Derecho, porque nos interesa hacerlo. Proponemos de algún modo «construir» el objeto. A semejanza de las otras posiciones, tampoco el trialismo puede convencer acerca de lo que el Derecho «es», mas es muy difícil negar que la consideración de las tres dimensiones posee extraordinario valor para el jurista, sobre todo si ese enfoque se presenta en la integración trialista desarrollada en la actualidad. Es casi imposible convencer a un positivista normológico de estilo kelseniano, a un positivista sociológico, por ejemplo norteamericano o nórdico o a un jusnaturalista, sea tomista, racionalista protestante, etc. de que el Derecho «es» tridimensional, como lo sostuvo Goldschmidt, pero a ellos les resultará muy difícil decir que las tres dimensiones no tienen interés para el saber del hombre de Derecho.

Podremos aprovechar a Santo Tomás de Aquino, Nettelbladt, Kelsen, Olivecrona o Goldschmidt pero no para que nos digan lo que el Derecho «es» sino para discutir lo que, cada uno de nosotros, en cada momento de su vida, cree satisfactorio considerar como tal. Hay que plantear la satisfacción de los propios intereses intelectuales, personales, etc.

Desde nuestro punto de vista personal, es interesante que la ciencia jurídica no se limite a considerar la realidad social, las normas o los valores y buscamos la mejor integración de estas tres dimensiones, que entendemos se desenvuelve en el trialismo. A nuestro criterio, las posiciones limitativas impiden comprender el cambio, que tan intensamente se produce en la nueva era.

Por ejemplo, lo que afirma Kelsen al remitirnos sólo a las normas jurídicas, a la imputación con sanción, excluyendo la causalidad y los valores, es una posición

en parte interesante y muy respetable, pero que lleva a la lógica del Derecho a «flotar». Todo lo que se pueda poner en normas, todo lo que se pueda «logicizar», es igualmente Derecho, y no como realidad social, sino precisamente como lógica. En tanto haya un deber ser con sanción, se está en el Derecho, más allá se exceden las fronteras de la ciencia jurídica. Kelsen nos lleva a flotar sobre los hechos, porque lo que quiso hacer, aunque no le agradara, es lógica. Serían igualmente Derecho una norma que imputara una sanción a la clonación y otra que la imputara a la no clonación. Esta posición al fin sirve a los poderosos que han hecho las normas y las hacen funcionar, porque «logiciza» lo que ocurra. En el fondo, el maestro de Viena era un liberal que no sabía bien dónde ir, o no quería explicitarlo, pensando que sucedería lo que le agradaba, y por eso nos lleva a saltar al vacío y flotar.

También es posible «flotar» con la mera referencia a los hechos, como lo hace el otro positivismo, de carácter sociológico. Aquí, por vía descriptiva, también se acepta lo que suceda, sirviendo al fin a los poderosos que logran los hechos.

Por otra parte, existe la posibilidad de decir que se «sabe» lo valioso, sin atender a los hechos. Entonces, con el jusnaturalismo apriorista, uno puede prohibir todo o permitir todo porque considera que está bien, sin considerar la realidad. Esto significa quedarse a la vera del espacio vacío. Se sabe lo que «son» el matrimonio, el contrato, los derechos reales, etc. Esto se produce sobre todo en el jusnaturalismo racionalista protestante de la Escuela alemana moderna, pero también de cierto modo en el tomismo, que «sabe», porque al fin se remite a la ley natural, la ley divina e incluso ley eterna (el plan con el que Dios hizo el mundo).

La propuesta que formulamos es que, como Derecho, no tengamos sólo normas, realidad social o valores, sino que atendamos a los tres despliegues, de manera integrada. No porque lo «decretaran» grandes tridimesionalistas como François Gény, Miguel Reale o Werner Goldschmidt, sino porque creo que es una manera prudente de internarse en lo desconocido. Esta manera nos permite reconocer los hechos y valorarlos como se vayan presentando. No saltamos al vacío, donde podemos estrellarnos, pero tampoco nos quedamos en la orilla, juzgando el mundo nuevo con los criterios del mundo viejo, apartándonos de la condición evolutiva que parece tener el hombre.

No sólo es imprescindible que nos preguntemos qué tendremos por Derecho, sino que resolvamos adecuadamente, sobre todo si hemos de afrontar los dos grandes *desafíos* de este tiempo: la economía, en profundidad, avasallante y, quizás sobre todo, la biotecnología.

Kelsen y el jusnaturalismo apriorista marginan la incorporación de los datos económicos y biológicos a la ciencia jurídica. Si siguiéramos sus modelos, tendría-

mos que decir que ni unos ni otros le interesan a la ciencia jurídica. Si se quiere considerar que en un contrato están destruyendo a una persona, o que se está generando una nueva especie, según Kelsen hay que ir a las Facultades de ciencias económicas o de ciencias naturales, en cuanto no se trata de relaciones de imputación con sanción.

No nos parece satisfactorio un modelo científico que termine diciendo que lo que ocurra en la economía o en la biología es irrelevante para la ciencia jurídica. No nos resulta completo un modelo que afirma que nada de eso es jurídico si no con miras a una norma que tanto puede imputar la sanción a la permisión de tales sucesos como a su prohibición. No nos sentimos convencidos de explicar a nuestros alumnos que la existencia de un diecisiete por ciento de desocupados, como se afirma que hay en Rosario, es sólo un problema jurídico con miras a una norma que tanto puede imputar una sanción al darles o al quitarles el empleo. Tampoco si tenemos que afirmar que la clonación humana sólo es relevante cuando los autores de las normas se remiten a ella. Creemos que se trata de problemas jurídicos antes de la existencia de tales normas.

Asimismo, no nos interesa encarar todas esas cuestiones con soluciones a priori, que digan, por ejemplo, que el Derecho tiene que ser «justo» dando empleo a todos, permitiendo o prohibiendo la clonación, sin importarle lo que indiquen la economía o la biología. No «sabemos», sino «sabemos que no sabemos», y por eso tenemos que considerar los casos, en aras de aprender. Queremos encontrar un camino, no la mera «logicización», ni la lisa y llana aceptación, ni la soberbia del «saber».

Entendemos que el Derecho está llamado a una gran transformación y a un gran *cambio de paradigma científico* si quiere decir algo «útil», algo valioso, en el tiempo que nos toca vivir. Los economistas suelen denunciar que los hombres de Derecho somos meros obstáculos, que nuestros ideales de justicia y humanidad son falsos y la economía por sí misma funciona muy bien, pero parecería que el modelo económico capitalista liberal predominante no anda tan bien. No se trata de volver al Derecho que se aísla de la economía, que al fin es tan ineficiente que nos convierte en escribientes de los economistas. Tal vez todos queramos que cada habitante del país pueda tener un ingreso de mil dólares mensuales, pero ponerlo en una ley en las actuales condiciones significaría la ruina de la economía y del sistema jurídico.

El capitalismo tiene una fuerza arrolladora. No obstante, sin ignorarlo, quizás sea posible encauzarlo para realizar esos valores que a nosotros pueden parecernos importantes. No podemos ignorar la economía, pero tampoco estaremos satisfechos siguiéndola en cualquier sentido, por ejemplo en la catástrofe a la que puede llevarnos la creciente marginalidad.

Hay que poner límites a la exclusión de quienes no participan del sistema económico, en la gran tensión entre la *economía capitalista* y la *humanidad* que lo excede. De lo contrario, pueden producirse la exclusión -tal vez física- de los hombres que están «de más» o un enorme estallido que destruye incluso la misma economía.

Afrontar la nueva era de la historia y sus grandes desafíos, sobre todo económicos y biológicos, con un paradigma científico-jurídico insuficiente, puede privar al cambio del aporte del Derecho, que creemos de importancia fundamental.

3. La tercera expresión de nuestro problema es «*Privado*». También ésta promueve una importante cantidad de preguntas muy intensas. Qué «es» el Derecho Privado es algo que se discute desde la antigua Roma. Es muy difícil reconocer con claridad qué es, pero creo que todos intuimos que consiste en algo que se diferencia de manera relevante del Derecho Público. Estimo que salvo en el normativismo kelseniano, cuando la distinción entre ambas áreas es mínima -diferenciándose como maneras diversas de producción de normas- la gran mayoría puede apreciar que existen diversidades significativas entre los dos ámbitos. Casi todos podemos reconocer, en puntos extremos, que aunque en este tiempo se trate de aproximar la pena a lo privado, existe una diferencia entre un contrato y una sanción penal.

Este tema de la individualización de lo privado será tratado también en la asignatura Filosofía del Derecho Privado, pero desde ya podemos darnos cuenta que dentro del Derecho Privado, con múltiples caracterizaciones posibles -referidas en general a los intereses o los sujetos particulares, a la autonomía, a la ejemplaridad, a la negocialidad de la construcción conceptual, a la justicia particular, etc.- hay dos grandes áreas diferenciables, una «*familiar*» y otra «*patrimonial*».

El Derecho de Familia es el ámbito que va a tener la más grande transformación en el tiempo que vendrá, la rama jurídica que resultará más afectada por la *revolución* biotecnológica y moral de nuestro tiempo. Pese a que las grandes revoluciones se han producido sobre todo en el Derecho Público, en tanto el Derecho Privado ha permanecido más «evolutivo», por los carriles que brindaron a lo patrimonial el Derecho Romano y a lo familiar el judeocristianismo, es en este espacio donde sucederá la más grande revolución que se haya imaginado.

A nuestro entender, al menos hasta el presente, de cierto modo la especificidad -más contundente del Derecho Privado está en el área, menos afectada, de lo *patrimonial* contractual y de la propiedad privada.

Vale preguntarse qué importancia tiene el Derecho Privado, y al respecto se producen grandes polémicas, en las que participan el marxismo, que indica que las fuerzas y las relaciones de producción, en gran medida contenidas en él, son

la última determinante de la superestructura moral y jurídica y al fin de la historia, y quienes creen que estos despliegues morales y jurídicos poseen una fuerza mayor, incluso jerarquizando fuertemente a las formas del Derecho sobre la materia económica.

Hay que preguntarse por el valor del Derecho Privado en el Derecho en general y en la cultura toda. Desde nuestro punto de vista, sin participar del marxismo ortodoxo, creemos que las fuerzas y las relaciones de producción tienen una gran influencia, pero para esto quizás baste con remitirse a Aristóteles, quien con gran lucidez afirmó en la «Política» que la esclavitud podría terminar cuando la máquina de tejer tejiera por sí misma, es decir, en la revolución industrial. Hace casi dos mil cuatrocientos años, Aristóteles -que por otra parte ideó toda una ideología de superioridad en el gobierno personal, para justificar la esclavitud- anunció el momento en que, por razones económicas, esa manera de dominación podría extinguirse, y fue entonces cuando se extinguió. La esclavitud no concluyó con el estoicismo, ni con el cristianismo, sino cuando la máquina de tejer pudo moverse por sí misma, sin la fuerza del esclavo, por impulso del carbón, ni un siglo antes, ni uno después. En la medida en que la máquina no podía utilizarse, como en el sur algodonero de los Estados Unidos de América, la esclavitud acabó sólo mediante una guerra con los yanquis que la rechazaban con más facilidad.

Sin desconocer los errores en que muchas veces incurrieron, podemos decir que gracias a Aristóteles, a Saint-Simon, a Marx y a muchos otros sabemos que las fuerzas y las relaciones de producción, en gran medida expresadas en el Derecho Privado, poseen una gran importancia en el Derecho todo y en la cultura en su conjunto.

Como las fuerzas y las relaciones de producción son ahora *mundiales*, el Estado moderno-nacional, como superestructura de Derecho Público es pequeño y obsoleto ante un mundo privatizado. Los moldes del Estado moderno-nacional son desbordados por la economía capitalista liberal globalizada. Hoy hay menos «made in» y mucho más «made by». No interesa tanto el molde estatal, sino la empresa o el grupo económico, que hacen sus productos donde les resulta más útil.

Junto al fenómeno de privatización, hay que entender a su vez la *crisis del Derecho Público*. En tiempos del fax, del correo electrónico y de Internet, los moldes públicos no pueden ser los mismos que en la época de las cartas llevadas por tracción a sangre, incluso por máquinas a vapor o mediante automóviles.

Para comprender el Derecho Privado hay que entender también la tensa relación con el Derecho Público decadente. Lo que se suele pedir al Estado moderno-nacional es que intervenga a través del Derecho Público o quasi Público -por ej. del

Derecho del Trabajo, de la Previsión Social, de la Seguridad Social, etc.- en las fuerzas y las relaciones de producción privatizadas que lo desbordan y provocan a menudo gran marginación. El problema consiste en mucho en saber si un Estado pequeño, de alcances modernos-nacionales (salvo el Estado de la Superpotencia) puede intervenir con éxito en esa tarea. Es necesario saber si ese Estado está en condiciones de tener éxito cuando, en lugar del Derecho Privado que coexistía y se integraba con el Derecho Público, hoy se presenta la privatización, que posee alcances mucho mayores y excluye el Derecho Público tradicional, quizás en un proceso de formación de uno *nuevo* de alcance mundial.

Hoy, en la privatización, no suele tratarse del juego del Derecho Privado, sino de su radicalización, a la que sirven diversos organismos mundiales. Quizás, sin embargo, sobre esa base de la privatización, correlativa de la de la globalización/marginación, se esté formando una nueva estatalidad encabezada por los Estados Unidos y en cierto modo por la Unión Europea, que se hallaría en estado «hobbesiano», de monopolio de la fuerza por el gobierno. Esta es una de las grandes incógnitas de nuestros días. En tanto, hay un vacío de Derecho Público, con gran tensión entre mercado y economía y derechos humanos y democracia.

En estos términos vale interrogarse qué se puede esperar del Derecho Privado. Más en lo hondo de los propios cursos de Derecho Privado Profundizado que integran la Maestría, a nivel filosófico, cabe cuestionarse qué se puede y debe esperar al fin del Derecho Privado. Cada movimiento en el régimen de los contratos, de la propiedad, de la familia, de la sucesión, etc., se entiende mejor a la luz de todos estos problemas. Por eso la Maestría busca la profundización.

No se trata de saber más el Código Civil actual o el que posiblemente se dicte, sino de saberlos mejor, reconociendo las relaciones de todo el Derecho Privado con la economía, la ciencia y la técnica, el arte, la religión, etc., vinculándolo con el resto de la vida. Mucho cabe preguntarse cuánto el Derecho Público actual puede encauzar al Derecho Privado, pero también qué está en condiciones de brindar la protagonica privatización.

4. Volviendo, en sentido inverso, a la expresión «Maestría en Derecho Privado», podemos enriquecer su comprensión diciendo que se trata de penetrar desde lo *privado* en el *Derecho* todo, a nivel de la comprensión profunda de la *Maestría*. Creemos que lo privado y el Derecho, sobre todo si es encarado en la plenitud trialista, son referencias de gran valor para lograr la formación personal que al fin significa la Maestría. En lo privado se manifiesta de manera muy directa la vida jurídica cotidiana, donde hay magníficas sendas para la adquisición de la «maestría».

5. Sin entrar a las especificaciones del plan de estudios, puede decirse que la Maestría abarca diversas materias de *profundización* (que no quiere decir aprender nuevamente lo que se estudió en el grado, sino aprenderlo mejor), con el dictado de Derecho Civil Profundizado, Derecho Comercial Profundizado e incluso Derecho Internacional Privado Profundizado y Derecho Privado Comparado. Asimismo tiene un área *filosófica*, que comprende Epistemología y Metodología de la Investigación Científica y Teoría General del Derecho Privado -como sistema jurídico-, culminando en la Filosofía del Derecho Privado. Además posee un despliegue de *formación económica*, mediante la asignatura Economía desde la Perspectiva del Derecho Privado e incluye diversas otras *problemáticas privatistas*, como son Nuevas Fronteras del Derecho Privado, Derecho Privado de la Integración, con especial referencia al Mercosur y Solución de Controversias en el Derecho Privado. La preparación general para la *investigación*, sobre todo con miras a la elaboración de la tesis, se favorece a través de un Taller. La capacitación para una mayor inserción en la *cultura general* de nuestro tiempo se concreta a través del conocimiento de otros idiomas.

6. Sin caer en añoranzas corporativas, vale recordar que la capacitación para la «maestría» se producía en climas gremiales de «*hermandad*». Ojalá que el marco de nuestra Carrera sea una perdurable hermandad académica (*).

(*).En relación con el tema pueden v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Doctorado, Universidad y Derecho», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social» , Nº 7, págs. 103 y ss.; «Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia», en «Zeus», t. 29, págs. D.175 y ss.; «Derecho Público y Derecho Privado», en «La Ley», t. 1979-D, págs. 956 y ss.; «Privatización y Derecho Privado» , en «Boletín del Centro de Investigaciones ...» cit., Nº 20, págs. 119 y ss.; «Bases para la filosofía de la división «pentárquica» del Derecho Civil», en «Investigación y Docencia» , Nº 9, págs. 17 y ss.; «Nuevamente sobre la Filosofía de la división pentárquica del Derecho Civil», «Investigación ...» cit., Nº 28, págs. 75 y ss.; «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; «La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; asimismo, en prensa, «Estudios de Historia del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas; GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6^a. ed., 5^a. reimpr., Bs. As., Depalma, 1987; «Justicia y verdad», Bs. As., La Ley, 1978.

REFLEXIONES PARA UNA ETICA DE LA CIENCIA EN NUESTRO TIEMPO *

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

I. Un nuevo tiempo

A nuestro parecer, los días que nos tocan vivir son el comienzo de una nueva era de la historia, de un cambio mucho más significativo que los que signaron las mutaciones de las edades de la historia de Occidente¹. En gran medida esta *nueva era histórica* es caracterizada por los grandes desarrollos científico-tecnológicos que culminan con las posibilidades abiertas por el conocimiento del genoma humano. Creemos que en no mucho tiempo por primera vez una especie estará en condiciones de cambiarse a sí misma e incluso de generar otras especies.

Este nuevo tiempo, que suele ser llamado de la «post-modernidad», pero tal vez requiera un nombre más «positivo» (no «post») y de mayor contraste con todo lo anterior, podría iniciarse quizás en el presente, con el conocimiento que se está alcanzando del genoma humano, o con la explosión de la primera bomba atómica en Hiroshima, en 1945². Sea como fuere, es notorio que por primera vez un cambio de

(*). Los puntos 1 a 5 son la base de la participación del autor en el panel realizado en el Centro Educativo Latinoamericano de Rosario el 5 de julio de 2000.

(**). Investigador del CONICET.

1. Es posible c. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
2. Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestro artículo «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 19, págs. 9 y ss.; asimismo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad», en «Investigación y Docencia», N° 21, págs. 67 y ss. Es posible c. v. gr. LYOTARD, Jean-François, «La con-

tiempo histórico está signado por sucesos de estrecha relación con la ciencia y la técnica. Ya no se trata de la caída de Roma, o de Constantinopla, ni de la Revolución Francesa, sino de sucesos en los que la ciencia en sentido amplio, gran protagonista de la modernidad, tiene un rol destacado.

A comienzos de la Edad Moderna, Francis Bacon señaló que ciencia es potencia, pero si bien puede decirse que ciencia es poder, durante largo tiempo se creyó de modo predominante en la «*inocencia*» de la ciencia. Luego de Auschwitz y de Hiroshima eso no puede sostenerse. La ciencia puede servir para el «bien» o para el «mal». Creemos imprescindible desarrollar la ética de la ciencia.

2. En nuestros días, la ciencia y la vida toda se desenvuelven de manera creciente según los dictados del *sistema capitalista*, que hoy impone la retirada en numerosos papeles del Estado moderno-nacional y genera enormes fenómenos de *globalización/marginación*. No puede comprenderse la ética de la ciencia en nuestros días sin relacionarla estrechamente con el capitalismo, pudiendo destacarse que uno de los grandes problemas es el condicionamiento o tal vez la determinación de la ciencia por el desenvolvimiento del sistema económico. En esos términos se pueden comprender, por ejemplo, la disponibilidad de los resultados de la ciencia por los sectores globalizados y la dura condición precientífica de las multitudes marginadas; la agresión que puede significar la «*irrupción*» de prácticas científicas (v. gr. de va-

dición postmoderna», trad. Mariano Antolín Rato, 2^a. 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, 3^a. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; TOURAIN, 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, 2^a. 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», 11^a. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. LIPOVETSKY, Gilles, «La era del vacío», trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 8^a. 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.

cunación) en sociedades «mágicas»; las particularidades de la ciencia en los países con rasgos feudales y dependientes como el nuestro y la creciente conversión de la ciencia, que se consideró, a veces de modo exagerado, como un «saber para el saber», en *técnica*, un saber para el hacer³.

Las investigaciones científicas son exigidas por los poderes económicos capaces de «comprárlas» y requieren cada vez más recursos para su realización. En consecuencia, pueden ser condicionadas o incluso determinadas por esas fuerzas. Las maravillosas consecuencias positivas que a nuestro parecer puede traer el obrar sobre el patrimonio genético, v. gr. en la prolongación de la vida humana, pueden ir acompañadas del empobrecimiento del mismo, encauzado por las necesidades del mercado. Cuando se necesitaría más de la pluralidad de fuentes de promoción científica, por ejemplo, por parte del Estado, éste es impotente para adoptar y desarrollar las políticas pertinentes.

II. La ciencia y la moral

3. En estrecha relación con las características del capitalismo, la ciencia y la moral poseen rasgos propios de este tiempo, quizás al servicio del gran cambio que de lo contrario no podría ser tolerado. Aunque existen diversas concepciones de la ciencia y la moral, en general puede reconocerse que, luego de la crisis de la metafísica, ambas adquieren caracteres relativamente *«flotantes»*.

Las referencias a la «verdad» se debilitan, se hace más remisión a lo verosímil o lo verificable y se reconoce el fin de las certidumbres⁴. La moral se orienta hacia soluciones consensualistas y constructivistas. Sin embargo, creemos esclarecedor que el objeto de la ciencia sea construido de manera *«tridimensional»*, abarcando las

3. Respecto de la globalización/marginalidad pueden v. por ej. nuestros estudios «Comprendión 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; URRIOLA, Rafael (coord.), «La globalización de los desajustes», Venezuela, Nueva Sociedad, 1996; TOMLINSON, John, «Globalization and Culture», The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, «La aldea global», Txalaparta, Tafalla, 1997.
4. Cabe c. por ej. PRIGOGINE, Ilya, «El Fin de las Certidumbres», trad. Pierre Jacomet, 5^a. ed., Santiago de Chile, 1997; «¿Tan sólo una ilusión? Una exploración del caos al orden», trad. Francisco Martín, 4^a. ed., Barcelona, Tusquets, 1997.

dimensiones gnoseológica, lógica y «*ateneológica*» (axiológica)⁵, y sobre todo en relación con ésta se plantea la ética de la ciencia.

III. Perspectivas de la problemática ético-científica actual

4. Uno de los grandes problemas de esta época es el de las fuerzas que orientan a la ciencia⁶. Aunque siempre hubo fuerzas sociales que encauzaban el conocimiento, al punto que puede entenderse por ejemplo que el desenvolvimiento de las ciencias naturales y exactas se produjo en mucho al servicio de la dominación del mundo requerida por el capitalismo, parece que hoy las posibilidades de la conducción científica por hombres individualizables está muy especialmente limitada por esas fuerzas sociales, sobre todo de carácter económico.

Además de determinar cómo se conduce o no se conduce a la ciencia, hay que interrogarse acerca de quiénes se *benefician* o *perjudican* con ella y en qué *aspectos* de sus vidas. Aparece aquí, por ejemplo, el problema ya referido de la marginación y vale aclarar si la ciencia favorece o perjudica a la vida en sentido estricto, aumenta y difunde la propiedad o la concentra, promueve la creación (como parece ser una de sus características históricas) o la rutina, etc.

Otra cuestión altamente significativa es la de la *audiencia* que se brinda a los destinatarios de la ciencia, cuestión ésta que ya conecta con la de su relación con la *democracia* y con el *consentimiento informado*. La crisis de la confianza ciega en la bondad de la ciencia va acompañada de la urgencia en complementar el principio «de *beneficencia*», extendido en mucho desde la medicina a todo el obrar científico, con el de *autonomía* de los interesados.

Importa apreciar quiénes *planifican* la ciencia, en un tiempo en que la planificación es tan importante, pero a su vez hay que reconocer el grado de *razonabilidad* y de ejemplaridad con que cuenta la ciencia en el resto de la sociedad, aspecto éste en que países como el nuestro tienen respuestas relativamente pobres. La limitada *tradición científica* de nuestro país y nuestra *dependencia* son factores que se relacionan, en recíprocas influencias, con la limitada razonabilidad que posee la ciencia. En áreas como la ciencia jurídica, esto se ve incrementado por factores di-

5. Palas Atenea era diosa de las ciencias y la verdad.
6. En general, es posible v. por ej. nuestros estudios «Meditaciones acerca de la ciencia jurídica», en «Revista de la Facultad de Derecho» de la Universidad Nacional de Rosario, Nos. 2/3, págs. 89 y ss. y «Reflexiones sobre Derecho, educación y ciencia», en «Zeus», t. 29, págs. D.175 y ss.

versos como la vinculación del saber jurídico con el poder y con la representación «parcial» de los abogados y la competencia salarial con la magistratura y la administración de alto nivel.

Es importante reconocer cuáles son los *valores* que se pretenden con la ciencia. Su tradicional referencia a la verdad es hoy absorbida de manera abrumadora, como sucede con el resto de la cultura postmoderna, por la *utilidad*. Esto pone en crisis también a otras referencias axiológicas de áreas particulares, como la remisión de la ciencia médica a la salud o la de la ciencia jurídica a la justicia. Sin embargo, siendo la ciencia un fenómeno también interhumano debe tener respuestas justas y, por ser al fin una expresión de nuestra vida, ha de ser, según creemos, al fin «*humanista*». La utilidad es un valor de perspectiva relativamente «corta»; la verdad, la justicia y la humanidad pueden brindar enfoques mucho más largos.

5. Para desarrollar la ciencia y su ética son necesarias actividades múltiples, que a nuestro parecer incluyen el replanteo de la *educación* en todos sus niveles, con miras a evitar los perjuicios que se producen en las aptitudes mentales por el predominio de la información y la memoria sobre la *formación* y la *inteligencia*; la *promoción múltiple* de las investigaciones, superando el avasallante imperio de las fuerzas económicas; la *protección de los investigadores*⁷; la actividad de las Universidades y las asociaciones científicas, etc.

6. A nuestro parecer, en el desenvolvimiento de la ética de la ciencia cabe un lugar destacado a las Universidades, y en especial a las *Universidades estatales*. El despliegue de la ética de la ciencia se enriquece cuando puede contar con otros impulsos análogos, como es el que están en condiciones de brindar las Universidades⁸.

La institución universitaria nació en la Edad Media, con caracteres profesionales (Bolonia - Derecho) o doctrinarios (París - Filosofía, Retórica, Teología)⁹. Aunque las relaciones de la Universidad con la ciencia de la Edad Moderna no fueron fáciles, se formó, sobre todo en la Alemania del siglo XIX, el nuevo modelo de la

7. Cabe c. nuestro artículo «Derecho de la Ciencia y protección del investigador», en «Jurisprudencia Argentina», t. 1992-III, págs. 851 y ss.
8. La ciencia y la Universidad tienen profundas raíces occidentales comunes, nutritas sobre todo de los elementos griegos y romanos de nuestra cultura.
9. Es posible v. por ej. nuestros estudios «Perspectivas históricas universitarias», en «Investigación...» cit., Nº 21, págs. 43 y ss.; «Notas sobre la investigación científica universitaria», «Investigación ...» cit., Nº 28, págs. 71 y ss.

Universidad científica. Hoy puede decirse que la Universidad es una idea compleja, que abarca *docencia, profesión, ciencia y extensión*.

En la Edad Media, la ética universitaria contó a su vez con el refuerzo de las eticidades del *Imperio* y la *Iglesia*. Hoy el capitalismo brinda, en algunos ámbitos, la posibilidad de refuerzo por la ética de la *economía*. Sin embargo, si las vinculaciones de la ética científica con el Estado y la Iglesia no fueron fáciles, hoy tampoco lo son sus relaciones con las empresas¹⁰.

La inserción de la ciencia en la Universidad aporta las relaciones tensas pero enriquecedoras con la docencia, la profesión y la extensión, y esa contribución es más significativa, para equilibrar la cultura postmoderna, cuando se trata de la Universidad estatal. Sin desconocer los riesgos de la política de comité y de barricada, que a veces se desenvuelve en las Universidades estatales, creemos que su participación tiene particular jerarquía para superar las limitaciones en la búsqueda de la verdad que pueden producirse en las instituciones religiosas y económicas¹¹.

7. Sobre todo a través de la cultura occidental, el hombre, es un ser «con ciencia». Para que siga siendo hombre de la manera más plena posible, necesita la *ética de la ciencia*.

10. Lo expuesto no significa desconocer el con frecuencia muy valioso *mecenazgo universitario*, particularmente relevante en los ámbitos anglosajones.

11. La calificación de las Universidades estatales para participar en la investigación científica puede servir también para comprender en general la presencia del Estado en esta actividad.

EL CONFORMISMO DE LA SOCIEDAD ACTUAL

ADA LATTUCA (*)

En un artículo publicado en la Revista Jurídica de la provincia de Buenos Aires hace casi tres décadas, el excelente y fecundo Maestro Werner Goldschmidt brinda en escuetas páginas un profundo análisis acerca de la actitud de conformismo o no conformismo que asumen las sociedades en su complejo devenir histórico. En él, concluye expresando la conducta no conformista de la sociedad de la cual fue contemporáneo¹.

Goldschmidt señala, a través de un amplio conocimiento histórico, el quebrantamiento de la felicidad en la vida societaria producido por las verdaderas calamidades y las conductas calamitosas². Dentro de las primeras ubica a las producidas por causas naturales (terremotos, epidemias, sequías, incendios, etc) y las culturales que pueden ser de raíz económica -sociales y políticas (hambre, desempleo, inflación, esclavitud, discriminación, etc.).

Las conductas calamitosas son las que realiza o deja de realizar un individuo contra otros o respecto del gobierno provocando un perjuicio injusto. Así como, las conductas injustas que comete el gobierno frente a sus gobernados³.

(*). Investigadora del CIUNR. Profesora de la Facultad de Derecho, UNR

1. El artículo mencionado fue reproducido bajo el título, "La sociedad contemporánea: su no conformismo y su relación con la justicia", en el libro de su autoría Justicia y Verdad (Derecho y Filosofía), Buenos Aires, La Ley, 1978.
2. Goldschmidt define las primeras a los obstáculos de índole general y las segundas conformarían las amenazas entre determinadas personas.
3. GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit, pág., 499.

Respuesta de las sociedades

La sociedad ha respondido a las calamidades con distinto signo. Durante muchos años el conformismo ante los hechos producidos por la naturaleza distinguió a los pueblos y les permitió hallar vías de explicación y resignación atribuyéndolas al incorrecto comportamiento de sus habitantes, al humor de la divinidad ocasional, etc. Así, este conformismo les otorgaba un margen de seguridad ante hechos incontrolables.

En una época de ciencias exclusivamente teóricas, en la que se carecía de una aplicación a la realidad, y que a imagen y semejanza de las matemáticas se referían a entes ideales, la explicación de soberanas deidades que gobernaban el mundo y hacían presa a los individuos de sus designios, encontró el más amplio eco.

En cuanto a las calamidades culturales es preciso señalar que la situación es similar en cuanto a las ciencias lo que ocurrió con las de la naturaleza, faltaban las ciencias teórico-prácticas. Ni la ciencia de la economía, sociología, jurídica o política habían arraigado como tales y el conformismo se originaba al hilo del interés de los poderosos.

En cuanto a las conductas calamitosas cabe decir que no hubo conformismo en el supuesto de la acción de un individuo contra otro o por un individuo contra el gobierno, puesto que éste actuaba para preservar el orden o desterrar situaciones sediciosas. Esto es, que no existió el conformismo. Mientras, que en el caso de actuar el gobierno contra los individuos, no obstante la esporádica reacción de éstos, la regla general fue la de soportar los agravios y ultrajes cometidos contra sus personas. "El rey bueno se ha de amar, el malo se ha de sufrir". Temperamento acentuado bajo la doctrina del derecho divino de los reyes, puesto que el gobernante debía sólo rendir cuenta a quien le había otorgado el poder. De allí, el conformismo de los súbditos.

El no conformismo de la sociedad contemporánea

Goldschmidt analiza magistralmente las causas del no conformismo merced a la aportación de conocimientos, a partir del siglo XVII, la apertura de una ciencia que dejó o abandonó sus márgenes puramente teóricos y se convirtió en antecedente inagotable de avances que modificaron substancialmente el derecho, la economía, la medicina, la sociología y la política. En Europa occidental y en los Estados Unidos de América, se manifestaban índices elocuentes de progreso, el mundo se achi-

caba merced a las comunicaciones marítimas y terrestres, el intercambio comercial cobró índices impensables, se extendió la expectativa de vida, las fábricas incrementaron la producción a gran escala y el proletariado se insertó en el complejo mundo como un nuevo y trascendente sector social⁴.

Estos adelantos de las ciencias de la naturaleza dieron marco también a las ciencias de la cultura que asumen nuevas formas para luchar contra las calamidades culturales. “La ciencia económica nace con Adam Smith y David Ricardo. La Sociología se debe a Augusto Comte. La ciencia política gira en torno del sistema demo-liberal expuesto por John Locke. La economía planificada intenta evitar la crisis de coyuntura, la inflación. El seguro social aspira a proteger a los asalariados contra las consecuencias económicas de la enfermedad, de la muerte del cabeza de familia, de la lactancia, de la vejez, etcétera. El régimen demo-liberal intenta impedir las revoluciones, las guerras civiles, las tiranías con todas sus terribles secuelas”⁵.

Es así, mediante la combinación de estos adelantos que el hombre no estará dispuesto a soportar tipo alguno de calamidad. Sin desconocer que pueden surgir ciertas desgracias, su fe, su confianza en el hombre lo lleva al convencimiento de poder dominarlas o regularlas, y con ello eliminar o al menos morigerar los efectos que pudieran tener sobre la humanidad.

La sociedad actual

En los tiempos presentes, las calamidades naturales en su mayor parte se pueden prever con bastante acierto y nuevas técnicas permiten que ante el grave estallido de las erupciones volcánicas se canalice el curso de los torrentes de lava para impedir sus efectos catastróficos sobre las poblaciones. Un sistema de radares de alta complejidad escudriñan el espacio ordenando el tráfico aéreo, anuncian el estado del tiempo e investigan la incursión de probables intentos belicistas. La enorme cantidad de satélites que giran en torno de la Tierra agudizó y perfeccionó el sistema de seguridad universal y comunicó a lejanos puntos del planeta a minutos de distancia. Desde nuestros hogares podemos informarnos sobre todas las cuestiones que operan en el mundo en cuestión de segundos.

La expectativa de vida se extendió a los 75 años, el mapeo genético ayudará a

4. Con tanta razón Aristóteles expresó que la esclavitud desaparecería de la faz de la tierra cuando la aguja o la lanzadera corriese por sí misma sobre el telar.
5. GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág., 504.

descubrir la predisposición de cada ser respecto de las enfermedades, y al parecer los estudios están muy adelantados en la lucha contra el terrible flagelo del SIDA.

Los derechos humanos integran un espacio de atención preferencial en las agendas mundiales. La protección a la mujer, al niño, al anciano figura como tema prioritario en los órganos legislativos, la plataforma de los partidos políticos, y ocupa una abundante bibliografía sobre la cuestión. También el medio ambiente se protege a través de poderosas organizaciones oficiales y no gubernamentales, tratando de ejecutar el justiciero principio de “quien destruye paga”.

En fin, este hombre que, muy probablemente, se está convirtiendo en el *súper hombre* llegará, investigación de la ingeniería genética mediante, a convertirse en el “fabricante de hombres”.

Es por ello, que en esta dorada actualidad de una fe en el progreso sin límites, en la tecnología, en los incommensurables caminos abiertos por la informática, al parecer debiera originar una sociedad no conformista. Dispone del utilaje imprescindible para enfrentarse con el mayor de los éxitos sea a las calamidades de la naturaleza, a las culturales y a las conductas calamitosas.

Sin embargo, a poco que nos asomemos al escenario mundial advertimos con pesar y asombro, la pequeñez del hombre, la desprotección generalizada de la humanidad. La sumisión ante hechos que la vulneran⁶.

La pobreza acuciante de un enorme sector de ella bajo todas sus sofisticadas categorías, la discriminación y marginalidad cada vez más extendida a franjas enormes de sus habitantes es una realidad irrefutable.

La explosión cibernetica coloca a individuos contra sus semejantes a gobiernos contra gobiernos. El individuo ha perdido el derecho a su privacidad. Su intimidad se encuentra así atacada persistentemente por mensajes, noticias, ofrecimientos depositados en su escritorio. Los cielos se hallan ocupados por miles de satélites que supervisan y estudian los fenómenos meteorológicos y agilizan las comunicaciones, así como se introducen subrepticiamente en los secretos guardados celosamente por los gobiernos. No asusta ya un conflicto bélico, con armas convencionales o no, sino las consecuencias nefastas que para toda la humanidad irrogaría una guerra cibernetica⁷.

6. Puede verse, “Desigualdad y Exclusión. Desafíos para la política social en la Argentina de fin de siglo”, 2da. ed. MINUJIN,, Alberto, (editor), Buenos Aires, UNICEF/LOSADA, 1996.
7. Las posibilidades de desatar un caos son prácticamente ilimitadas y la vulnerabilidad seguramente aumentará. Ya no será necesario matar a un político o a personas indiscriminadamente, puesto que un ataque a través de una comutación electrónica arrojaría resultados más positivos y duraderos. Ver, LAQUEUR, Walter, “El terrorismo posmoderno”, en “Archivos del presente”, nº9, Buenos Aires, Fundación Foro del Sur, 1997, pág. 37 a 49.

La paz y la seguridad de los pueblos se hallan formalmente resguardadas por organismos militares y por una cromática conjunción de cascos internacionales que devienen, en no pocas ocasiones, recursos débiles o inoperantes.

Una extendida red de instituciones tiene a su cargo la supervisión y cumplimiento de los postulados democráticos -en especial en países "emergentes"-. Sin embargo de ello, se suceden los golpes de estado, los abusos incontrolados de poder, o los actos eleccionarios amañados. La corrupción por extendida e inimputable ha dejado de asombrar al género humano. La lentitud y parcialidad de la praxis judicial produce un acentuado descrédito en los recipientes y alimenta la búsqueda de un poder supletorio en los programas televisivos⁸.

La desocupación, la sub ocupación y los parados, meros artilugios idiomáticos utilizados para categorizar a las altas proporciones de desesperanzados, indican el panorama de pobreza, de indigencia, que transita por el planeta.

Esto es, que en el mundo actual, las verdaderas calamidades cuanto las conductas calamitosas atrapan y desorientan a un hombre privado de echar mano a los referentes escatológicos que le aportaban una dosis de resignación. Además, se encuentra en un universo donde al parecer la irrupción de los avances le augura una estadía de confort y seguridad en el cosmos que habita. Aunque el acceso a tales beneficios compete a un restringido porcentaje de la población mundial. Todo ello, comporta para el hombre un grado de confusión, de desorientación y de caos al no advertir cuáles son los parámetros teleológicos que puede impulsar para su vida y la de sus descendientes.

Ocurre, sin embargo, que por debajo de esta compleja y por momentos inexplicable diversidad, de lo opuesto y contradictorio, subyace una sólida, uniforme e incombustible estructura de fabulosos capitales, empresas, holding, que monitorean al mundo, lo dirigen y encausan con el más agudo objetivo utilitario en los que la humanidad está desterrada⁹. Y el hombre padece, calla, se resigna.

Si bien el conformismo con las calamidades naturales -dirá Goldschmidt- se fundaba en el hecho de la impotencia por eliminarlas, el conformismo con las cala-

8. El estado de asfixia que nos ocasiona la corrupción, deriva muy probablemente del relativismo peligroso que rige las relaciones de las actuales sociedades con las leyes, pero también de la certeza de que en nuestra sociedad, la exhibición y el lujo rumboso continúa siendo una verdadera carta de presentación que no requiere averiguación ni condena.
9. Durante las próximas décadas la interacción de una inmensa red de capitales se tornará más intensa, más importante, más complicada. Ver GARTEN, Jeffrey E. "Estados Unidos y el Mundo. Presiones políticas y comerciales", en "Contribuciones....", cit., pág. 97 a 113

midades culturales arraiga en el interés de los poderosos cuya economía se basaba en la esclavitud¹⁰. Cabría reflexionar, si las palabras del gran maestro son válidas para aplicarlas a la sociedad actual.

Goldschmidt concluye su artículo expresando, que es menester aceptar la doctrina objetiva de la justicia que somete a la valoración dikelógica todas las adjudicaciones de potencia y de impotencia, sean distribuciones, sean repartos. Injusta es una inundación, injusta es una epidemia, injusta es la irrupción de un volcán, injusta es la miseria, injusta es la inflación, injusta es la guerra. Injusto es el tormento, injusto es el secuestro, injusto es el asesinato. En otras palabras, tanto las calamidades ora naturales, ora culturales, como las conductas calamitosas son injustas porque obstruyen el desarrollo libre de los derechos humanos. Todo cuanto se relaciona con el deterioro o el fomento de los derechos humanos es, por ende, injusto o justo¹¹.

10. GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pág., 501

11. Idem, pág., 506-07.

EL PROYECTO EUROPEO SOBRE LEY APPLICABLE A OBLIGACIONES EXTRAContractUALES

ALEJANDRO ALDO MENICOCCI

A la memoria de Werner GOLDSCHMIDT, a noventa años de su nacimiento. Rosario, 9 de febrero de 2000

1. Introducción

No es ocioso destacar el peculiar tratamiento que las obligaciones extracontractuales tienen dentro de la Unión Europea. Por un lado, el sector continental bajo la influencia de Savigny¹ se inclina mayormente hacia al predominio de las conexiones rígidas fundado en la existencia de un asiento o “sede” del caso determinable en abstracto²,

1. SAVIGNY, Federico Carlos de, “Sistema de Derecho Romano Actual”, trad. del alemán por Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, 1878.
2. V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia”, 8a. ed., Bs. As., Lepalma, p 168 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, F.I.J., 1997; BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, 2^a ed., Bs. As., Depalma, 1983, I, p. 79 y ss.; CHAVARRI, Angel, “Derecho Civil Internacional Argentino – Contribución al estudio de la reforma del Código”, Bs. As., Talleres Gráficos Argentinos I.J. Rosso, 1935, p. 7 y ss.; V. t. MAIER, Pierre, “Droit international privé”, 5e. édition, Paris, Montchrestien, 1994, p. 81 y passim; LOUSSOUARN, Yvon BOUREL, Pierre, “Droit international privé”, 4e édition, Paris, Dalloz, 1993, p. 240 y passim; MOSCONI, Franco, “Diritto Internazionale Privato e Procesuale - Parte Generale e Contratti”, Torino, UTET, 1996, p. 71 y passim; GONZALEZ CAMPOS, Julio D. (DIR), “Derecho internacional privado - Parte especial”, 6^a ed., Madrid, Eurolex, 1995, p. 209 y ss.

mientras que el derecho anglosajón adopta³ –si bien con alguna mitigación relativamente nueva-⁴ el criterio de la doble accionabilidad (un hecho ilícito, para ser considerado como tal y por ende, dar lugar a reparación, debe ser calificado como tal por la “*lex loci delicti*” como por la “*lex fori*”⁵). No puede olvidarse (sobre todo, considerándose la conexión empleada en el proyecto) que el derecho norteamericano aplica, en general, la ley que mantiene con el caso los lazos más estrechos⁶.

El Grupo europeo de derecho internacional privado en su octava reunión de Luxemburgo del 25 al 27 de setiembre de 1998⁷ ha adoptado un proyecto de convención sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales. Este proyecto se suma a la Convención de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales y tiene por objeto armonizar el tratamiento dado a las obligaciones nacidas sin convención.

En las líneas que siguen analizaremos sus características principales.

2. Ambito de aplicación

2.1. Ambito de aplicación espacial

La convención se aplica por todos los estados contratantes –ámbito espacial activo- y tiene carácter universal, esto es, se aplica aún si la ley indicada como aplica-

3. CHESIRE & NORTH'S, “Private International Law”, 12th. ed., London, Butterworths, 1992; SMITH, Raymond, “Conflict of Laws”, Cavendish, 1993, p. 155 y passim. Tal es la conclusión de Phillips v. Eyre (1870), LR 6 QB 1: “As a general rule, in orden to found a suit in England, for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England. Secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done”.
4. Judicial Committee of the Privy Council, July 18 th, 1994, The Times, July 21st, 1994; V. MENICOCCI, Alejandro A - SOARES DAS SILVA, Mónica, “Mitigación del alcance de la regla de doble accionabilidad en los hechos ilícitos cometidos en el extranjero en el derecho internacional privado inglés”; DYE, No1/2, Universidad Austral, Rosario, 1994, p. 81 y ss.
5. CHESIRE and NORTH'S, cit. ..., p. 533.
6. SCOLES, Eugene F. - HAY, Peter, “Conflict of Laws”, 2nd. ed., St. Paul, MN, West Publishing Co, 1992, p. 568; WEINTRAUB, Russell J., “Commentary on the Conflict of Laws”, 3rd. ed., Mineola, NY, The Foundation Press, 1986, p 281; P.v.t. GREGORY, Charles O. - KALVEN, Harry (Jr.), “Cases and Materials on Torts”, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 1969.
7. “Revue critique de droit international privé”, 87 (4), octubre-décembre 1998, p. 802 y ss.

ble por la convención es la ley de un país no contratante –ámbito espacial pasivo-. Se sigue así la tendencia europea⁸ de evitar un disímil tratamiento según el caso tenga su asiento en un estado contratante o no contratante⁹. Reemplaza de esta manera el derecho vigente en el caso de aplicación de tales normas a casos mixtos.

Cuando el estado cuya ley se declare aplicable se integre con más de una unidad territorial con legislación propia, cada unidad territorial será considerada como un estado independiente a los fines de determinación de la ley aplicable (17).

La Convención no resulta aplicable a los conflictos de carácter intraestatal, aún cuando las distintas unidades territoriales posean una legislación propia e independiente (17.2).

2.2. Ambito de aplicación temporal

El tratado comienza a regir desde la ratificación que de él hiciera el Estado (ámbito temporal activo) y sólo a los casos que se hubieran producido o amenazan con producirse luego de la ratificación para dicho Estado (ámbito temporal pasivo) (art. 15). Se evita, de tal suerte, la aplicación retroactiva o inmediata del tratado a hechos sobrevenidos con anterioridad a su entrada en vigor¹⁰.

2.3. Ambito de aplicación material

El proyecto se aplica a las obligaciones no contractuales (art. 1.1.), las que, si

8. V. gr., al igual que la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma, 1980, V., por ej., José Carlos Fernández Rozas (ed.), “Derecho del Comercio Internacional”, Madrid, Eurolex, 1996, p. 275 y ss.
9. Se evitan así las dudas que surgen en el momento de considerar aplicable una u otra fuente, como por ejemplo, en Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Sobre tratados universales y comunes, v. Werner Goldschmidt, Derecho..., p. 29. *“Los tratados de Montevideo son tratados comunes y no constituyen tratados universales. Esto significa que los mencionados tratados no sólo se aplican exclusivamente por los países para los que rigen sino que también sólo se aplican a casos procedentes de países en los que rigen; si los tratados, en cambio, fuesen universales, si bien evidentemente también sólo fuesen aplicados por los países para los que rigen, hallarían aplicación a cualesquiera casos cualquiera fuera el país del que procediesen”.*
10. Lo que demuestra el acierto de la opinión de Goldschmidt en la autonomía del derecho transitorio del DIPr. (de resultas de lo cual no resulta aplicable, v.g., el art. 3 del Código Civil). Goldschmidt, Op. cit., p. 63. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 28) dispone en igual sentido.

bien no se califican en forma autárquica, pueden conceptualizarse por exclusión de las excepciones enumeradas en el art. 1.2. En efecto, el convenio no se aplica:

- a) a las obligaciones no contractuales derivadas de relaciones de familia o análogas, en la medida en que éstas estén reguladas en forma específica;
- b) a la responsabilidad legal de los socios, de los órganos y de las personas encargadas del control legal de los documentos contables, por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica;
- c) a la responsabilidad derivada del ejercicio del poder público;
- d) a la responsabilidad por daños derivados de la energía nuclear.

La Convención resulta también excluida por las disposiciones del Derecho Comunitario o las legislaciones de la Unión que armonizan las normas aplicables a las obligaciones extracontractuales (art. 18).

3. Ley aplicable - La conexión flexible

La convención utiliza un punto de conexión flexible: “la obligación no contractual derivada de un hecho dañoso se rige por la ley del país con el cual ella presenta los lazos más estrechos” (art. 3.1.).

Se adicionan sin embargo algunas presunciones que califican, en cierto modo, los lazos a tener en cuenta. Al igual que en la Convención de Roma sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, el derecho europeo equilibra la proposición abstracta de “lazos más estrechos” con una ejemplificativa casuística¹¹.

- a) Si el autor del ilícito reside habitualmente en el mismo país que la víctima en el momento del hecho, se aplica la ley del país de la residencia común (art. 3.2.)
 - b) Si la residencia habitual del autor del hecho y la víctima no es común, se aplica la ley del país donde se produjo o amenazan producirse el hecho generador y el daño (art. 3.3).
11. Resulta interesante ver como el derecho de países mayor estabilidad que el latinoamericano, en general, ha partido de las conexiones rígidas hacia las conexiones, flexibles y sin embargo, no otorga a los jueces el poder discrecional ilimitado, puesto que los criterios de conexión flexibles están calificados en la convención. El fenómeno de descripción casuística fue, lamentablemente, abandonado en la CIDIP V sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales (pareciera ser que los jueces latinoamericanos no requieren de las precisiones legislativas del derecho europeo y pueden facilmente saltar de la rigidez a la flexibilidad sin límites).

- c) Las dos presunciones anteriores deben dejarse de lado cuando del conjunto de las circunstancias la obligación tiene lazos más estrechos con otro país (art. 3.4.).
- d) Al apreciarse los lazos más estrechos, se podrá tener en cuenta una relación preexistente entre las partes (art. 3.5.).

4. Las calificaciones de las presunciones

La convención define como “presunciones especiales” para determinar la ley aplicable a ciertos tipos de hechos ilícitos (art. 4).

Así, en los hechos contra la vida privada o difamación, se presume que la obligación tiene la vinculación más estrecha en el estado donde la víctima tiene su residencia habitual al momento del hecho dañoso (art. 4.1.).

En los casos de concurrencia desleal o de práctica comercial restrictiva, la localización se efectúa en el estado donde el mercado está siendo alterado por el hecho dañoso (art. 4.2.).

En los daños causados a una persona o sus bienes como resultado de un atentado al medio ambiente, la conexión se establece con el territorio de aquel estado donde el daño se produjo o amenaza con producirse (art. 4.c).

5. Extensión del derecho aplicable

La ley aplicable rige prácticamente todos los aspectos del acto ilícito. Se extiende no sólo a los elementos de fondo relacionados con la obligación sino además con indisolubles aspectos procesales derivados de aquella.

Dentro de los primeros, comprende las condiciones y extensión de la responsabilidad, como así también las personas a quienes puede imputárseles la obligación por los actos cometidos (art. 5.1); los legitimados para el resarcimiento (art. 5.7.); las causas de exoneración y la total limitación de responsabilidad (art. 5.2.) la existencia y naturaleza de la reparación (art. 5.3); la existencia y la naturaleza de los daños susceptibles de reparación como así también la evaluación del daño (arts. 5.3. y 5.5.); el alcance en función del cual el derecho a la reparación de la víctima puede ser ejercido por sus herederos (art. 5.6.); la responsabilidad por el hecho de un tercero (art. 5.8). La misma ley rige la prescripción y la caducidad por expiración de un plazo como también el punto de partida, interrupción y suspensión de dichos plazos (art. 5.9).

Dentro de las implicancias procesales, la ley aplicable determina a su vez –en los límites atribuidos al tribunal por la *lex fori*- aquellas medidas que el juez puede tomar para asegurar la prevención, la cesación del daño o su reparación (art. 5.4), la carga de la prueba y las presunciones legales (art. 5.10).

La ley aplicable rige también la procedencia de la acción directa de la víctima contra el asegurador (art. 6.1); sin embargo, la acción podrá ser igualmente ejercida si, en defecto de previsión de la ley aplicable al hecho ilícito, esta última es procedente por la ley aplicable al contrato de seguro (art. 6.2).

6. Obligaciones derivadas de cuasidelitos

Bajo este título la convención se ocupa de las obligaciones derivadas de hechos que no constituyen ilícitos propiamente dichos. Bástenos en este tópico recordar las divergencias entre el derecho alemán (que elaboró la parte principal de la responsabilidad precontractual) y el derecho inglés (que la desconoce). En este orden de ideas, la Convención reitera el punto de conexión flexible (se aplicará la ley del país con la cual la relación presente sus lazos más estrechos).

Se utilizan, igualmente, las calificaciones especiales:

- 1.1. Cuando la obligación no contractual va unida a una relación preexistente o prevista por las partes, se presume que esa obligación presenta los lazos más estrechos con el país cuyo derecho rige o regía esa relación (7.2).
- 1.2. La obligación por enriquecimiento sin causa presenta sus lazos más estrechos con el país allí donde el enriquecimiento se produjo (7.3).
- 1.3. La obligación por gestión de negocios ajenos presenta los lazos más estrechos con el país donde el gestor de negocios tiene su residencia habitual al momento de la gestión (7.4).
- 1.4. Si la gestión se llevó a cabo en salvaguarda de una persona o de un bien determinado, se presume que tiene los lazos más estrechos con la residencia habitual o la situación del bien al momento de la gestión.

Todas estas presunciones pueden ser dejadas de lado si del conjunto de las circunstancias resulta que la obligación presenta los lazos más estrechos con otro país.

7. Autonomía de las partes

Las partes pueden –obviamente, con posterioridad al hecho, elegir la ley apli-

cable a la obligación extracontractual-¹², si es que ello no afecta derechos de terceros (art. 8). En realidad, la autonomía de las partes se lleva a cabo generalmente en forma tácita: la parte actora demanda en foro competente y efectúa sus alegaciones de conformidad al derecho del foro, haciendo lo mismo la demandada en el respondé: en tales circunstancias, no corresponde a los jueces terciar eligiendo otro derecho, ya que la cuestión versa sobre materia disponible¹³.

8. Leyes imperativas y orden público

Contempla la Convención la aplicación de leyes de policía (imperativas o de aplicación inmediata). En este caso se distingue entre la aplicación de las leyes de policía del derecho declarado aplicable -*lex causae*- y las normas imperativas de la "*lex fori*". En el primero, la aplicación de las normas imperativas es discrecional, debiendo el juez aplicarlas o no, previendo las consecuencias de ello. En el segundo caso, la existencia de la Convención no empece la aplicación de las leyes de policía de la *lex fori* (9).

Una solución análoga a la de este último párrafo se da con respecto al orden público (art. 14).

9. Incidencia de las normas de seguridad y de comportamiento

Cualquiera sea la ley aplicable debe tenerse en cuenta, en el momento de determinarse la obligación, las reglas de seguridad y comportamiento vigentes en el momento y lugar de producción del hecho dañoso o del hecho generador de la obligación (art. 10).

- 12. NYGH, Peter, "The reasonable expectations of the Parties to the Choice of Law in Contract and in Tort", Academia de Derecho Internacional de la Haya, Curso de verano (1995).
- 13. V. RICHMAN, William M., REYNOLDS, William L., "Understanding conflict of laws", 2nd. ed., Matthew Bender, 1993, p. 249. En forma concluyente, v. la s. de la CNCiv., sala I, 14.04.98, Rivas Cordero, Santiago c. Natanson, Jorge Gustavo s. Daños y perjuicios, ED 11.06.99. Sin una convincente fundamentación normativa, la sentencia señalada destacó la imposibilidad de elección en esta materia.

10. Subrogación

La ley aplicable a la obligación del tercero que ha desinteresado al acreedor de una obligación extracontractual determina la existencia y alcances de la acción subrogatoria del tercero contra el deudor de la obligación (art. 11), sea el tercero subrogante una o varias personas.

11. Calificaciones

Para las personas jurídicas, la sede de la administración equivale a residencia habitual (art. 12.1). Cuando el hecho generador de la obligación o el daño son consecuencia del ejercicio de una actividad profesional, el establecimiento profesional equivale a residencia habitual (art. 12.2). Habiendo pluralidad de establecimientos, aquel donde el hecho dañoso ha sido cometido o sufrido equivale a residencia habitual.

12. Exclusión de reenvío.

Al igual que su par de derecho aplicable a las obligaciones contractuales, se entiende por “ley aplicable” el derecho vigente con exclusión de sus normas de derecho internacional privado¹⁴. La solución –si bien desde el punto de vista axiológico parece desacertada- suele justificarse por razones de orden práctico¹⁵.

13. Interpretación uniforme

La Convención repite, en materia de hermenéutica y aplicación, una solución análoga a la disposición del art. 7.1. de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. “*A los fines de interpretación y aplicación de las reglas uniformes que preceden, será tenido en cuenta su carácter internacional y la oportunidad de llegar a la uniformidad en la ma-*

14. Se evita de esta forma la solución de nuestra jurisprudencia en el caso *Larangueira, J.A., IV*, p. 253 y ss.

15. V. El proyecto de L. VIII al Código Civil Argentino, que repite análoga solución.

nera en que ellas son interpretadas y aplicadas”¹⁶. Se trata de evitar que criterios domésticos del funcionamiento de la norma traicionen la finalidad perseguida por la legislación universal. Para ello establece la competencia de la Corte de Justicia de la Comunidad para interpretar la Convención (art. 16).

14. Algunas conclusiones

Hace diez años¹⁷, la mayoría de la doctrina nacional se pronunciaba en favor de una revisión del derecho internacional privado argentino en materia de hechos ilícitos. Por un lado, las rígidas conexiones de “lugar donde el hecho se produjo” de los artículos 43 de los Tratados de Derecho Civil de Montevideo (1889/1940) y su análogo artículo 8 del Código Civil Argentino, merecen ser revisados, “... *especialmente por el acelerado proceso de integración mundial y el desplazamiento de personas y productos susceptibles de causar daños mayormente vinculados con otros derechos que el del lugar de su comisión*”¹⁸.

La Convención sigue la tendencia de la conexión flexible: sin embargo, los “vínculos más estrechos” son calificados con un conjunto de presunciones que limitan por cierto la arbitrariedad judicial. El resto lo hace la cultura jurídica de la Unión Europea.

No dudamos que la conexión resulta ser mucho más atractiva: en lugar de estar averiguando y determinando con el rigor del DIPr. clásico la ley aplicable a la obligación extracontractual, el juez decidirá cuál es el derecho con el cual el hecho dañoso –y la consiguiente obligación de resarcir– presentan los vínculos más estrechos. Sin embargo, luego de esta afirmación teórica tan plausible, la cosa se complica a medida que avanzamos en sus consecuencias concretas. Para poner ello en evidencia, permítasenos recurrir a una experiencia personal.

En el verano de 1995, mientras asistíamos al curso de Derecho Internacional Privado de La Haya, íbamos en bicicleta con una joven de nacionalidad italiana y re-

- 16. COOK, V. Susanne, “The need for uniform interpretation of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, University of Pittsburgh Law Review, vol 50, (1988), p. 197.
- 17. X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y 4º Congreso Argentino de Derecho Internacional, Buenos Aires, 9 a 11 de noviembre de 1989.
- 18. MENICOCCI, op. cit., p. 88.

sidencia habitual en Alemania. Al aproximarnos a la entrada del palacio, nuestra bicicleta fue embestida de frente por un ciclista de nacionalidad india. La joven italiana sufrió algunas heridas leves. Al concurrir al curso, interrogamos a nuestros compañeros cuál era su opinión sobre el derecho aplicable al reclamo de la joven italiana, partiendo del abandono de conexiones rígidas (*"lex loci"*, *"lex fori"*, etcétera) en función de las “nuevas tendencias” de “la conexión más estrecha”. No sorprenderá decir que las conclusiones variaban entre todos los derechos posibles (germánico, italiano, holandés, y, finalmente, no faltaron aquellos que sostuvieron la necesidad de partir del derecho argentino y no desoir al derecho de la India, al menos, como de aplicación acumulativa).

Imaginemos la situación en nuestro país, donde frente a la falta de habitualidad en la aplicación de soluciones flexibles se cierne una general falta de credibilidad sobre la discrecionalidad del poder judicial¹⁹.

Conviene no olvidar que los fenómenos jurídicos foráneos deben ser comprendidos en su integridad, en el complejo de su significado cultural y reflexionar que, si Europa llega, a unificar su derecho en forma paulatina no es el fruto de una decisión política de sus pueblos sino, como decía Savigny, el producto de la maduración de un espíritu que, poco a poco, se vuelve común.

19. El tópico no es privativo de este trabajo, pero no puede menos que dejar de tomarse en cuenta para estudiar, en concreto, los límites de la recepción de un determinado sistema de soluciones. ¿Puede sin temores confiársele en forma general a la “libre discrecionalidad del poder judicial” argentino la determinación del lugar con el cual el hecho presente el vínculo más estrecho?

EL MERCOSUR JURÍDICO ENTRE LA GLOBALIZACIÓN Y LA REGIONALIZACIÓN

ALICIA MARIANA PERUGINI ZANETTI

I. Introducción

1. Uno de los problemas preocupantes en el MERCOSUR es el de la estrategia jurídica a adoptar de aquí en más, en orden a la solución de los problemas que surgen de las relaciones privadas internacionales¹. Puedo razonablemente partir del presupuesto de que es una preocupación compartida por la comunidad jurídica, habida cuenta que uno de los problemas de la integración es el de la armonización jurídica. Si bien las meditaciones que siguen se refieren principalmente a la búsqueda de temas esenciales para las relaciones privadas internacionales, éstas se encuentran íntimamente vinculadas a la dinámica propia de la globalización - dinámica compleja - de ahí que haya sido difícil sustraerse al enfoque de interrogantes que exceden lo privado.

2. La planificación o estrategia jurídica reconoce muchos obstáculos. El primero comienza con la delimitación del alcance de “lo jurídico”.

Desde luego el concepto será más o menos amplio según sea la perspectiva iusfilosófica desde la que se parta. Para los que consideran que lo “jurídico” se limita a la dimensión normológica, sólo las normas - cualquiera sea el objeto real mencionado - pertenecerían a lo jurídico. En cambio, la tarea de elaboración, precedida de las consideraciones de necesidad, conveniencia y oportunidad, pertenecerían al ámbito

1. Me referiré especialmente la referida a la competencia y actividad de la Reunión de Ministros de Justicia. La Reunión fue creada por Decisión del Consejo del Mercado Común por Decisión N° 8|91.

de la política legislativa. La valoración, por su parte, sea de la realidad, sea de las normas, quedaría excluida de lo “jurídico” por no ser susceptible de ser tratada científicamente. El positivismo jurídico ha penetrado en el lenguaje popular: a lo jurídico se lo contrapone a lo económico, lo social, lo educativo o lo político.

Otro es el alcance del tema para quienes comulgan con la tesis de que lo “jurídico” comprende la realidad, la norma y la justicia². El legislador parte de la realidad susceptible de ser valorada y del diálogo entre realidad y valor se produce la norma. El aplicador - sea juez, funcionario administrativo o notario - se enfrenta con la norma ya elaborada y la aplica a la realidad. Empero, puede apartarse de ella por injusta y elaborar una norma “ad hoc”. Desde esta perspectiva, la norma, para ser “jurídica”, ha de ser justa., cuando, en realidad, cada una de esas áreas pertenecen a sectores de la realidad: : lo jurídico - educativo, lo jurídico - económico, lo jurídico - social, lo jurídico - laboral, por ejemplo³, sin olvidarnos que todos ellos interactúan.

3. Ahora bien la realidad es casi inabarcable. En primer lugar, comprende aquellos problemas que hacen al ser humano - desde su concepción hasta su muerte - en su despliegue más amplio e íntimo. Comprende también lo producido por la naturaleza, el azar y las fuerzas humanas difusas. Los problemas originados en los desastres naturales, los de medio ambiente y la ecología, dan cuenta de ello. La amplitud de los objetos de referencia, obliga en el MERCOSUR ha seleccionarlo y acotarlo a un tema específico.

4. Por otra parte, si encaráramos el tema con cierto método, no podría dejarse de lado el hecho de que el MERCOSUR no está aislado, sino que como organización está inserta dentro de un sistema global y se relaciona, además, con otras regiones de semejantes características. Una estrategia jurídica no podría quedar ajena a las políticas de globalización o de regionalización de este fin de siglo.

2. Así, por ejemplo, lo entiende la teoría trialista del mundo jurídico, que parte de la concepción tridimensional del derecho. Ver GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al derecho”, 6^aed., 5^a.reimp., Bs.As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs.As., Depalma, 1976; “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad para”, en “El derecho”, t.126, ps.884 y ss; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, FIJ, 1986; “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, FIJ, 1998; “Lecciones de Teoría general del Derecho”, en “Investigación y docencia”, No.32, ps.33 y ss; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, FIJ, 1985; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, FIJ, 2000, ps.70 y ss.
3. En el MERCOSUR, cada uno de los ángulos jurídicos tiene un “órgano” que lo aborda. Encuentramos, por ejemplo, Reuniones de Ministros de Educación, de Economía y Presidentes de Bancos Centrales, de Trabajo, de agricultura, Cultura, Salud, Interior, Justicia, Foro Económico social, etc.

La situación del MERCOSUR con relación a la globalización y a otras regiones - Tratado de Libre Comercio (NAFTA), Unión Europea, Comunidad Andina, por ejemplo - y la complejidad de los problemas que se presentan, reclaman - de mínima - una estrategia jurídica de coordinación entre las diferentes organizaciones e instituciones. Pareciera el mejor camino para implementar un derecho que obedezca a criterios de justicia y armonía para el globo, las regiones y los Estados.

Es válido cuestionarse la tarea que le incumbirá a la Reunión de Ministros de Justicia⁴ para proyectar la armonización jurídica desde el escorzo de sus competencias porque resulta necesario enmarcar la proyección jurídica del MERCOSUR con la del resto del mundo y **evitar así la multiplicidad de fuentes que contribuye a crear aquello que pretende evitar: la inseguridad jurídica.**

II. La globalización⁵

5. El libre comercio global hace del mundo **un territorio único** para la *libre circulación de productos, servicios y capitales*. Producción y servicios están relacionados con la especialización y la tecnología y ambas con las ventajas comparativas.

Algunos mencionan el origen de la globalización en los Convenios de Bretton Woods (julio 1944). Todavía no había terminado la segunda guerra mundial, la sociedad de Naciones había fracasado y faltaba mucho para la creación de las Naciones Unidas. Los líderes económicos trataron de pergeñar el futuro del mundo con paz y prosperidad.⁶ En ese encuentro se crearon el Banco Mundial y el Fondo Mo-

4. La Reunión de Ministros de Justicia que, como se sabe, se ocupó, hasta la fecha, de este espacio legislativo en el MERCOSUR y privilegió los temas procesales internacionales, especialmente los que hacen a la jurisdicción y a la cooperación internacional. Así los Protocolos de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (protocolo de Las Leñas); de Jurisdicción Internacional en materia contractual (de Buenos Aires); de Medidas Cautelares (Ouro Preto); de Jurisdicción y derecho aplicable en materia de accidentes de tránsito (de San Luis); de Cooperación en materia penal; de Jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo; Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia jurisdiccional Civil, Comercial, Laboral y Administrativa; Acuerdo complementario al Protocolo de medidas cautelares.
5. Puede verse CIURO CALDANI, Miguel Ángel, «Comprendión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», «Investigación y docencia», No.27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996, ps.9 y ss.; «Una perspectiva bioética: vida y globalización», «Bioética y derecho», No.1, 1996, ps.43 y ss.
6. "The case against the global economy. Ad for a turn toward the local". Edited by Jerry Mander and Edward Goldsmith. 2 The failures of Bretton Woods, David C.Korten, pag. 20 y siguientes.

netario Internacional que tenían como función promover el crecimiento de la economía e interrelacionar el comercio del mundo. Se echaron las bases para el GATT, hoy OMC.

Otros van más allá y creen ver en la obra de David Ricardo su antecedente. Como se recordará el eminent autor propugna la especialización y por ende la división del trabajo. Que cada uno haga aquello que mejor sabe hacer. Demostró que con la especialización se aumenta la productividad pero, para ello, la tarea debe dividirse entre los especialistas. La teoría de la especialización y la división del trabajo se puede aplicar a una empresa o a los países. El aumento de la productividad reclama cada vez nuevos mercados. Supuestamente, este aumento traería como consecuencia el incremento del comercio, el pleno empleo y el acceso de todos los pueblos a todos los bienes de la tierra.

Con el fin de refrescar las nociones mínimas de la globalización, damos una breve referencia de sus pilares fundamentales.

a) La Libre Circulación

6. La libre circulación es un requerimiento de la especialización y del aumento de la productividad, pues, como se dijo, requiere nuevos mercados. La libre circulación en todo el planeta se logra principalmente con la reducción de las barreras arancelarias y para - arancelarias. La llave normológica clave para la multilateralización o globalización automática, es la cláusula de la nación más favorecida. Esta cláusula, convierte a todos los tratados en los que está inserta en tratados de "textura abierta" o tratados incompletos, en la medida que se complementa con lo obtenido con la nación más favorecida.

Se suele dar como subproductos de la supresión de toda protección y de la competencia global, el logro de mayor eficiencia, mejor calidad y más variedad en la oferta de productos y servicios, pleno empleo y acceso a todos los productos de la tierra.

b) Los Productos y los servicios

7. Otro efecto de la especialización es que los productos pueden ser manufacturados en forma acabada o por partes en cualquier parte del mundo.

La libre circulación de los bienes conlleva a la globalización de la tecnología, de ahí que el tema de la propiedad intelectual - especialmente en la forma de la llamada propiedad industrial - y los contratos de transferencia de tecnología tengan especial importancia.

c) El Trabajo.

8. El costo del trabajo pasa a ser una variable importante para el logro de las ventajas comparativas entre las empresas. Desde la perspectiva empresaria estas ventajas constituyen uno de los objetivos más caros de la globalización.

d) El Capital

9. El premio mayor de este proceso es el capital que se dirigirá a aquél país que le permita un mayor margen de ganancia, a menor riesgo. Las ventajas relacionadas con la circulación de productos y servicios y las circunstancias especiales del trabajo, lo atraerá o repelerá con su consiguiente efecto multiplicador en la economía de un país⁷.

e) La especialización.

10. Parte de las características de la implementación de la globalización radica en la especialización, llamada también división internacional del trabajo. Que cada país ofrezca al mundo aquello que mejor y a menos costo realice.

f) Efectos

Sin embargo, tal parece que la globalización no las tiene todas consigo.

11. Puede decirse que Bretton Woods tuvo éxito en la expansión del comercio mundial, pero, para muchos falló en sus propósitos.

En primer lugar porque la economía depende, en gran parte, de los bienes naturales - del ecosistema - y éstos son inelásticos. La tierra no puede responder totalmente a la economía de gran escala y los resultados hablan claramente de que se han traspasado los límites naturales. Suele mencionarse a la pérdida del suelo, recursos pesqueros, bosques, agua, la destrucción de la capa de ozono,

Tampoco puede decirse que trajo bienestar social pues el Informe sobre el Desarrollo Humano, elaborado en el marco del Programa para el Desarrollo de las Naciones Unidas (1992) arrojó como resultado que la brecha entre ricos y pobres se ahonda permanentemente: el 20% de las personas que viven en los países más ricos consume el 87% de los beneficios del mundo y el 20 % de los más pobres consume sólo el 1,4 % del total de los beneficios.

7. Acerca de los problemas de la globalización financiera, ver Conesa, Eduardo, “¿Qué pasa en la economía argentina?”, ed. Macchi, 2000.

12. Se dijo, incluso, que el mal no está en la economía de mercado en sí misma, sino que ésta necesita de los gobiernos para que equilibre el libre mercado y los intereses de la comunidad. Tal como está organizada la globalización hubo una transferencia de poder del gobierno a las corporaciones cuyo interés máximo es el de sus socios. Por otra parte resulta claro que los gobiernos no atinan a tener una política coherente: por una parte, se elaboran normas “antitrust” o de defensa de la competencia y por otra se anima a las empresas a concentrarse para ser más competitivas⁸. El interés global aparece, entonces, como el interés de los miembros de algunas corporaciones.

Objetivos, reglas, métodos, procedimientos y evaluación general, son de carácter económico.

13. A nadie escapa que todo este movimiento fomentará migraciones hacia regiones donde haya trabajo, en la medida que las políticas internas de estos estados las permitan.

14. La movilización de capitales - capital gitano - tiene las características de los vasos comunicantes: si en un país se invierte aumenta el empleo, en cambio, con el desguace de fábricas se aumenta el desempleo.

15. La especialización por países puede significar en la práctica el fin de las pequeñas y medianas empresas en la medida de que sean autosuficientes, es decir, que no sean proveedoras de otras, con el consiguiente aumento del desempleo: una gran corporación no puede absorber toda la mano de obra de un país, pero las pequeñas y medianas empresas, conjuntamente a las corporaciones, pueden lograrlo⁹. Se habla de que la globalización de la economía, a raíz de la división internacional del trabajo y la competencia tecnológica conlleva a la desestructuración de los sistemas productivos nacionales¹⁰. La fabricación de un producto - un automóvil - por ejemplo, puede realizarse en diferentes Estados. Desde una perspectiva global se distribuye el trabajo entre varios países. Esta perspectiva no beneficia necesariamente a

8. “The case against the global economy”, I.c., David C.Korten, pag. 25 y 26. El autor recuerda que según The Economist sólo cinco firmas controlan el 50 por ciento del mercado global en bienes de consumo durables, automóviles, aerolíneas, aeroespacial, componentes electrónicos, electricidad, bienes electrónicos y acero. Otras cinco firmas tienen el control del 40 % del planeta en materia de petróleo, P.Computer y medios de comunicación.

9. Sir James Goldsmith, “La Trampa”, de. Atlántida, Bs. As.,1995,pag. 41 y ss. .

10. Javier Villanueva, “Teoría y experiencia en la integración económica europea”, en “Realidades y Perspectivas del Mercosur”, Universidad Católica Argentina, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, pag. 15 y ss.

un estado aislado que sólo obtiene una mínima parte del total de la fabricación, con la consiguiente repercusión en el ámbito laboral¹¹.

En pocas pinceladas, se hace evidente que la globalización producirá efectos jurídicos, sociales, económicos, científicos y políticos.

III. Regionalización

16. Al multilateralismo amplio e indiscriminado de la globalización se contrapone el minilateralismo de la regionalización. El MERCOSUR forma parte de ese minilateralismo.

Un bloque está inspirado en una filosofía ofensiva y defensiva a la vez. Puede decirse que los Estados se agrupan para fortalecerse hacia adentro y protegerse hacia afuera. Desde esa perspectiva se habla de una preferencia regional.

Recordemos que muchos de los temas que son objeto de la Organización Mundial de Comercio - OMC - como la libre circulación de bienes, servicios y capital, la disminución drástica de los aranceles y las medidas para-arancelarias, constituyen también parte del objetivo de las regiones. Por esa razón, seguramente muchos de los problemas que trae aparejado la OMC serán comunes al MERCOSUR, aunque el ámbito de influencia - y de responsabilidad - en este último caso sea más limitado y relativamente controlable.

17. A las normas internacionales e interregionales debemos sumar las que tienen que elaborar los Estados que deben dar el marco normativo dentro del cual se desenvolverán estas políticas. Seguramente habrá algún sistema de políticas públicas mínimas de origen interno, que contemplen la especial situación del país con la flexibilidad que dan las cláusulas de salvaguardia, aunque es menester recordar que tanto la OMC como las diferentes regiones - éstas hacia adentro - en principio, rechazan todo proteccionismo.

IV. Relación entre la globalización y la regionalización¹²

Ante este complejo panorama surge un sinnúmero de interrogantes que constituyen todo un desafío cuando se trata de armonizar la globalización y la regionalización.

11. Los servicios tienen un tratamiento especial. Se destacan las comunicaciones, el transporte, los seguros, la actividad bancaria y el turismo.
12. Acerca de la internacionalidad, la integración y la globalización ver CIURO CALDANI, "El derecho Internacional Privado ante los procesos de integración", Rosario, FIJ, 1998, ps.11 y ss.

zación en orden a los aspectos jurídicos. La idea de la vinculación entre lo global y lo regional no es nueva y en un intento de conciliar el planeta y la región, se habla de “bloques abiertos”: el bloque disciplinaría paulatinamente las políticas abriendo camino hacia la globalización. Esta posición nos puede iluminar la senda hacia la armonización jurídica. Como toda respuesta depende de los interrogantes que se planteen, ensayaremos esbozar algunas cuestiones.

18. El primer problema es el de la *identificación y controlabilidad de los problemas que surgen* de la planificación global y de la regional¹³. Es interesante recordar aquí la tarea ciclópea de Felipe II resolviendo personalmente los problemas de las Indias, que eran tantos y tan vastos que sus decisiones demoraban siete años, incluido el costo temporal de la distancia. Desde luego las condiciones han cambiado sustancialmente con el adelanto en el transporte, con la facilidad de las comunicaciones y la excelente herramienta que es la informática.

No obstante, estas facilidades no pueden sustituir la relación directa *con la realidad y la porción de la realidad* a la que las políticas y las normas que acompañan a las políticas refieren. Una de las circunstancias internas que debilitó al régimen de la ex Unión Soviética fue la excesiva planificación centralizada desde Moscú, que resolvía situaciones económicas, sociales y políticas de lugares distantes como Letonia o Georgia. Y no puede decirse que no poseían transporte, comunicaciones o informática.

La identificación de los problemas nos lleva a otro: *¿ a quién corresponde la tarea y la responsabilidad de legislar?*. *¿Qué competencias legislativas corresponden al mundo, a la región y a los estados?*

19. Otro problema - definitorio, a mi parecer - se plantea con relación al árbitro de estas megapolíticas: *¿a quién compete encontrar el equilibrio entre los diferentes intereses en juego?*. Se trata de delimitar temas, competencias y solución de conflictos entre las competencias. El acierto en la interpretación de una buena obra musical está en la maestría de los intérpretes y ejecutantes. Pero resulta definitoria la dirección. Como en una sinfónica, en el mundo y en las regiones hay muchos instrumentos - sociales, laborales, científicos, tecnológicos, educativos, económicos, jurídicos -. Al igual que en la sinfónica se necesita un director de orquesta¹⁴.

13. Ver el artículo publicado en el diario “La Nación” del 19 de enero de 1999 titulado Equidad y Crecimiento, que refiere la opinión del Premio Nobel de Economía de 1988 Amartya Sen. El eminentemente economista se expresa en el sentido de que para alcanzar un crecimiento económico sostenido es crucial mejorar la equidad y que ha habido graves errores en la visión usual del tema.
14. Pareciera un error pensar que los diferentes estamentos de nuestro planeta no lo tiene. Los directores de orquesta en el mundo son principalmente las fuerzas económicas.

20. Entre las tareas que pueden acercarnos al cometido se encuentra la de *identificar los centros de producción de normas* y coordinar en un proyecto ambicioso las áreas de competencia en orden al requerimiento valorado de la realidad, sin desmerecer los temas que ya se encuentran en tratamiento.

Estimo de interés echar un vistazo a estos centros: la ONU, especialmente la UNCITRAL; la OEA, en especial el Comité Jurídico Interamericano y las Conferencias de DIPR.; la Conferencia de La Haya; UNIDROIT y cualquier otra organización que tenga ese cometido. Ello no significa que el MERCOSUR no pueda encarar una respuesta directa y autónoma cuando ella se requiera por razones de necesidad, oportunidad, rapidez o especificidad de la cuestión.

21. Podría estudiarse una muy cuidadosa *división internacional del trabajo jurídico* y analizar cual es el tema de suyo más próximo al área que representa. El organismo de las Naciones Unidas se encarga de los temas universalizables. La Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya se encuentra, a mi criterio, más próxima a la ONU que a la OEA, pues tiene una apetencia más universalista. Empero no deja de ser una importante institución europea que trabaja con objetivos y metodología europeas. Lamentablemente, todavía no tiene una representatividad acorde con el universalismo de sus propósitos¹⁵. Es menester, también, coordinar esfuerzos con la OEA que es el único organismo americano capaz de responder a las necesidades jurídicas americanas¹⁶.

Dejo de lado expresamente los centros productores de normas de las regiones, como por ejemplo, los del MERCOSUR y los de la Unión Europea. Precisamente, la cuestión es delimitar las áreas de competencias entre éstas y la de organizaciones de suyo más amplias, con el fin de no multiplicar esfuerzos ni recorrer caminos transitados, salvo que haya razones de peso para hacerlo. Como se dijo más arriba, una de las razones puede ser la capacidad para responder con celeridad y oportunidad a las necesidades de las regiones.

22. Otra cuestión de relevancia que se presenta es la *relación jerárquica* entre los tres estamentos mencionados: globo, región y estados. Tomemos, por ejemplo,

- 15. La Conferencia de DIPr. de la Haya se realizan reuniones periódicas que garantizan un estudio permanente y que garantizan la seriedad en el tratamiento de los temas.
- 16. Entre los días 1 y 3 de diciembre de 1997 se llevó a cabo en Buenos Aires la primera Reunión de Ministros de Justicia del continente. Entre sus recomendaciones figuran evaluación del estado actual de las normas de cooperación jurídica interamericanas a fin de apreciar si ellas se adaptan a las nuevas realidades que enfrenta nuestro continente.; adopción de otros medios de cooperación judicial para enfrentar las recientes modalidades de delincuencia transnacional.

la relación jerárquica entre las fuentes y normas de la Organización Mundial de Comercio y las del MERCOSUR¹⁷.

Toda jerarquía de fuentes obedece a alguna razón de preferencia o de poder. En cambio sería impensable una relación de equivalencia total entre el globo y la región, pues conduciría al inmovilismo absoluto o a la anarquía en la aplicación de las prescripciones de uno y otro. La jerarquía permite la coherencia y la seguridad jurídica.

La relación de preferencia podría serlo por la globalización o por la regionalización. Esta relación siempre tiene que ser parcial, es decir, en algunos aspectos, pues una total preferencia por la globalización, por ejemplo, limitaría considerablemente la razón de ser del regionalismo. A la inversa, la preferencia por éste echaría por tierra a aquélla.

Creo que no me equivoco si considero que en la materia que le es específica, las fuentes de la OMC tienen jerarquía superior a las del MERCOSUR. La certeza proviene de las dos circunstancias perdonavidas por las cuales no se aplica la cláusula de la nación más favorecida. La primera está establecida en el artículo XXIV del GATT, que autoriza los acuerdos regionales y las zonas de libre comercio, como excepción al principio fundamental de no discriminación, partiendo de la base de que los acuerdos de alcance parcial no tienen forzosamente efectos desfavorables para los intereses de terceros países.

La segunda es la denominada “cláusula de habilitación” convenida en noviembre de 1979, como parte de los resultados de la Ronda Tokio. Sus disposiciones permiten a las partes contratantes del GATT conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, a pesar del requisito de no discriminación¹⁸.

La inclusión de estas cláusulas de excepción nos advierten de la superioridad de las normas de la actual OMC sobre las de cualesquiera región.

En la Argentina los tratados tienen jerarquía superior a las leyes pero no todos los tratados tienen igual nivel jerárquico.

23. Multiplicidad de fuentes vigentes. Es muy difícil seguir produciendo normas en materias en las que hay multiplicidad de fuentes sin aclarar la repercusión

17. No voy a entrar en la relación jerárquica entre esas fuentes y las normas de los estados, que plantean otro tipo jerárquico.
18. Inicialmente se pretendió presentar al MERCOSUR en el GATT invocándose la cláusula de habilitación bajo el paraguas de la ALADI (ACE 18) pero al mediar observaciones de los países industrializados acerca de las características del MERCOSUR se justificó su tratamiento bajo el procedimiento del artículo XXIV del Acuerdo General, que comprende el caso de las Uniones Aduaneiras. Un Grupo de Trabajo de la OMC examina el tema.

que cada una tiene en la región¹⁹. La cláusula que establece que la nueva fuente no obsta a la vigencia de otras, es una cláusula que transfiere al juez las obligaciones del legislador nacional o internacional.

A la incertidumbre que surge de la no-regulación de problemas cuya aparición puede colegirse, se suma la de la multiplicación de fuentes vigentes.

24. Control de gestión. Un tema importante es el que hace al control de gestión de los hacedores de esta multivariedad de normas de alcance mundial o regional. Es necesario estudiar con alcance planetario, regional y estadual los efectos que produce la aplicación de normas que responden a las diferentes políticas. Muy especialmente en lo concerniente a particulares desorganizados, es decir, a los individuos.

Habría que estudiar el grado de receptividad que tienen los convenios en los aplicadores naturales, especialmente en los jueces. Entiendo que, por lo menos en el MERCOSUR debería tenerse un canal de comunicación abierta entre los órganos productores de normas y los aplicadores. Este fenómeno se complica aún más cuando el estado es partidario de la teoría dualista en el ámbito internacional²⁰.

25. Responsabilidad de los Estados por la política legislativa global y regional y por su implementación. Otro problema que advierto es la delimitación de los sujetos responsables por la política global y regional hacia los sujetos a los que se les aplican las medidas. Muchos siglos le ha llevado a la humanidad organizarse en sistemas democráticos que aseguren elecciones periódicas y decentes. Otro tanto le ha costado organizar un sistema republicano en el que el poder está acotado y controlado. En la globalización no hay ni uno ni otro.

Desde una perspectiva normológica todo plan tiene destinatarios inmediatos y mediados. Por ejemplo la OMC tiene a los Estados como destinatarios directos: los Estados responden a la OMC y ésta a los Estados. Otro tanto ocurre con el MERCOSUR. Empero, desde la perspectiva sociológica los destinatarios son siempre individuos cuyos problemas esenciales no difieren de los que se tienen en un estado²¹.

19. Por ejemplo entre la Argentina, Paraguay y Uruguay - tres de los cuatro países del Mercosur - coexisten cinco tratados sobre sociedades.
20. La posición dualista, con relación a la incorporación de los tratados en el ámbito interno, otorga al estado que la práctica cierta flexibilidad en el cumplimiento de las obligaciones. En efecto, el estado ratificador o adherente en estas condiciones, si bien asume la responsabilidad internacional, ésta depende del planteo formal por parte del estado agraviado, que no siempre estará en condiciones de exigirla y menos estar al tanto de cada una de las violaciones.
21. Como todos sabemos el Mercosur tiene una cuenta pendiente con los particulares, paliada en parte por la Comisión de Comercio

Entiendo que, cualquiera sea la perspectiva de análisis, global o regional - mientras estas mega organizaciones no establezcan la responsabilidad por su régimen - la responsabilidad debe recaer en aquellos que tienen relación de inmediatez con los individuos. Por ello es el Estado el que debe meditar cuidadosa y responsablemente el marco normativo internacional y nacional para que los auténticos destinatarios finales disfruten más éxitos que fracasos con estos planes ciclópeos²².

Hay que prevenir la aparición de una nueva circunstancia de debilidad para el individuo aislado y evitar la infinita soledad del hombre de saberse uno en seis mil millones, con estructuras poderosas y organizaciones muy difíciles de alcanzar. ¿Quién defiende al hombre del universo que él mismo ha creado?

El mundo ha conocido de esfuerzos para equilibrar las desigualdades y proteger debilidades: *in dubio pro operario*, para controlar el poder dc los empresarios sobre el trabajador; la protección del consumidor, para ampararlo de los productos y los servicios perjudiciales o abusivos; *in dubio pro reo*, para salvaguardar la libertad del individuo del poder no siempre bien ejercido del gobernante. Frente a la globalización y a la regionalización se está en deuda con el individuo.

V. Repercusión del fenómeno de la globalización en el tema jurídico de la región MERCOSUR

Además de los macro problemas planteados anteriormente, muchos de los cuales también se pueden presentar en el MERCOSUR, podemos bosquejar otros necesitados de normación en la región y dentro del marco de la globalización.

1 - Desde la perspectiva del capital.

a) *Seguridad del capital. Convenios de garantía de inversiones.*

26. Las corporaciones querrán tener facilidad de movimiento y certeza en los canales de inversión. El capital querrá estar seguro de las facilidades de ingreso y egreso. Prueba de la importancia de estos temas la tenemos en la cantidad de Convenios sobre Promoción y Protección de las Inversiones, que están firmando nuestros países. Estos convenios definen al inversor extranjero, a la inversión, a las dis-

22. KESSLER, Ana, "El nuevo Estado de la globalización", 8as.Jornadas Bancarias de la República Argentina, "El Estado en la aldea global. Identidad y globalización. Argentina, Europa y la Unión Europea", Plenario II.

tintas formas de protección de las confiscaciones, por ejemplo o de actos de terrorismo. Aseguran la remesa de divisas, la repatriación del capital y establecen un marco mínimo sobre sistemas de solución de diferencias, entre otros temas.

Todos tienen la cláusula de la Nación más favorecida. A nadie escapa que con esta cláusula habrá un “super” convenio, con la suma de todas las ventajas que los países importadores de capitales han cedido escalonadamente a los países exportadores. No encuentro textos normativos más flexibles que aquellos en los que existen estas cláusulas. Al lado de estos temas, con gran efecto multiplicador, los puntos de conexión flexibles del Derecho Internacional Privado americano no causan perturbación alguna. Por otra parte, estos convenios se aseguraron del cumplimiento de sus prescripciones y de la continuidad de una política económica, al establecer cláusulas que prevén las sanciones por incumplimiento: basta que no se cumpla con un inversor, para que entre en cadena de incumplimiento con todos los demás. Los convenios de garantía de inversiones vigentes en nuestros países constituyen el piso de mínima de los Protocolos de inversiones del MERCOSUR.

b) *Canales jurídicos de ingreso del capital.*

27. a.) *Sociedades* La radicación de capitales - por lo menos los que no son capitales golondrinas - se realiza generalmente por medio de alguna forma societaria. Se asientan normológicamente en un país cuyo derecho les conviene y de ahí inician su peregrinaje por el mundo buscando las ventajas comparativas. ¿Están nuestras normas sobre sociedades y las autoridades de aplicación, preparadas para esta circulación cuantitativa y cualitativamente más importante que la habitual?. ¿Es el derecho del lugar de constitución el mejor medio técnico para buscar el derecho que habrá de regular la capacidad de derecho, de obrar, las fusiones, absorciones y otros problemas de las sociedades internacionales que conocemos?. Si de ágil circulabilidad se trata, posiblemente sea el mejor punto de conexión. No obstante, ¿conviene también a los países la *superficialidad* del lugar de constitución en un área en la que la autonomía de la voluntad está restringida?. ¿Cuales deberían ser las exigencias para la constitución de sucursales y filiales, que son los escudos protectores de los individuos?²³.

23. La preocupación por estos temas se encuentra reflejada en la sección de Carta de Lectores por el Embajador argentino en Perú, Abel Posse. Manifestó que “...La Argentina y Brasil tienen que crear un eje político, base del gran polo cultural, político y económico de la América latina del siglo XXI. Es decisivo que comprendamos que ingresamos en una etapa que es multipolar y *multicultural*. “Tienen que crear su visión geopolítica y geoestratégica regional, para dominar y protagonizar la integración regional.”

28. b) *Contratos*. La circulación del capital, puede producir dos efectos contrapuestos no necesariamente excluyentes: uno es la integración comercial y la cooperación entre empresas, el otro la competencia extrema. Con relación a la integración comercial cabe recordar que cuando el capital es extranjero, busca alguna suerte de asociación con las empresas locales de bienes y de servicios, pues necesita una rápida inserción en las costumbres del país anfitrión. Esta circunstancia fomentará la multiplicación de los contratos asociativos, en especial el que se conoce con el nombre de *joint ventures*. Esta figura, en tanto mantiene la independencia y libertad de acción de las partes comprometidas - salvo el secreto y la buena fe - es muy conveniente para la cooperación entre empresas. Estas asociaciones pueden colisionar con las normas de defensa de la competencia en tanto sean seriamente aplicadas.

Los contratos, que son los más universalizables o los menos sensibles a las políticas estatales, tienen aspectos que pueden provocar significativas asimetrías. Tal la antinomia entre *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, por ejemplo. La aceptación o el rechazo del abuso del derecho o de la lesión enorme. Otro aspecto sensible es el del alcance y límites de la autonomía de la voluntad.

c) *Problemas de egreso del capital.*

29. a') *Concursos y quiebras*. Hemos dado ejemplos de la movilidad del capital de ingreso por medio de sociedades y contratos. Empero, son mucho más preocupantes algunos efectos que puede producir el egreso de capital, como por ejemplo, el cierre de empresas proveedoras y su secuela de concursos y quiebras. Si el capital requiere que la tierra sea un sólo territorio para mejor potenciarse, subsiguientemente debe haber un sólo territorio para los acreedores. Es decir, normológicamente deberíamos militar por la extraterritorialidad de la quiebra, cuestión axiológicamente harto dudosa. No estamos refiriéndonos al cierre de empresas como consecuencia de la propia ineficiencia, sino porque otro país resulta más atractivo al capital por un sinnúmero de variables no siempre fácil de prever - especialmente

nizar este cuarto de planeta austral que nos toca, y para negociar de “poder a poder” en los otros grandes polos que se configuran y consolidan, Estados Unidos, Europa, Japón-China, India (Eurasia y el mundo islámica).⁷⁷ El economicismo y la corrección macroeconómica son episodios parciales de la realidad. La realidad final del poder se juega en decisiones de alta política...”. Ver también MASSUH, Víctor, “Globalización y multiculturalismo”, 8as.Jornadas Bancarias de la República Argentina, “El Estado en la aldea global. Identidad y globalización. Argentina, Europa y la Unión Europea”, Plenario III.

cuando se trata de una PYME - y el levantamiento de estas empresas produce la desarticulación de las empresas dependientes.

30. b') *Esfera laboral.* Es evidente que tratándose de movilidad de capitales, acarrearan consecuencias en lo concerniente al trabajo, empleo y migraciones, por ejemplo²⁴.

31. c') *Ámbito de la familia.* Cuando el ser humano se hace presente, lo hace con todo su peso. Aún cuando el problema de la migración de capitales se lo trate desde la perspectiva de costo y beneficio, a nadie escapa las implicancias que tiene sobre las migraciones de personas y el desarraigo que éstas producen. Las migraciones laborales pueden traer aparejadas cuestiones como matrimonios y divorcios, régimen de bienes, filiación, reconocimiento de hijos, patria potestad, secuestro y restitución de menores, sucesiones. La mayor circulación internacional produce muchas veces distanciamientos familiares.

32. d') *Derechos políticos.* Las migraciones personales producen - muchas veces - la postergación o la imposibilidad del ejercicio activo y pasivo de los derechos políticos, de ahí que la comunidad internacional todavía debe al inmigrante - cualesquiera fueren los motivos - una legislación acorde con su desarraigo.

2 - Desde la perspectiva de algunos problemas generales originados en los casos jusprivatistas internacionales.

33. El Derecho Internacional Privado, enseña Goldschmidt²⁵, pretende superar con sus soluciones, la atomización que se produce en un caso jusprivatista internacional por la división del mundo en países soberanos. Empero, no todos los remedios tienen ese cometido. Algunos llevan la impronta defensiva inspirada en la soberanía. Basta de muestra referirnos al orden público internacional y al fraude a la ley. Como se recordará, el orden público internacional se constituye en una barrera defensiva que rechaza la aplicación de un derecho extranjero - en sí aplicable - cuando ofende principios o normas viscerales del país del aplicador. El fraude a la ley fue definido con maestría y sencillez por Goldschmidt como el intento de vivir en un país con la legislación de otro. Estos dos problemas generales hablan a las claras de que la superación de la división del mundo en países soberanos tiene un límite.

24. LUTTWAK, Edward, "Globalización y desempleo", 8as.Jornadas Bancarias de la República Argentina, "El Estado en la aldea global. Identidad y globalización. Argentina, Europa y la Unión Europea", Plenario IV.

25. Ver su "Derecho Internacional Privado", 6^a.ed., Bs.As., Depalma, 1988.

La construcción de bloques nos coloca ante un dilema. Un bloque manifiesta voluntad de integración, de tolerancia y de superación de las antinomias. Cabe prever, entonces, que las autoridades de aplicación se tornarán flexibles a la hora de invocarlo como barrera dentro del territorio integrado. Otro tanto corresponde pensar en torno del fraude a la ley, sea nuestro derecho el “defraudado”, sea el de un país integrado. Así, por ejemplo, ¿porqué no proteger al Uruguay desde la Argentina cuando una conducta fraudulenta perturbe su derecho?. O, ¿porqué no habrímos de defender el orden público internacional uruguayo?.

Sin embargo, la integración se realiza por grupo de países. Con respecto a ellos hay mayor proximidad política que con otros - con el efecto multiplicador que esto conlleva -. Esta circunstancia nos coloca ante el dilema de si es razonable que haya dos velocidades con relación a la invocación del orden público o del fraude a la ley. ¿Daríamos una respuesta ante circunstancias similares al resto del mundo de la que daríamos en el MERCOSUR, por ejemplo?

VI. Conclusión

Aunque la vieja disputa de Aristóteles y Alejandro Magno sobre la preferencia de la polis o del imperio pareciera que sigue en pie, la historia atravesando los siglos le dio la razón a ambos: no ha habido desde entonces una etapa sin imperio, tampoco sin polis (naciones).

Esta nueva fase nos enfrenta a nuevas formas: la globalización y la regionalización. En la medida que la globalización no sea una nueva, peligrosa y contundente forma de imperio, se le podrá dar la bienvenida. Ello sucederá si la planificación mundial es transparente y participativa. Por el momento, la regionalización aparece como un límite y un camino hacia la globalización, tensión ésta que debería tener carácter permanente, para asegurar la existencia de los estados, por un lado, y la participación del planeta todo en las decisiones.

Pero la unidad de sentido, el cable a tierra, la mediadora a favor de los hombres, tendrán que ser las naciones, cualesquiera forma que adopten. De ahí la importancia de seguir defendiéndolas como el mejor medio para que los individuos preserven su identidad.

LA CONVENCIÓN SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS *

JORGE STÄHLI

I. Antecedentes.

a. La Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados¹ fue aprobada en el seno del Banco de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) el 18 de Marzo de 1965 y entró en vigor

- *. Comunicación presentada al XV CONGRESO ORDINARIO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL - XI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL "Presidente Dr. Juan Carlos Puig" (*SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - TEMA: EL ARBITRAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL MERCOSUR, Mar del Plata, octubre de 1999.*)
- 1. Sobre la Convención de Washington puede consultarse BROCHES, Aron; "The Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other States", en Recueil des Cours, 1972, T.II, p.331 y ss. y "The 'Additional Facility' of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)", 4 Y.B. Com. Arb. 373 (1979); DI GIOVAN BATTISTA, Iléana; "Derecho Internacional Económico"; Abeledo Perrot; Buenos Aires 1992; ESCOBAR, ALEJANDRO A., «Three Aspects of ICSID's Administration of Arbitration Proceedings», News from ICSID. Vol.14, N°2, Summer 1997; FATOUROS, A., Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965, 59 Revue Critique de Droit International Privé, 1970, p. 580; GAILLARD, Emmanuel, L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, Revue Critique de Droit International Privé, 1982, p. 273; GOLDSCHMIDT, WERNER, «Transactions between States and Firms», en Recueil des Cours; JUNCAL, Julio Angel, El Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Jurisprudencia Ar-

el 14 de Octubre de 1966, treinta días después del depósito del vigésimo instrumento de ratificación².

Preparada por los Directores Ejecutivos del Banco junto al Comité Jurídico especialmente convocado al efecto, la Convención crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, y contiene una serie de reglas procesales dedicadas a la conciliación y al arbitraje.

El Banco desde su creación ha financiado proyectos, en relación con las grandes líneas del otro organismo creado en Bretton Woods (F.M.I.). Esto se hizo en parte con fondos propios, pero también recurriendo al mercado de capitales privados.

El riesgo “político” que los Estados receptores de la inversión representaban era un aspecto que guardaba estrecha correspondencia con los fines del Banco³. Inclusivo antes de la adopción de la Convención, el Banco participó activamente en numerosas ocasiones en esa clase de conflictos⁴. Aaron Broches reseña las razones esgrimidas por el Presidente del Banco en 1961 ante los Directores Ejecutivos, propiciando la preparación de la Convención, básicamente relacionadas con la falta de seguridad de los inversores.

Quien se viera perjudicado por acciones del Estado receptor de la inversión

gentina de Nov. 17, 1970; PARRA, ANTONIO R., «The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes», News from ICSID. Vol.16, Nº1, Winter 1999; SHIHATA, IBRAHIM, F. I., «Recent Developments in ICSID», News from ICSID. Vol.15, Nº1, Winter 1998; «Hacia una Mayor Despolitización de las Diferencias relativas a Inversiones, El papel del CIADI y del OMGI», Centro Internacional de arreglo de diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, Washington, 1992; VON MEBREN ARTHUR T. «Resolution on arbitration between states, state enterprises or state entities, and foreign enterprises. Institute of International Law.» Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XVI, 1991. Nethesland. El CIADI publica periódicamente un relevamiento de la bibliografía internacional referida a la Convención y al funcionamiento del Centro (ICSID Bibliography. Doc. 13, Rev. 3, Washington, July 15, 1994) y puede igualmente consultarse en la página del Banco Mundial en Internet.

2. Informe Anual 1966-67, Banco Mundial y Asociación Internacional de Fomento, p.21 y ss. Los primeros veinte instrumentos de ratificación depositados en la sede del Banco Mundial incluían a los EE.UU., Gran Bretaña, Países Bajos y un importante número de Estados de África y Asia, pero ningún país sudamericano, como tampoco entre las treinta y dos ratificaciones que se habían producido al tiempo de entrar en vigor el Convenio. No fue ajena a ello la mayor influencia de la doctrina Calvo en la región.
3. En 1960 se había propuesto en el Banco la creación de algún mecanismo de garantías que cubriera los riesgos no comerciales de la actividad en países en vías de desarrollo (recién concretada en 1985 con la Agencia Multilateral de Inversiones).
4. DI GIOVAN BATTISTA, Ileana; “Derecho Internacional Económico”, cit., pág. 185.

debía intentar la reparación ante los tribunales locales, generalmente sometiéndose a sus leyes. Cuando ello no era posible, el inversor particular intentaba obtener de su propio Estado la protección diplomática, encontrando serias dificultades políticas para su concreción. Careciendo el inversor de seguridad respecto de las vías anteriores, y siendo que los compromisos arbitrales celebrados con el Estado receptor podían ser fácilmente anulados por éste, la Convención vendría a solucionar el problema, otorgando a dichos acuerdos el marco de un Tratado internacional⁵.

Su adopción es alguna medida el producto de una época caracterizada por una fuerte tendencia -apoyada desde los organismos internacionales- a colocar capital privado proveniente de países centrales en los Estados de menor desarrollo relativo (“en vías de desarrollo”). La creciente preocupación por los “riesgos no comerciales” que estos países ofrecían a Bancos comerciales, la responsabilidad de los Estados en casos de expropiación y las repercusiones de las recientes nacionalizaciones, eran por entonces temas de gran interés, generalmente presentados como un problema de garantías mínimas exigibles a los países receptores⁶.

Para facilitar el flujo de la inversión de fondos de un país extranjero, el organismo multilateral consideró necesario mitigar los condicionamientos que surgen de los denominados «riesgos políticos», en el país receptor de dicha inversión. Estos riesgos políticos, incluyen «el hecho del principio» y la «fuerza mayor».

La difusión del arbitraje como método de solución de conflictos -alternativo a la justicia “estatal”- es expresión del debilitamiento de los estados nacionales, característico de la época actual, acentuado cuando es el propio Estado el que se somete al arbitraje⁷. Sin embargo, ello no siempre implica un retroceso del régimen. El caso es especialmente interesante, por cuanto se apoya en el régimen establecido. Las

5. BROCHES, Aron; “The Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other States”, cit.. Es interesante destacar que -al tiempo de la publicación del estudio- el autor era el Secretario General del Centro.
6. Vgr., el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de 1967 saludaba a la “excelente Convención” en el reporte de la Comisión 9º, dedicada a tratar “Les conditios juridiques as investissements de capitaux das les pays en voie de développement et des accords y relatifs”. Annuaire de l’Institut de Droit International, 1967 T.I, p.402 y T.II p.400.
7. Sobre los significados iusfilosóficos del arbitraje puede consultarse CIURO CALDANI, Miguel Angel, «El arbitraje internacional y la postmodernidad», «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», Nº 20, Rosario, 1995, págs. 47/48; y «Comprensión jusfilosófica de la negociación, la mediación y el arbitraje», «Investigación y Docencia», Nº 27, Rosario, 1996, págs. 17 y ss.

fuerzas desplegadas en este campo son frecuentemente superiores a las fronteras. Si bien por definición el caso sometido a arbitraje está enclavado en un orden de reparos nacional (en alguna medida estadual), el “espacio” en que se dicta el laudo es básicamente global.

b. Actualmente ciento treinta y un países han depositado los instrumentos de ratificación de la Convención y forman parte del Centro⁸. El total de Estados signatarios de la Convención de Washington asciende a ciento cuarenta y seis⁹.

Nuestro país firmó la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados el 21 mayo 1991, la ratificó por ley n° 23.353 y depositó el instrumento de ratificación el 19 de octubre de 1994, entrando en vigor treinta días después.

II. Ámbito de aplicación.

a. El Capítulo II - titulado “Jurisdicción del Centro”- establece el ámbito de aplicación de la Convención. Esta es aplicable en caso de disputas jurídicas planteadas entre un Estado parte receptor de la inversión y un inversor que revista el carác-

8. Según el “Informe Anual 1998 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones”, Washington, Diciembre de 1998, y las actualizaciones publicadas en la revista “NEWS from ICSID”. Los Estados son los siguientes: Afganistán; Albania; Alemania; Arabia Saudita; Argelia; Argentina; Armenia; Australia; Austria; Azerbaiyán; Bahamas; Bahrein; Bangladesh; Barbados; Belarús; Bélgica; Benín; Bolivia; Bosnia y Herzegovina; Botsvana; Burkina Faso; Burundi; Camerún; Chad; Chile; China; Chipre; Colombia; Comoras; Congo; Congo, Rep.Dem.; Corea, República de; Costa Rica; Côte d'Ivoire; Croacia; Dinamarca; Ecuador; Egipto; El Salvador; Emiratos Arabes Unidos; Eslovenia; España; EE.UU.; Estonia; Fiji; Filipinas; Finlandia; Francia; Gabón; Gambia; Georgia; Ghana; Granada; Grecia; Guinea; Guyana; Honduras; Hungría; Indonesia; Irlanda; Islandia; Islas Salomón; Israel; Italia; Jamaica; Japón; Jordania; Kenya; Kuwait; Lesoto; Letonia; Liberia; Lituania; Luxemburgo; Macedonia; Madagascar; Malasia; Malawi; Mali; Marruecos; Mauricio; Mauritania; Micronesia; Mongolia; Mozambique; Nepal; Nicaragua; Níger; Nigeria; Noruega; Nueva Zelanda; Omán; Países Bajos; Pakistán; Panamá; Papua Nueva Guinea; Paraguay; Perú; Portugal; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; Rep. Centroafricana; Rep. Checa; Rep. Eslovaca; Rumania; Rwanda; Saint Kitts y Nevis; Samoa; Santa Lucia; Senegal; Seychelles; Sierra Leona; Singapur; Somalia; Sri Lanka; Sudán; Suecia; Suiza; Swazilandia; Tanzania; Togo; Tonga; Trinidad y Tobago; Túnez; Turkmenistán; Turquía; Uganda; Uzbekistán; Venezuela; Yugoslavia, Rep. Federativa Socialista; Zambia; Zimbabwe.
9. “Membership news”, en NEWS from ICSID, Vol. 15, Nro. 2, Summer 1998, pág. 1 y ss.

ter de nacional de otro Estado parte de la Convención¹⁰.

Debe aclararse en primer término que el sometimiento de la disputa al Centro es *absolutamente voluntario*. Sólo es posible recurrir a los mecanismos de solución previstos si existe consentimiento expreso de las partes involucradas, la ratificación de la Convención o su sola mención en tratados bilaterales no basta. El compromiso puede hacerse en cualquier tiempo, sea previo al surgimiento de la diferencia -por ejemplo en un contrato- o posterior al mismo. Una vez expresada la voluntad de someter la diferencia al Centro, no puede ser revocada sino mediante un nuevo acuerdo de sentido contrario¹¹. Además el Estado receptor puede, al celebrar el compromiso de recurrir al Centro, exigir que el inversor recurra primero a las vías administrativas o judiciales normales vigentes en su orden interno¹².

Respecto de la *nacionalidad* del inversor, la Convención distingue las personas físicas de las jurídicas. En cuanto a las primeras, se exige que el inversor tenga la nacionalidad de un Estado Parte distinto del receptor, tanto al momento de acordar sobre la jurisdicción del Centro y como también al remitir la solicitud de conciliación o arbitraje, excluyendo al que tuviere además la nacionalidad del Estado receptor. Si bien la Convención no lo especifica, como es lógico la nacionalidad se rige por la ley del Estado respectivo.

Con relación a las personas jurídicas la Convención será aplicable sólo si, al tiempo de acordar las partes el sometimiento de la cuestión al Centro, la sociedad tiene la nacionalidad de un Estado parte distinto del receptor o si las partes “acuerdan atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”, aún cuando pudiera ser considerada nacional con arreglo a las normas del Estado receptor. El concepto de nacionalidad no ha sido definido de modo expreso en el tratado, de-

10. El artículo 25 inc.1) afirma que la Convención es aplicable en caso de “diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro...”

11. El artículo 25 inc.1) in fine reza “El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”, en lo que se calificó como la disposición más importante de la Convención (BRO-CHES, Aron, op.cit., p.352).

12. La posibilidad de exigir al inversor el agotamiento de las vías normales antes de llevar el caso ante el Centro fue incluida en el artículo 26º, con miras a obtener una mayor adhesión entre los países de receptores, con frecuencia celosos de sus jurisdicciones nacionales. De hecho, el condicionamiento puede ser parcial, fijando por ejemplo un tiempo prudencial para la solución del conflicto por esas vías, vencido el cual las partes quedan habilitadas a presentarse ante el Centro.

bido a las divergencias de criterios surgidas durante la preparación del mismo.

Sin embargo ello no constituye un obstáculo insalvable para su operatividad, ya que en última instancia el sometimiento de la divergencia estará siempre pendiente de la voluntad de las partes y podrá en toda ocasión ser revisada por el propio Tribunal (cfme. art. 32° 1 y 41° 1). En cualquier caso, el criterio de nacionalidad que la Convención habría receptado es objeto de discusiones, e inclusive -con un alcance ya más general- la misma noción de nacionalidad de personas jurídicas es observada¹³. Siendo habitual que la inversión extranjera se canalice a través de compañías organizadas de acuerdo con las leyes locales, es plenamente justificada su consideración especial (origen extranjero) a los fines de la Convención.

En cuanto al ámbito material de la Convención, existen dos criterios básicos: “*la naturaleza jurídica*” de la disputa y que ésta “*surja directamente de una inversión*”. Ninguno de los dos fue calificado en el tratado, al igual que en el caso de la nacionalidad, por la imposibilidad de conciliar las diferentes concepciones de los estados que participaron en la preparación.

En aquella instancia se decidió incluir la exigencia del carácter legal de la diferencia a fin de aclarar que el Centro no se ocuparía de aquellas disputas de naturaleza política, económica o comercial¹⁴. Respecto de la definición del término “*inversión*”, más allá del recurso a la teoría económica, se señaló la diversidad de las legislaciones nacionales, en especial en materia de promoción y protección de inversiones extranjeras, e incluso la existencia de un importante número de Convenio bilaterales con alcances diversos.

Es importante señalar que los Estados parte pueden aclarar y restringir el ámbito de aplicación de la Convención. Así por ejemplo Dinamarca, Holanda y el Reino Unido excluyeron parte de su territorio, China limita su sometimiento al Centro a conflictos derivados de nacionalización y expropiación, Israel y Turquía limitan la aplicación a las inversiones que fueran aprobadas conforme su régimen legal en la materia, etc¹⁵.

En el ámbito de aplicación y en particular en cuanto a la ausencia de califica-

13. Así por ejemplo Aron BROCHES sostiene que la convención habría receptado la teoría de la incorporación (op.cit., p.360), en tanto Julio A. JUNCAL encuentra en la disposición citada una opción por la teoría del control.

14. El Comité Jurídico recibió por entonces una propuesta de calificación, que definía la naturaleza jurídica del conflicto como “any dispute concerning a legal right or obligation or concerning a fact relevant to the determination of a legal right or obligation” (BROCHES, Aron, op.cit., p.362)

15. “Medidas tomadas por los Estados Contratantes para fines del Convenio”, Documento Ciadi/8, Centro Internacional de arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, Enero de 1995; y “Contracting States and Measures taken by them for the purpose of the Convention”, Centro Internacional de arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, Febrero de 1999.

ciones en materia de nacionalidad, del carácter jurídico de la disputa y de inversión, se puede observar que los tipos legales son sumamente amplios, de modo que las normas de la Convención ofrecen tal grado de generalidad que ésta opera como una suerte de convenio marco, destinado a otorgar un mayor peso institucional a los compromisos arbitrales.

b. Más allá de las disposiciones de la Convención, la Jurisdicción del Centro fue ampliada con una alternativa que modifica el ámbito de su competencia, por medio del sistema denominado Mecanismo Complementario aprobado por el Consejo de Administración en Septiembre de 1978¹⁶.

Este Mecanismo permite al CIADI entender en disputas relativas a inversiones en las que una de las partes sea un Estado no parte de la Convención o bien un nacional de un Estado no parte de la Convención. De cualquier modo el mecanismo no es accesible a relaciones comerciales comunes, manteniéndose los restantes criterios utilizados en la Convención para definir su ámbito de aplicación.

III. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

El Centro es un organismo con personalidad jurídica internacional creado por el tratado para “*facilitar la sumisión de las diferencias... a un procedimiento de conciliación y arbitraje*”. Está formado por un Secretariado General y un Consejo de Administración. El Presidente del Banco Mundial lo es también del Consejo. Cuenta con listas de conciliadores y árbitros, propuestos por las naciones integrantes.

El Secretariado se compone de un Secretario General y uno o más Secretarios adjuntos elegidos por el Consejo. El Secretario General es el representante legal del Centro y tiene a su cargo la administración del mismo, cumpliendo además funciones vinculadas a la conciliación y el arbitraje (como el registro de las solicitudes). El Consejo de Administración se integra con un representante de cada Estado Parte, cada uno con derecho a un voto.

El Centro, a través de su Consejo de Administración, tiene facultades para dictar tres tipos de reglas: institucionales (financiación, reglamento de funcionamiento), de procedimiento de conciliación y de procedimiento del arbitraje.

Las reglas fueron adoptadas en la primera reunión del Centro, el 25 de Septiem-

16. “Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos de conciliación, arbitraje y comprobación de hechos”, Documento CIADI / 11 / Rev. 1 , Washington, Junio de 1979.

bre de 1967 y entraron en vigor el primer día del año siguiente¹⁷. En esa ocasión se adoptó un Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de iniciación), las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación). Fueron modificadas en la reunión del año 1984 y esa redacción permanecen vigente desde entonces.

Asimismo se adoptó en Septiembre de 1978 el sistema denominado Mecanismo Complementario compuesto de un Reglamento Administrativo y Financiero, un Reglamento de Conciliación, un Reglamento de Arbitraje y un Reglamento de Comprobación de Hechos.

El Centro concluyó alrededor de cuarenta casos de conflictos en inversiones, tanto por el dictado del laudo como por aplicación de las reglas 43 y 44. La materia de las inversiones incluye minería, hotelería, petróleo, energía, textiles, construcciones, etc. y más recientemente en algunos casos aún pendientes banca y seguros¹⁸. Actualmente cincuenta y un casos se encuentran en trámite ante el CIADI, número que resulta demostrativo del impulso que adquirió el Sistema más recientemente¹⁹.

IV. Ley aplicable

En el Capítulo dedicado al Arbitraje, el artículo 42º determina que el Tribunal arbitral resolverá la controversia con arreglo a la ley elegida por las partes. Las partes no se encuentran limitadas en el ejercicio de su autonomía, lo cual incluye la posibilidad de ejercer la autonomía universal.

Subsidiariamente se aplica el derecho de Estado receptor “*incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.*” (párrafo 1, artículo 42).

En consecuencia, las normas de derecho internacional privado se toman en cuenta para cuestiones tales como calificar el carácter de la inversión, la naturaleza de los derechos y obligaciones asumidas por el inversor e inclusive la determinación

17. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y Asociación Internacional de Fomento; Informe Anual 1964-65; p.13.

18. La Argentina fue demandada en uno de estos casos por la empresa Mobil Argentina S.A. (Caso No. ARB/99/1). El proceso fue cerrado a pedido del actor, con aplicación de la regla de arbitraje nro. 44, el pasado 21 de Julio.

19. “Disputes before the Centre”, en NEWS from ICSID, Vfol. 16, Nro. 1, Winter 1999, pág. 1 y ss.

de la ley que indique su nacionalidad.

En el informe de los Directores Ejecutivos del Banco, que acompañaba el texto del Convenio al ser sometido a aprobación, se aclaró que la expresión “normas de derecho internacional” aludía al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Las declaraciones de las partes respecto del derecho aplicable forman parte de las primeras actuaciones en el procedimiento de arbitraje (Regla de Arbitraje 31, párrafo 3). El Mecanismo Complementario incorpora una previsión relativa al conflicto entre las normas imperativas del derecho aplicable y las reglas procesales, inspirada en el artículo 1.2. del Reglamento de la CNUDMI.

Finalmente, los últimos incisos establecen que “el Tribunal no abstenerse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley” y la posibilidad de dictar el laudo “ex aequo et bono” si las partes así lo acuerdan.

V. Reglamento de Arbitraje: líneas para una comparación con otros sistemas

El procedimiento más utilizado en el Centro es el Arbitraje, sometido a las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de iniciación) y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) dictadas por el Consejo.

Resulta sumamente ilustrativo la comparación de las normas de arbitraje del sistema CIADI respecto de otros sistemas, en particular de las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio vigentes desde el 1 de Enero de 1988 (CCI); las adoptadas por las Naciones Unidas en materia de Arbitraje Comercial Internacional (CNUDMI); las que conforman el sistema de la OEA, con la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional adoptada en el marco de la CIDIP II (Montevideo, 1979) y las Reglas de Procedimiento adoptadas para la Comisión Interamericana de Arbitraje en Julio de 1988 y las vigentes para el Mecanismo Complementario del propio Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

Un análisis detallado del mismo será objeto de un estudio posterior, incluyendo en esta comunicación sólo algunas líneas centrales de comparación respecto de las materias iniciales del Reglamento (ámbito de aplicación y establecimiento del tribunal arbitral), apoyados en la mayor difusión de los restantes instrumentos, en particular los de CNUDMI y CCI.

En primer término cabe destacar el carácter institucional que reviste el arbitra-

je en los sistemas del CIADI y la CCI a diferencia de los sistemas CNUDMI y CIDIP, cuestión que se refleja en el articulado de los sistemas.

En cuanto al ámbito de aplicación, las reglas CNUDMI y CIDIP acotan la materia objeto de arbitraje, limitando el proceso a relaciones contractuales. El carácter de comercial de la materia puede ser visto como una limitación en el caso de la CCI²⁰. Por su parte, las normas del CIADI reflejan la especificidad del Centro, con su referencia a las inversiones.

El lugar del arbitraje puede ser determinado por la autoridad en defecto de elección de las partes, sea el Tribunal -CNUDMI, artículo 20²¹- o la Corte -CCI, art.12. El Reglamento de la Convención de CIDIP sigue la misma línea en su artículo 16, aunque incorpora una previsión expresa respecto de la posibilidad de desarrollar diligencias fuera de la sede del tribunal arbitral. El Mecanismo Complementario del CIADI incorpora una limitación importante al establecer que sólo podrán desarrollarse los procesos en Estados parte de la Convención sobre Arbitraje Comercial de Nueva York (1958), con la finalidad de asegurar la efectividad del laudo.

El número de árbitros y la integración del tribunal arbitral está sujeta en todos los casos a la voluntad de las partes.

En defecto de acuerdo de partes sobre el número de árbitros, el tribunal se compone de tres miembros, excepto en el caso de la CCI, donde se designa un solo árbitro (cfme. Artículo 2, inc. 5). La solución se reitera en otras reglas de arbitraje institucional en el marco de instituciones con alta especialización sin la participación institucional de Estados (que sí tienen UN, OEA y BM), donde ha entendido que un único árbitro garantiza el desarrollo de la disputa. Tal es el caso de la London Court of International Arbitration y el de la American Arbitration Association, tanto en sus reglas de arbitraje comercial como en las de arbitraje internacional²².

Las partes de la disputa designan los árbitros. El sistema CIADI impone sin embargo una limitación: el Reglamento de Arbitraje impide la designación de per-

20. DORE, Isaac, sostiene en un estudio comparativo de las reglas de CNUDMI en "The UNCITRAL framework for arbitration in contemporary perspective", Graham & Trotman - Martinus Nijhoff, Londres, 1993, que tanto las reglas de la CCI como las de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres habilitan la aplicación de sus normas con el sólo consentimiento de las partes en someterse al arbitraje, evitando la calificación de la naturaleza comercial de la disputa.
21. Notas de la CNUDMI sobre Organización del Proceso Arbitral, Nueva York, 1996.
22. Mc CLENDON Stewart, "Arbitration clauses in international contracts", en The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, 1994, p.251. DORE, Isaac, en "The UNCITRAL framework..." cit. pág. 8, sostiene que la cantidad adoptada por NU tiene por objeto otorgar mayor seguridad a los países en desarrollo.

sonas que hayan actuado previamente en la resolución del conflicto, lo cual es dejado de lado en el Mecanismo Complementario.

Si las partes no nombran los miembros del Tribunal, pueden acordar el mecanismo por el cual se hará la designación. En este punto los instrumentos del CIADI establecen una serie de limitaciones asociadas a la nacionalidad de los mismos -para que no haya mayoría de nacionales de las partes en conflicto-. El procedimiento de elección de los árbitros puede ser libremente definido en los otros sistemas.

A falta de acuerdo previo, en el ámbito del CIADI tanto la Convención como las Reglas de Arbitraje incluyen un mecanismo de elección con arreglo al artículo 37, inciso 2 b de la Convención²³. En última instancia, el nombramiento de árbitros y la designación del presidente del tribunal están a cargo del Presidente del Consejo de Administración del Centro (MC art.11). En rigor de verdad ello está siempre presente: un tercero resuelve en ausencia de acuerdo sobre la designación, dado que todos los sistemas garantizan la constitución del Tribunal. Así, la Ley modelo por sus artículos 11 y 6, la Corte de Arbitraje bajo las normas de la CCI, el IACAC en el Reglamento Interamericano (cfme.arts. 6 a 8).

VI. La Convención en el Mercosur.

a. En el ámbito del Mercosur el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (intrazona) -dec. n° 11/93-²⁴, que menciona expresamente a la Convención que nos ocupa como uno de los métodos alternativos de solución de las controversias

El artículo 9 “Solución de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante Receptora de la Inversión” establece un plazo de seis meses para resolver el conflicto mediante consultas amistosas. Vencido el plazo la controversia será sometida, a pedido del inversor, a los Tribunales del Estado receptor de la inversión, al sistema comunitario de resolución de conflictos con particulares que se establezca en el futuro o al arbitraje internacional. El inciso 4 del artículo dispone:

“En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser lle-

23. “Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.”

24. La Argentina aprobó el Protocolo en el mes de Noviembre de 1997 por Ley 24.891.

vada, a elección del inversor:

- a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el «Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados», abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Protocolo haya adherido a aquél.
Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación;
- b) a un tribunal de arbitraje «ad-hoc» establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).”

La misma norma en su inciso 5 declara aplicable a la controversia:

a. Las normas del Protocolo. El instrumento incluye en su artículo 1ro. una definición de inversión con una enumeración no taxativa, que será el parámetro para calificar la materia de controversia como comprendida en el ámbito material del CIADI. Asimismo el Protocolo supone un marco normativo general para la recepción de inversiones intrazona, constituyendo así el standard mínimo a respetar.

b. El derecho del Estado parte del conflicto. Al igual que en la Convención, se incluye en la referencia al derecho nacional sus normas de derecho internacional privado. La aplicación del derecho del Estado parte de la controversia es coincidente con lo dispuesto en el párrafo 1, artículo 42 de la Convención, que habla de Estado receptor de la inversión.

c. Los acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión. Se refiere a los acuerdos que pueden celebrarse entre el inversor y el Estado receptor. Si fuera discutida la validez de dichos acuerdos, sin duda serán materia del laudo arbitral. Aunque no se menciona en el Protocolo, es posible pensar en esta regla como el camino por el cual podrían acordar las partes de la controversia el derecho aplicable a la misma, en ejercicio de la autonomía prevista para el tema en la Convención.

d. Los principios del derecho internacional en la materia. El alcance de esta expresión parece diferente del que tiene en la Convención al determinar la ley aplicable, en atención al proceso de integración en el marco del cual se genera el convenio.

b. El Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de

Estados No Partes del MERCOSUR (dec. 11/94)²⁵, no se refiere a la Convención de modo directo, pero al mencionar la posibilidad de someterse a un Tribunal Institucional de Arbitraje, será probablemente considerado en los hechos el uso del mecanismo CIADI, en especial por el juego de los acuerdos bilaterales de los Estados Parte.

Con referencia a los acuerdos llamados 4 +1²⁶, éstos no incluyen normas del tenor de los Protocolos referidos, pero es importante destacar que son parte de la Convención tanto Chile (desde el 24 octubre de 1991) como Bolivia (desde el 23 julio de 1995). Así, al margen de los mecanismos de solución de conflictos previstos para los Estados parte de los Convenios, la relación de los particulares en materia de inversiones ya está alcanzada por el ámbito de la Convención o de su Mecanismo Complementario.

La relación del Mercosur con la Unión Europea y la aproximación a los países del Nafta por medio del proceso ALCA muy probablemente traiga aparejado un rol de mayor importancia a la Convención en el ámbito Mercosur, al hilo del incremento del tráfico comercial perseguido en esos procesos.

c. Actualmente de los Estados Miembros del Mercosur sólo son parte del CIA-DI la Argentina y el Paraguay (la Convención rige para este país desde el 6 de Febrero de 1983).

La República Oriental del Uruguay firmó la Convención el 28 mayo de 1992, pero aún no la ratificó. Brasil hasta el momento no firmó la Convención.

En el caso particular de nuestro país, la Convención acompaña los acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones²⁷. El sometimiento a arbitraje para estos casos es normal en los convenios de promoción y protección de inversiones celebrados por nuestro país, en muchos de los cuales se menciona expresamente la

- 25. Nuestro país aprobó el Protocolo en el mes de Septiembre de 1995 por Ley 24.554.
- 26. Respecto del caso de Bolivia, el artículo 9 del Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (aprobado por ley 24.458 en Febrero de 1995) prevé expresamente el recurso al CIADI. Lo propio ocurre con el artículo 10 del Convenio celebrado con Chile (aprobado por ley 24.342 en Junio de 1994).
- 27. Argentina celebró convenios con Alemania; Australia; Austria; Bolivia; Chile; Costa Rica; Croacia; Cuba; Ecuador; El Salvador; Estados Unidos de Norteamérica; España; Finlandia; Francia; Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; Israel; Italia; Jamaica; Lituania; Malasia; Marruecos; México; Panamá; Perú; Polonia; Portugal; República Checa; República de Corea; República Popular China; Rumania; Suecia; Suiza; Turquía; Ucrania; Unión Económica Belgo-Luxemburguesa; Venezuela y Vietnam.

alternativa de resolución del CIADI.

La solución adoptada por la Argentina en la materia consiste en requerir que la controversia sea sometida a la jurisdicción administrativa o judicial del Estado en cuyo territorio esté situada la inversión, pero con límites temporales precisos para su resolución. Vencido el plazo (generalmente de 18 meses desde la notificación del procedimiento de la jurisdicción nacional), puede ser llevada al arbitraje internacional.

En algunos Convenios (vgr. los celebrados con Francia, Alemania, Estados Unidos, etc.) la situación es aún más flexible: vencido el plazo de seis meses sin que las “consultas amistosas” entabladas directamente entre las partes hayan llegado a buen término, el inversor elige someterse a la jurisdicción argentina o recurrir al arbitraje internacional. En tal caso, será posible elegir entre someter la controversia al CIADI o a un tribunal ad-hoc que funcione de acuerdo con las reglas de arbitraje de la CNUDMI.

Las cuestiones comerciales en general -y las inversiones en particular- están especialmente necesitadas de celeridad y seguridad. El sistema resulta simple y se fundamenta en la necesaria celeridad que exigen estas crisis. El actor internacional del sistema económico sufre la demora como una suerte de denegación de justicia. Desde este punto de vista, resulta justificada la limitación temporal al sometimiento a la jurisdicción estatal local.

Es posible también recurrir a estas fuentes para calificar la inversión (por lo general con un sentido amplio, abarcando bienes muebles, títulos, acciones, derechos intelectuales, etc.) y aún los problemas vinculados la nacionalidad del inversor.

d. No es frecuente en los instrumentos normativos vigentes de los otros procesos de integración del hemisferio la presencia de normas que capten situaciones de conflicto entre Estados parte y particulares²⁸.

En este sentido pueden destacarse el NAFTA (capítulo XI) y el Tratado de Libre Comercio - G3, en los que se contemplan las controversias que surgen con motivo de inversiones realizadas por un inversionista (inversor) de una Parte, en el territorio del Estado receptor de aquella.

En estos casos, el inversionista afectado puede optar entre recurrir a los tribu-

28. En este sentido, desde un punto de vista más publicista, la posibilidad que la Convención otorga al particular de accionar directamente contra un Estado, marca un crecimiento en el reconocimiento de la subjetividad jurídica internacional de las personas, acercándose más a la realidad de la problemática.

nales del Estado receptor o acceder al arbitraje internacional. Éste se desarrollará conforme la Convención del CIADI, su Mecanismo Complementario o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI²⁹.

Asimismo los particulares pueden intervenir en procedimientos de arbitraje en el área de prácticas desleales de comercio (Capítulo XIX del Nafta y Capítulo VIII del Tratado de Libre Comercio entre México y Costa Rica)³⁰.

29. P.v. "Estudio de los métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración o libre comercio en el hemisferio", publicación del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, Agosto 1995.
30. Tampoco es frecuente -en los instrumentos básicos de los procesos de integración- la previsión de establecer un mecanismo de solución de controversias comerciales de carácter privado, es decir métodos alternativos para la resolución de conflictos entre particulares. Sólo en el NAFTA (Capítulo XX, Sección C) y en las reglas análogas del Tratado de Libre Comercio entre México y Costa Rica y del Tratado de Libre Comercio - G3 los Estados Parte promueven y facilitan el recurso al arbitraje y otros medios alternativos (consultas, mediación, conciliación, buenos oficios) al arbitraje en negocios de naturaleza privada.