

Miguel Ángel Ciuro-Caldani (Argentina) \*

## Aportes jusfilosóficos para la comprensión de las condiciones constitucionales de los Estados hispanoamericanos y de su aptitud para la integración

### 1. Ideas básicas

1. Los Estados de Hispanoamérica se encuentran con frecuencia ante la gran dificultad de *conocerse a sí mismos*, en gran medida porque se “reflejan” en realidades ajenas que a menudo son valiosas en otras circunstancias, pero no en las propias.<sup>1</sup> Entre lo que los Estados de la región son y lo que quieren ser suelen existir espacios cuyos *camino*s no pueden reconocer y realizar. Conocerse a sí mismo no es ignorar al otro, sino saber que somos *con* otros, pero no *otros*. No es sin motivo que existen diversos *pronombres personales*, entre los que están los singulares *yo, tú y él/ella* y los plurales *nosotros/as, vosotros/as y ellos/as*.<sup>2</sup> Cada Estado hispanoamericano debe encontrar su propio *nosotros jurídico*, al que se refiere en gran medida su derecho constitucional y con base en el cual puede desarrollarse, en su caso, el nuevo

---

\* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, investigador del CONICET (Argentina). <mcuiuro@derecho.uba.ar>.

<sup>1</sup> Nos referimos específicamente a Hispanoamérica, no a Iberoamérica, aunque algunas características de la primera, que en parte hacen a las posibilidades mercosureñas, se presentan en todo el espacio de la segunda (en relación con Lusoamérica puede verse Miguel Ángel Ciuro Caldani: “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en *Derecho de la Integración*, n.º 4, pp. 113 ss.).

<sup>2</sup> Miguel Ángel Ciuro Caldani: “Comprensión del ‘complejo personal’ a través de los pronombres personales”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 14, pp. 13 ss.

*nosotros* de la integración. Los Estados se realizan en la historia y tienen su *propia temporalidad*.<sup>3</sup>

Los procesos integradores, especial manera de la aproximación entre los pueblos desarrollada a partir del siglo XX, se apoyan en la participación de *Estados consistentes* y en el *desarrollo económico*, quizás dos exigencias en profundidad relacionadas. La consistencia se concreta en duración, estabilidad,<sup>4</sup> solidez, trabazón y coherencia,<sup>5</sup> que se muestran en *expectativas confiables* y se apoyan, en nuestro caso, en el *desenvolvimiento jurídico* en general y constitucional en especial. El sistema económico y el sistema estatal con su juridicidad son en gran medida despliegues de “crédito” que se alimentan recíprocamente.<sup>6</sup> La integración requiere “crédito jurídico”. Esas cualidades estatales, relevantes aunque históricamente cambiantes, viabilizaron y viabilizan la fundación y el desarrollo de la Unión Europea, pero los países de Hispanoamérica tienen a menudo grandes dificultades para su realización. Los Estados hispanoamericanos son muchas veces relativamente “imprevisibles” y al fin jurídicamente “pobres”, también en el ámbito constitucional, y esto dificulta sus posibilidades de desenvolvimiento y de integración interna y externa.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Es posible ver Miguel Ángel Ciuro Caldani: *Estudios de historia del derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

<sup>4</sup> Pueden verse, por ejemplo, Leonardo Morlino: “Estabilidad política”, en Norberto Bobbio y otros (dir.): *Diccionario de política*, trad. Raúl Crisafio y otros, 9.ª ed., México: Siglo XXI, t. I, 1995, pp. 533 ss.; Pierangelo Schiera: “Estado moderno”, en Bobbio: o. cit., t. I, pp. 563 ss. En cuanto a la teoría del Estado cabe mencionar, por ejemplo, Georg Jellinek: *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, Buenos Aires: Albatros, 1970; Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 3.ª ed., México: Albatros, 1969, pp. 215 ss.; Carlos S. Fayt: *Derecho Político*, 10.ª ed., Buenos Aires: Depalma, t. I, pp. 157 ss.; Alberto Dalla Via y otros: *Manual de teoría del Estado y del Gobierno*, Buenos Aires: de Belgrano, 1997, pp. 15 ss.

<sup>5</sup> Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, Madrid: Espasa Calpe, 1992, t. I, p. 548. Puede verse Miguel Ángel Ciuro Caldani: “Estabilidad e integración (con especial referencia a la Argentina)”, en *Derecho de la Integración*, n.º 11, pp. 20-37, Rosario, 2001.

<sup>6</sup> Sobre la pérdida de la credibilidad política pueden verse, por ejemplo, Eva Leticia Orduña Trujillo: “Derechos humanos y credibilidad política”, <[http://www.ejournal.unam.mx/boletin\\_mderecho/bolmex116/BMD11607.pdf#search=%22Derecho%20credibilidad%22](http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex116/BMD11607.pdf#search=%22Derecho%20credibilidad%22)> (10/9/2006); Sergio Hiram Henríquez Gamboa: “Los riesgos de la pérdida de la credibilidad política”, <<http://www.criterios.com/modules.php?name=Opiniones&file=article&sid=361>> (20/9/2006).

<sup>7</sup> Suele hablarse de *pobreza institucional*. Cabe citar nuestro artículo “Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 12, pp. 29 ss. Es posible ver Marcos Kaplan: “Aspectos del Estado en América Latina”, en *Biblioteca Jurídica Virtual*, <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=425>> (21/9/2006); Víctor Manuel Durán: “Capítulo IV, Estado social de Derecho, democracia y participación”, <<http://www.uta1.org/movimiento/11d.htm>> (21/9/2006).

Respecto de Hispanoamérica y el mundo actual puede verse Antonio Requeni: “El símbolo de la política argentina es el laberinto de Borges. El italiano Ricardo Campa, profesor y ensayista, ofrece una mirada sobre el país”, en *La Nación.com*, <[http://www.lanacion.com.ar/cultura/nota.asp?nota\\_id=841874](http://www.lanacion.com.ar/cultura/nota.asp?nota_id=841874)> (20/9/2006).

Contar con una propuesta de construcción del *objeto jusfilosófico* que permita reconocer el nosotros en los Estados de nuestra compleja zona, con las dificultades que se presentan y las maneras de encararlas, puede ser un aporte valioso para superar la situación. En este sentido, creemos que tiene especial relevancia la amplia corriente jusfilosófica *integrativista* que supera los exclusivismos normativos, sociales y valorativos y, dentro de ella, la orientación que en el marco de la tendencia<sup>8</sup> *tridimensionalista* efectúa la *teoría trialista del mundo jurídico*.

Según la propuesta del *trialismo*, en la versión que creemos más evolucionada, para la construcción del objeto de la ciencia jurídica hay que incluir *repartos* de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser en general y especialmente a la vida humana), *captados normativamente* de maneras prescriptiva y promisoria y *valorados por la justicia*.<sup>9</sup>

Sin desconocer los altos valores que los caracterizan en otros aspectos, cabe decir que los países hispanoamericanos suelen “alienarse” y ser inconsistentes e imprevisibles en los despliegues de los repartos, las captaciones normativas y los valores, y esto los hace a menudo *inviabiles y difícilmente integrables*.

Las críticas que formularemos se inspiran, vale puntualizarlo, en una profunda *esperanza de superación*. Ésta no se logrará recibiendo indiscriminadamente los modelos de otros Estados.<sup>10</sup> Debe encontrar, a partir de la *experiencia* propia y ajena, el Estado consistente y previsible necesario para la viabilidad y la integración.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Es posible ver, por ejemplo, Miguel Reale: *Teoria Tridimensional do Direito*, 4.<sup>a</sup> ed., San Pablo: Saraiva, 1986.

<sup>9</sup> Werner Goldschmidt: *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires: Depalma, 1987 (6.<sup>a</sup> ed., 5.<sup>a</sup> reimp.); Miguel Ángel Ciuro Caldani: *Derecho y política*, Buenos Aires: Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

En cuanto a los planteos “integrativistas” afines al tridimensionalismo, puede verse hoy, por ejemplo: “La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan solo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias” (Robert Alexy: *El concepto y la validez del derecho*, trad. José M. Seña, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Gedisa, 1997, p. 21; véase asimismo p. 87).

<sup>10</sup> Cabe citar, por ejemplo, Miguel Ángel Ciuro Caldani: “Nuevamente sobre los efectos de la recepción en la cultura jurídica argentina”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 29, pp. 49 ss. (también <<http://200.58.112.82/~grcentr/index.htm>>, [22/9/2006]); “Hacia una teoría general de la recepción del derecho extranjero”, en *Revista de Direito Civil*, 8 (año 1979), pp. 73 ss.; “Originalidad y recepción en el derecho”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 9, 1987, pp. 33 ss.; *Métodos constitutivos del derecho internacional privado* (con colaboración), Rosario: Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado.

## 2. Despliegue trialista

### 2.1. Dimensión sociológica

2. En la dimensión sociológica es conveniente construir las ya referidas nociones de *potencia e impotencia*. Esa potencia e impotencia son adjudicadas por repartos originados en la conducta de seres humanos determinables y por distribuciones que provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Los Estados hispanoamericanos son a veces inconsistentes e imprevisibles por distribuciones en las que ocupan un lugar destacado las influencias humanas difusas de sus a menudo *economías pobres e inestables*,<sup>12</sup> pero también por el carácter *errático* que le da su propia conducción. Compartimos la opinión, de cierto modo de raíz sansimoniana, de que hay una relación “circular” entre la pobreza y la inconsistencia y la imprevisibilidad de los Estados.<sup>13</sup>

3. Los repartos pueden ser autoritarios o autónomos, realizando respectivamente los valores poder y cooperación. A su vez, pueden presentarse en orden o en desorden (anarquía), y concretar de manera respectiva el valor homónimo orden o el “disvalor” arbitrariedad. El orden de los repartos (régimen) se constituye según el plan de gobierno en marcha y conforme a la ejemplaridad. El plan de gobierno indica quiénes mandan y con qué criterios mandan y realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad se desenvuelve según el despliegue de modelos y seguimientos a través de la razonabilidad y realiza el valor solidaridad. El cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto constituye una revolución.

Los Estados hispanoamericanos suelen tener poderes contrapuestos, sincrónica o diacrónicamente, y planificaciones y ejemplaridades *claudicantes*, con las respectivas

---

do, 1978; *Lineamientos filosóficos del derecho universal*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; *El derecho universal*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001; “La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era”, en *La Ley*, 26-5-2006, pp. 1-4; Alan Watson: *Legal Transplants*, 2.<sup>a</sup> ed., Athens: University of Georgia Press, 1993; Andrea A. Meroi: “Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 29, pp. 83 ss.; en cuanto a los debates terminológicos acerca del tema, puede verse, por ejemplo, Esin Örüçü: “Law as transposition”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, esp. pp. 206. Suele decirse que la historia del derecho es en gran medida una historia de transposiciones legales (véase Örüçü: o. cit., p. 222). Es posible ver una bibliografía sobre el tema en *Comparative Institutional Economics* 2, CEU Economics Department, Spring 2006, <[http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter\\_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf](http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf)> (4/7/2006), trabajos de Richard Posner, Daniel Berkowitz, Otto Kahn-Freund, Hideki Kanda, Jonnathan M. Miller, Sharun W. Muskand y otros.

<sup>11</sup> *El derecho para la integración*, en sus múltiples perspectivas, en gran medida constitucionales, es un aspecto de gran importancia del *derecho de la integración*.

<sup>12</sup> Puede verse, por ejemplo, *Causes of Poverty*, <<http://www.globalissues.org/TradeRelated/Poverty.asp>> (10/9/2006).

<sup>13</sup> Es posible consultar, verbigracia, Saint-Simon: *Catecismo político de los industriales*, trad. Luis David de los Arcos, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Aguilar, 1964.

condiciones de imprevisibilidad y falta de solidaridad. Así viven situaciones de *anarquía y revolución*, sea ésta más o menos violenta.<sup>14</sup>

Los Estados modernos se constituyeron en un curso de concentración interna y liberación externa del poder, teorizado en gran medida por Hobbes y Bodin, con importantes ingredientes de planificación y orden. Es más: luego adquirieron características liberales lockeanas y democráticas rousseauianas. En cambio, en Hispanoamérica la “paragubernamentalidad” ajena al monopolio gubernamental del poder es frecuente.<sup>15</sup>

Aunque en ciertos casos son países autoritarios, a menudo viven a la deriva: si no en anarquía sincrónica, al menos en *anarquía diacrónica*. Es más, las dos manifestaciones de la anarquía se alimentan de manera recíproca; la anarquía sincrónica de los tiempos de la lucha por la independencia y la “organización”, que no ha desaparecido totalmente por el grado de “inseguridad” y a veces por los despliegues de fuerzas “paragubernamentales”, suele ser reemplazada por una anarquía diacrónica del ir temporalmente sin rumbo definido. La *integración interna* es en muchos casos todavía una aspiración lejana, pero ese despliegue de la integración tiene estrecha influencia recíproca con la *integración externa*. Los modelos de integración regional suelen poseer los mismos caracteres de los Estados que participan en ellos. La deficiencia hispanoamericana se expresa, por ejemplo, en el replanteo permanente de los modelos de integración regional.

4. Las fuerzas y las relaciones de producción actuales tienden a intensificar la mundialización en un proceso de globalización/marginación en que podría estarse formando un Estado planetario en etapa hobbesiana de concentración del poder, y en ese marco a los Estados hispanoamericanos les corresponden situaciones de *dependencia*.<sup>16</sup>

Para apreciar la dependencia de los Estados en general, y en especial de los Estados hispanoamericanos, es útil emplear los aportes de la *teoría de las respuestas jurídicas*.<sup>17</sup> Según esta teoría, elaborada sobre la base de la parte general del derecho internacional privado de conflicto de leyes, las respuestas viven fenómenos de “minusmodelación”, “plusmodelación” y “sustitución”, en lo fáctico y lo conceptual. La mayoría de los Estados

<sup>14</sup> Puede verse, por ejemplo, Adolfo Pérez Esquivel: “Golpes de Estado en América Latina”, en *Rebelión Internacional*, <<http://www1.universia.net/CatalogaXXI/pub/ir.asp?IdURL=159700&IDC=10010&IDP=ES&IDI=>>> (21/9/2006).

<sup>15</sup> Las deficiencias de estatalidad de los Estados hispanoamericanos quedan a veces en parte disimuladas por la “postestatalidad” que es frecuente en la “posmodernidad”, pero la “preestatalidad” y la “postestatalidad” son, no obstante, situaciones diferentes.

En cuanto a semejanzas y diferencias entre la medievalidad y la posmodernidad, cabe ver, por ejemplo, Miguel Ángel Ciuro Caldani y Mario E. Chaumet: “Perspectivas jurídicas ‘dialécticas’ de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en *Investigación y Docencia*, n.º 21, pp. 67 ss.

<sup>16</sup> Es posible ver nuestros *Estudios de Historia...*, cit.

<sup>17</sup> Cabe comparar nuestros *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario: Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en *Investigación y Docencia*, n.º 37, pp. 85-140).

vive en nuestros días fenómenos de *minusmodelación* fáctica e incluso conceptual. En cuanto la disminución es sólo fáctica, se produce su *vaciamiento*.

Las situaciones de las respuestas pueden ser de aislamiento o de vinculación, en este sentido, de coexistencia de respuestas independientes, dominación, integración y desintegración. Su detección se produce según qué respuesta “califica”, si es posible el fraude, si cabe el reenvío y si una respuesta puede rechazar la influencia de la otra. El Estado moderno, de modo especial en el ámbito hispanoamericano, suele ser calificado según criterios que le son extraños, generalmente de la estatalidad mundial en formación; es obligado a someterse a fuerzas diversas (verbigracia, organismos internacionales de crédito) y carece de capacidad de rechazo frente a los influjos extraños.

5. Podría decirse que en varios de los países hispanoamericanos *no hay* “*cuestiones de Estado*” que consoliden y sostengan las expectativas del desenvolvimiento común por sobre las conveniencias particulares. El partidismo y las facciones prevalecen sobre el interés de todos. Regímenes democráticos y dictaduras han “privatizado el poder” y no han podido dar continuidad al sentido de la marcha gubernamental y de la ejemplaridad. Además, la injerencia de *potencias externas* ha influido mucho en la producción de la inestabilidad de la región.

En el ámbito hispanoamericano el grado de *confiabilidad* es a veces reducido. Muchos aspectos de la realidad carecen de la duración, la estabilidad y la solidez necesarias. Se acepten o no las “mediciones” de los “países centrales”, el “riesgo país” es relativamente elevado, no sólo en lo económico y no sólo para las fuerzas económicas, sino para los ciudadanos comunes.<sup>18</sup>

Actitudes hostiles y amistosas con los países vecinos o con los países dominantes en el planeta se suceden sin causas que las hagan previsibles. Muchas veces la conflictividad con los poderes centrales planetarios ignora la “constitución material” y resulta no sustentable y contraproducente.<sup>19</sup> En ninguno de los aspectos de la vida se quieren “socios” impredecibles; parecería que así hay países hispanoamericanos condenados a vivir en cierto “estado de naturaleza”.

La previsibilidad de los Estados suele apoyarse en realidades económicas e ideológicas al menos relativamente compartidas, pero en Hispanoamérica es frecuente la falta de consistencia económica y una división ideológica escinde a sectores *hispanicos tradicionales*, más católicos y paternalistas, y sectores *anglofranceses*, más laicos (y quizás ocultamente “reformados”), abstencionistas e incluso individualistas.<sup>20</sup> Las diversidades culturales históricas de España suelen proyectarse en nuestro ámbito.

---

<sup>18</sup> *Econlink.com.ar*, <<http://www.econlink.com.ar/definicion/riesgopais.shtml>> (13/9/2006); *RiesgoPaís.com*, <<http://www.riesgopais.com/>> (13/9/2006).

<sup>19</sup> Siempre vale atender a las enseñanzas de Fernando Lassalle: *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.

<sup>20</sup> Miguel Ángel Ciuro Caldani: “Bases para el derecho constitucional comparado latinoamericano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, pp. 75-99; *Bases jusfilosóficas del*

6. Los repartos y los regímenes pueden tropezar con *límites necesarios*, surgidos de la “naturaleza de las cosas”, que pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, socioeconómicos y sociopolíticos. La escisión y la inestabilidad en lo psíquico, lo socioeconómico y lo sociopolítico son dificultades frecuentes en el desenvolvimiento de los Estados de Hispanoamérica.<sup>21</sup> Los límites socioeconómicos y sociopolíticos incluyen fenómenos dispares, como la *pobreza* y la *corrupción*.

Diversos países de la región tienen *posibilidades* notoriamente más elevadas que las *realizaciones* que alcanzan. A veces la organización política y económica “parasita” territorios que podrían brindar un alto grado de desarrollo y bienestar.<sup>22</sup>

## 2.2. Dimensión normológica

7. Entre los temas polemizados en la *teoría general del derecho* se encuentran las relaciones de las normas con la realidad social y el carácter prescriptivo o promisorio de éstas. Según la propuesta trialista, las normatividades captan repartos proyectados; se refieren a la realidad social. Hoy el trialismo incluye con especial claridad captaciones normativas “prescriptivas” y “promisorias” (unas *pre-escriben* lo que debe hacerse; otras *pro-meten* lo que será).<sup>23</sup>

Ya en el pensamiento del fundador de la teoría, Werner Goldschmidt, se incluyeron las captaciones que denominaba de modo respectivo “imperativos” y “normas”, según se refirieran a repartos proyectados hechos desde los puntos de vista de los protagonistas o los terceros. Ahora esa doble perspectiva recibe particular atención.

El maestro germano-hispano-argentino refería las captaciones de los protagonistas (“imperativos”) a las órdenes. Al fin, los imperativos eran captaciones de órdenes hechas desde el punto de vista de los protagonistas (“haz esto” - “debo hacer esto”). Creemos que hoy es posible presentar un desarrollo integrado mayor, en el sentido de

---

*derecho de la cultura*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; “Bases culturales del Derecho argentino”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 27, pp. 113-126 (asimismo, *Cartapacio*, <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485>> (24/9/2006).

<sup>21</sup> Cabe comparar acerca de la gobernanza en la región, por ejemplo, *Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya* <<http://www.iigov.org/index.drt>> (21/9/2006); Benita Ferrero-Waldner: “La Unión Europea y América Latina: Una relación sólida en un mundo globalizado”, en *Europa, European Commission, Press Room, Press Releases*, <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/254&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>> (22/9/2006).

<sup>22</sup> Puede verse Miguel Ángel Ciuro Caldani: “Una Argentina ‘parasitaria’ entre la feudalización y la colonización”, en *Investigación y Docencia*, n.º 34, pp. 59-65.

<sup>23</sup> Joan Corominas, con la colaboración de José A. Pascual: *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid: Gredos, t. IV, 1981, pp. 61, 643, 659; t. II, 1.ª reimp., 1984, p. 711. También cabe señalar que en las captaciones normativas, como en los repartos a las que se refieren, hay “preferencias”.

señalar que un mismo reparto, “autoritario” o “autónomo”, puede ser captado de manera normativa (lógica) desde un enfoque prescriptivo, hecho desde el punto de vista de los protagonistas, y promisorio, efectuado desde la perspectiva de los terceros.<sup>24</sup>

8. En cada cultura, en cada momento, en cada lugar, en cada materia, pueden prevalecer las perspectivas prescriptivas o promisorias, pero ambas captaciones son siempre posibilidades relevantes en el desenvolvimiento del derecho. En la mayoría de los casos, las fuentes formales (constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, contratos, etcétera) se expresan en términos promisorios, empleando el tiempo futuro (*será, habrá*) o incluso el presente “simple” (*es, hay*), pero la teoría quizás mayoritaria se ha orientado por la captación prescriptiva, sustituyendo el tiempo futuro o presente “simple” por el presente imputativo (*debe ser, debe haber*).

Mucho se ha avanzado, incluso, en la “lógica del deber ser”. Sin embargo, a nuestro parecer, es posible reconocer que la vida jurídica, sobre todo si no se la centra en el mandamiento estatal, como suele hacerlo el positivismo normativista, debe incluir los dos despliegues, el prescriptivo y el promisorio.

La promesa normativa no es una construcción científica, como suele pensarse en posiciones positivistas; es la manera como la comunidad en su carácter de “terceror” produce de manera mayoritaria las captaciones normativas. La comunidad entiende que las normas le “prometen” algo, piensa en un *com-promiso*, y si lo prometido no ocurre, se siente defraudada. La construcción jurídica ha de hacerse cargo de ello. Es en esos términos de promesa que la comunidad *conjetura* de modo principal la vida jurídica y cifra sus expectativas; la consideración del *cumplimiento* tiene así gran significación.<sup>25</sup> En el clima jurídico hispanoamericano el sentido de “promesa” de las captaciones normativas suele resultar incumplido.

9. Cuando, por ejemplo, el artículo 18 la Constitución Nacional argentina dice que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”,

---

<sup>24</sup> La captación prescriptiva es instrumental a la captación promisorio.

<sup>25</sup> Cada normatividad, prescriptiva o promisorio, capta lógicamente un reparto proyectado, es decir, lo describe y lo integra, pero con alcances distintos.

En cuanto a la relación de descripción del reparto captado, en el enfoque de prescripción sólo es importante la captación correcta del contenido de la voluntad de los repartidores, que ha de culminar en la “fidelidad” normativa. En cambio, desde el punto de vista de la promesa también es relevante la descripción correcta del cumplimiento de esa voluntad que, al producirse, brinda “exactitud” a las normas.

La prescripción, construida desde el punto de vista de los protagonistas, sean autoritarios o autónomos, no puede asegurar el cumplimiento porque los protagonistas “viven” la resistencia de la realidad. La captación prescriptiva sólo puede ser fiel o infiel; la captación promisorio puede ser además exacta o inexacta. La promesa es, de cierto modo, un “pacto”, aunque sea entre desiguales, de que algo sucederá.

contiene una *orden implícita* (una prescripción) de que las cárceles *deben* tener esas características, pero una *promesa explícita* de que las cárceles se desarrollarán en esas condiciones. Es más, a veces, según lo señalado, las fuentes normativas no sólo utilizan el futuro sino el presente “simple”: el artículo 15 del mismo cuerpo constitucional asegura que “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución [...]”.

Si las realidades prometidas no se cumplen, como sucede a menudo en las condiciones de las cárceles, la “inexactitud” produce una gran decepción comunitaria que significa un enorme “disvalor” jurídico; de aquí surge, en mucho, el relativo “des-crédito” de la juridicidad hispanoamericana.<sup>26</sup>

10. Las *fuentes* de las normatividades pueden ser *plenas* (se dictan para ser cumplidas de inmediato), *programáticas* (se dictan para ser cumplidas en el futuro en la mayor brevedad posible), *de propaganda* (procuran convencer con miras a promover su cumplimiento) y *de espectáculo* (se dictan fraudulentamente, para engañar al resto de la comunidad “espectadora”).<sup>27</sup> Los Estados hispanoamericanos tienen a menudo normatividades de *espectáculo* que, según referimos, no encaminan a su desarrollo real.<sup>28</sup> Padecen incluso “inflación” normativa.

Suele afirmarse que países hispanoamericanos requieren la formación de nuevos *contratos sociales*, en los que tiene particular relevancia la función compromisoría de las captaciones normativas.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> El Tratado de Asunción que establece el Mercosur dispone que debe estar conformado mediante la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, pero en algunas circunstancias importantes esa circulación se ha visto perturbada o bloqueada, sea cual fuera el acierto de la fundamentación de las medidas adoptadas.

La diversidad de fuentes formalizadas de maneras prescriptivas y promisorias se evidencia desde tiempos remotos. Las XII Tablas —*Remains of the Twelve Tables, Bellum Catilinae*, <http://users.ipa.net/~tanker/tables.htm> (12/9/2006)—, la Carta Magna —*Publicações, Magna Carta, 15 de junho de 1215*, <http://www.ricardocosta.com/textos/magna.htm> (12/9/2006)—, etcétera, son ya muestras de *pactos*, *promesas*, tal vez mejor dicho *compromisos*, de que algunos comportamientos se harán realidad. Según indicamos, como todos los repartos proyectados, pueden ser captados lógicamente como prescripciones o como promesas.

<sup>27</sup> Miguel Ángel Ciuro Caldani: “Las fuentes de las normas”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNR, n.º 4-6, Rosario, 1987 (también en *Zeus*, t. 32).

<sup>28</sup> La importancia política y constitucional del reconocimiento de las captaciones normativas hechas por los “protagonistas” como prescripciones y efectuadas por los “terceros” como compromisos es de gran relevancia para diferenciar la *lógica de la fuerza* (a menudo del poder) que pretende cambiar la realidad y la *lógica de la paz*, que se desarrolla en la “fe” en el derecho. Si no se tiene en cuenta la promesa, el régimen puede ser más fácilmente no democrático. Tema diferente es el del nivel en que se ha de establecer el pacto de la promesa normativa; por ejemplo, si ha de realizarse a nivel constitucional o legal (puede verse, por ejemplo, Francisco J. Laporta: “El ámbito de la constitución”, en *Doxa*, 24 (2001), pp. 459 ss.).

<sup>29</sup> Atilio Anibal Alterini (dir.): *Ideas para la formulación de un nuevo contrato social*, Buenos Aires: La Ley, 2006.

11. El panorama de las fuentes formales es uno de los puntos de gran interés para comprender un panorama jurídico en general. La afirmación de la internacionalidad e incluso la globalización suele requerir la expansión y la jerarquización del ámbito de los *tratados internacionales*. Sin embargo, a veces en algunos países hispanoamericanos esto sirve para poner remedio a las debilidades constitucionales materiales propias. Así lo ha hecho la Argentina en la reforma constitucional de 1994, al incorporar numerosos tratados al “bloque constitucional” y declarar que los tratados son siempre superiores a las leyes (artículo 75, incisos 22 y 24). La debilidad de la realidad social ha hecho, no obstante, que la formalización no diera todos los resultados pretendidos, y en la gran crisis de 2001 no sólo se derrumbaron los nuevos derechos incorporados en los tratados, sino que se debilitaron otros que constituyen el legado histórico básico del país, como el derecho de propiedad (artículo 17). Es más: poco tiempo antes del colapso bancario, económico y en general social del año 2001, el Estado dictó la ley 25466, mediante la cual declaró la intangibilidad de los depósitos bancarios que, obviamente, no pudo cumplirse. No entramos a discutir el acierto de las medidas que se adoptaron entonces, sino que señalamos la imprevisibilidad y el quebrantamiento de las expectativas formalizadas de la sociedad.

El nuevo espacio que parece estar constituyéndose con alcances mundializadores se vale en mucho de los contratos. Sin embargo en Hispanoamérica, como también puede mostrarlo el último ejemplo, la vida *contractual* suele padecer importantes alteraciones.

12. Una larga trayectoria, bastante difundida en nuestros días, piensa incluso a la Constitución formal como un “pacto social” que significa una promesa.<sup>30</sup> Es más, el llamado *neoconstitucionalismo* pone especial énfasis en la integración de los contenidos con las garantías, pero unos y otras dependen en gran medida del reconocimiento del carácter de promesa de la captación normativa hecha desde el punto de vista de los terceros.<sup>31</sup> La *constitucionalidad* y el *neoconstitucionalismo* resultan necesidades que los Estados hispanoamericanos a veces no pueden satisfacer realmente.

13. Para que los repartos proyectados captados normativamente se conviertan en repartos realizados es necesario que las normatividades *funcionen* mediante el cumplimiento de tareas a veces necesarias de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Ese funcionamiento suele producirse en marcos de tensión entre los autores de las captaciones normativas

---

<sup>30</sup> Quizás su más alta expresión esté en Juan Jacobo Rousseau: *El contrato social*, Buenos Aires: Fé; *El contrato social o principios de derecho político*, La Editorial Virtual, 1762 <<http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Rousseau/RousseauContratoIndice.htm>> (12/9/2006).

<sup>31</sup> Andrés Gil Domínguez: “La declaración de inconstitucionalidad de oficio: su actualidad teórica y jurisprudencial en la Argentina”, en *elDial.com*, <<http://www.eldial.com/suplementos/publico/doctrina/pu041018-b.asp>> (12/9/2006).

(verbigracia, legisladores) y los encargados de aquél (por ejemplo, jueces). Cuando esas tensiones son muy grandes —por ejemplo, por la interferencia de otras fuerzas (verbigracia, del Poder Ejecutivo)—, la promesa no se cumple y los Estados no son confiables. Esto es con cierta frecuencia realidad en algunos países hispanoamericanos.

El derecho funciona en gran medida sobre *expectativas* contenidas en la *conjetura* de los integrantes de la sociedad y esto depende de la función promisorio de las captaciones normativas. La promesa adquiere cierta “fuerza vinculante”.<sup>32</sup> En países de Hispanoamérica suele ser débil la “fe en las normas”, al fin la “fe en el derecho”. Aunque la hipocresía jurídica no es patrimonio exclusivo de la región, en este marco es considerada especialmente intensa.

14. Las captaciones normativas se valen de conceptos más o menos institucionales o negociales, indisponibles o disponibles, que integran la realidad con sentidos orientadores de la vida. Esas orientaciones pueden corresponder o no con la voluntad de los autores y con los sentidos propios de la realidad. Siguiendo la actitud denunciada por Cervantes en el *Quijote*, en Hispanoamérica suele predominar cierta creencia en el *poder mágico* de las palabras y los conceptos.<sup>33</sup> Se exagera la creencia de que pensar y nombrar es hacer, y se toman caminos sólo imaginarios.

15. En la construcción trialista del objeto de la ciencia jurídica las captaciones normativas se refieren al orden de repartos y se ordenan también en un *ordenamiento prescriptivo* y otro *promisorio*. El valor propio de estos ordenamientos es la coherencia, pero cabe señalar que, en correlación con la anarquía la *incoherencia* suele afectar a las captaciones hispanoamericanas.

### 2.3. Dimensión axiológica

16. Según la propuesta trialista, el objeto jurídico ha de abarcar un complejo de valores donde ocupa un lugar destacado la justicia. El fundador del trialismo sostuvo la objetividad de este valor, pero en nuestro caso nos abstenemos de pronunciarnos al respecto y proponemos que se construya por consenso una base sobre la cual puedan realizarse debates de rigor entre quienes la compartan. Goldschmidt sostuvo que el principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad para que se desarrolle plenamente, se convierta de individuo en persona, y ésta es la

---

<sup>32</sup> En cuanto al debate relacionado con el tema, puede verse, por ejemplo, José Juan Moreso: *Comanducci sobre neoconstitucionalismo*, <[http://www.upf.edu/cms/filosofiadeldret/\\_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf#search=%22neoconstitucionalismo%22](http://www.upf.edu/cms/filosofiadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf#search=%22neoconstitucionalismo%22)> (12/9/2006).

<sup>33</sup> Pueden verse nuestras “Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 9, pp. 19 ss.

base que proponemos para el consenso. El complejo de valores al cual proponemos referirnos incluye también la construcción, en lugares subordinados o equiparados a la justicia, pero con despliegues necesarios para que ésta exista, de los valores mencionados y otros como la utilidad, el amor, la verdad, etcétera. La justicia, la utilidad, el amor y la verdad deben desenvolverse integrados, en apoyo recíproco, pero en Hispanoamérica suelen existir dificultades al respecto porque unos valores se “arrogan” el material estimativo que corresponde a otros. Por ejemplo: a veces la *justicia* desconoce exigencias legítimas de la *utilidad*; en otros casos sucede a la inversa.<sup>34</sup> Esto significa, notoriamente, dificultades para integrar requerimientos del *derecho* y la *economía*.

17. La justicia puede pensarse según diversos caminos que se denominan *clases*. Entre éstas cabe mencionar la justicia particular y la justicia general, que se refiere al bien común. Las exigencias de la primera caracterizan al fin al derecho privado y los requerimientos de la segunda corresponden en última instancia al derecho público. Pese al discurso que suele referirse muchas veces a la justicia general, en Hispanoamérica son frecuentes la carencia de sentido real del bien común y el despliegue del *particularismo*. Esto sirve a menudo de cauce para el desenvolvimiento de la corrupción.

18. La justicia, como valor, vale, valora y orienta. En cuando a la valoración, en el derecho se refiere principalmente a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras que le da carácter “pantónomo” (*pan*, ‘todo’; *nomos*, ‘ley que gobierna’). Como esa totalidad es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos necesitados de fraccionarla, cuando no es posible saber o hacer más, con cortes que producen seguridad jurídica. Las tensiones de la vida hispanoamericana llevan a frecuentes cambios en los sentidos del fraccionamiento de la justicia que generan *inseguridad*.

Los criterios orientadores de justicia de Hispanoamérica se desenvuelven en reiteradas *crisis*, emergentes de las tensiones y la inestabilidad de la región.

19. Conforme al principio supremo de justicia propuesto, es posible establecer la legitimidad de los elementos de los repartos: repartidores, beneficiarios, objetos, forma y razones.

La legitimidad de los repartidores surge de la libertad de los interesados, de modo que el criterio máximo de legitimidad es en este caso la autonomía, con sus realizaciones limitadas de “paraautonomía” (conformidad de todos los interesados en que alguien

---

<sup>34</sup> Es posible consultar nuestro trabajo “Principios y valores en el derecho constitucional”, en Germán Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coords.): *Los valores en la Constitución Argentina*, Buenos Aires: Ediar, 1999, pp. 37-49.

reparta, como en el arbitraje), “infraautonomía” (acuerdo de la mayoría, como en la democracia) y “criptoautonomía” (acuerdo que prestarían los interesados si conocieran lo que se hace, como en la gestión de negocios ajenos sin mandato). Por otro lado, con más relación con los objetos del reparto, se plantea la legitimidad aristocrática (superioridad moral, científica y técnica). La historia de los países hispanoamericanos ha mostrado frecuentes crisis de legitimidad *democrática*<sup>35</sup> y también *aristocrática*. En gran medida, carecen de criterios de selección. La crisis de los supremos repartidores ha conducido a un especial incremento de la *judicialización* de los problemas. Las “élites” hispanoamericanas suelen no estar legitimadas para recibir las ventajas sociales que disfrutaban.<sup>36</sup>

Los repartidores pueden ser responsables, por lo que hacen ellos mismos o por los regímenes injustos. En nuestro ámbito hispanoamericano es reiterado que reine la “irresponsabilidad” o se esgrima la responsabilidad más como *venganza* que como aplicación de la justicia. La utilización política de los aparatos judiciales con este objetivo parece particularmente frecuente.

La legitimidad de los beneficiarios puede emerger de la conducta (mérito) o de la necesidad (merecimiento). Ambos criterios deberían nutrirse recíprocamente, pero en nuestra región las tensiones sociales, con grupos y clases muy diferenciados, hacen que las invocaciones de los *méritos* y los *merecimientos* sean muy conflictivas.

En cuanto a los objetos de los repartos, a veces la *escasez* y en otros casos la demasiado *desigual* distribución de la riqueza hacen que en nuestro espacio se reduzcan las posibilidades vitales de los habitantes y la propia viabilidad de los Estados.

La legitimidad de la forma de los repartos, es decir, de los caminos elegidos para comenzar su realización, se apoya en la existencia de verdadera audiencia y el Estado ha devenido, en cierto aspecto, en un gran aparato para realizarla. Sin embargo, quizás en países de nuestra región haya demasiado “ruido” e *incomunicación*.

Los repartos deben ser fundamentados y el Estado tradicional es un relevante ámbito de fundamentación. Tal vez en este aspecto pueda asignársele el sentido de eticidad que le atribuyó Hegel.<sup>37</sup> No obstante, en los países hispanoamericanos esa fundamentación resulta frecuentemente *invocada* pero *insuficiente*.

20. El orden de repartos justo, según el principio antes propuesto, ha de ser humanista y no totalitario, tomando a cada individuo como un fin y no como un medio. El

---

<sup>35</sup> En cuanto a las promesas no satisfechas de las democracias en general y en la región, es posible ver, por ejemplo, Alberto Filippi (dir.): *Norberto Bobbio y Argentina. Los desafíos de la democracia integral*, Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación Argentina, UNESCO y La Ley, 2006.

<sup>36</sup> Sobre la necesidad de la reforma del Estado puede verse, por ejemplo, CLAD, <<http://www.clad.org.ve/>> (20/9/2006).

<sup>37</sup> Guillermo Federico Hegel: *Filosofía del derecho*, trad. Angélica Mendoza de Montero y Francisco Messineo, Buenos Aires: Claridad, 1944, pp. 210 ss.

humanismo puede ser abstencionista o intervencionista. En Hispanoamérica suelen enfrentarse concepciones *abstencionistas*, más “anglofrancesas”, e *intervencionistas*, más “hispanicas tradicionales”. Esto conflictúa a los Estados respectivos. Sin embargo, es relevante puntualizar, sobre todo, los desvíos de ciertos *regímenes totalitarios recientes*.

La realización del humanismo exige respetar a cada individuo en su unicidad, su igualdad con los demás y su participación en la comunidad. La unicidad exige liberalismo político; la igualdad requiere democracia y la comunidad necesita *res publica*. Las tensiones entre los tres despliegues son muy antiguas y se hicieron notorias, por ejemplo, en la Revolución Francesa. A menudo las diferencias sociales hispanoamericanas hacen particularmente difícil la realización integrada de la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad*.

Para la realización de un régimen justo hay que amparar a cada individuo contra todas las amenazas: de otros individuos como tales y como régimen; respecto de sí mismo y frente a todo *lo demás* (enfermedad, pobreza, ignorancia, soledad, etcétera). Cada Estado es en parte identificable por una especial manera del equilibrio entre estos caminos. En Hispanoamérica las tensiones para la realización de esos “resguardos” suelen ser particularmente conflictivas. Los individuos de muchos sectores de nuestra región están amenazados con gran intensidad por otros individuos, como tales y como régimen, y por la *enfermedad*, la *pobreza* y la *ignorancia*.

La protección contra el Estado se expresa en términos de *derechos humanos*, mas éstos, pese a importantes esfuerzos para superar la situación, son con frecuencia ignorados.

### 3. Conclusión

21. Lo expuesto precedentemente, vinculado de manera profunda a la constitución de los Estados, contribuye al *conocimiento de sí mismos* que han de lograr los países de nuestra región con miras a alcanzar realizaciones que de otro modo les resultan imposibles, entre las que se encuentra la integración regional.

Los Estados hispanoamericanos son muchas veces relativamente “imprevisibles” y “jurídicamente pobres” y esto dificulta sus posibilidades de desenvolvimiento y de integración interna y externa. Urge encarar, más que con erudición, con *sabiduría*, el desenvolvimiento que corresponde a la región. Hispanoamérica debería integrar la orientación del poeta: “Caminante, no hay camino, / se hace camino al andar...”<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Poesía. Humberto C. Garza. *Poemas de Antonio Machado*, <<http://www.los-poetas.com/a/mach1.htm#Cantares...>> (29/9/2006).

Urge aprovechar las grandes potencialidades de la zona para constituir Estados adecuados a las *circunstancias*, capaces de *superar las carencias* señaladas. Para ello es importante contar con la comprensión que brinda el modelo jusfilosófico integrador que, dentro de la concepción tridimensional, desarrolla la teoría *trialista* del mundo jurídico.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> La teoría trialista es un instrumento de gran valor para el desarrollo de la *estrategia jurídica* que necesita la región (es posible ver nuestro artículo “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en *Investigación y Docencia*, n.º 36, pp. 21-31).