

- SILVA, Hector R. *La comunidad internacional*. Buenos Aires: Depalma, 1984. 189 p.
- SILVA ALONSO, Ramón. *Derecho internacional privado*. 5. ed. Assunção: Intercontinental, 1999. 518 p.
- SILVA, Roberto Luiz. *Direito comunitário e da integração*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 192 p.
- SOARES, Esther Bueno. *Mercosul: desenvolvimento histórico*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. 137 p.
- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 896 p.
- SODER, José. *A União Européia*. São Leopoldo: Unisinos, 1995. 183 p.
- STELZER, Joana. *Integração européia: dimensão supranacional*. Florianópolis: Dissertação de Mestrado em Direito UFSC, 1998. 212 p.
- TRATADO de Amsterdam. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidades Europeias, 1997. 144 p.
- URIARTE, Oscar Ermida. *Mercosur y derecho laboral*. Montevideo: Fundação de Cultura Universitária, 1996. 89 p.
- VALLÉE, Charles. *O direito das comunidades européias*. Trad. Eduardo Saló. Lisboa: Editorial Notícias, 1983. 119 p.

- VERSÃO compilada do tratado da União Européia. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidades Europeias, 1997. 168 p.
- VIANA SANTOS, Antônio Carlos. Mercosul: espaços de integração e jurisdição, soberania e jurisdição supranacional. In: *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*. São Paulo, a. X, n. 17, jul/dez 1996. p. 19-32.
- _____. Tribunal de justiça supranacional do Mercosul. In: *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*. São Paulo, a. X, n. 16, jul/dez 1996. p. 23-37.
- VIGNALI, Heber Arbut. Soberanía e integración. In: CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes (Coordenador). *Temas de integração com enfoques no Mercosul*. v. I. São Paulo: LTr, 1997. p. 84-104.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Integração e direito comunitário latino-americano. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Organizador). *Mercosul no cenário internacional: direito e sociedade*. v. I. Curitiba: Juruá, 1998. p. 43-54.
- ZAVALLÍA, Ricardo de. *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Zavallía S. A., 1998. 519 p.

Construcción social del derecho: aproximaciones al debate del siglo XXI

Graciela Lovece

I. Introducción

Cada estructura social tiene características distintivas, cada una de ellas posee una realidad; y esta realidad; es construida socialmente.

El afuera de cualquier observador, investigador, legislador juez es objetivo respecto de ese sujeto como individuo atomizado, pero no como ser humano ya que lo objetivo no existe como tal; pues la supuesta realidad es Construida por otros. y cada sociedad adopta una realidad diferenciada.¹

Las claves son entonces realidad y su conocimiento; pudiendo definirse la realidad como una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra volición y los que no podemos impedir que existan.

Por otro lado el conocimiento es la certidumbre de que estos fenómenos son reales y que poseen características específicas y que pueden ser aprehendidos.²

Asi por ejemplo un hombre común de la calle cree que posee libre albedrío y que en virtud de esa libertad es responsable de sus actos, ahora bien también conoce que los menores no gozan de esa libertad reconociendo para estos una realidad diferente.

Este mismo fenómeno de la realidad si es analizado por un filósofo se preguntará que es la libertad? Que es la responsabilidad? Cuales son sus límites? etc.

Un sociólogo en cambio indagará por qué la noción de libertad ha llegado a darse por establecida en algunas sociedades y en otras no?; cómo alguna de estas sociedades conservan esta realidad? y lo que resulta más interesante aún es saber como esa realidad puede desaparecer para un individuo o para una colectividad entera.³

Esa construcción de la realidad resulta de la existencia de formas organizativas y/o institucionales diversas vrg. empresas,

¹ Bordieu, Pierre: "Los usos sociales de la Ciencia" pág. 109. Ed INRA Bs. As 2000

² Berger. Peter, Luckmann, Thomas: "La Construcción Social de la Realidad" pág. 13 Ed Amorrortu Avellaneda 1999.

³ Berger, Peter; Luckmana, Thomas: "La Construcción Social de la Realidad" pág 14 Ed Amorrortu Avellaneda 1999.

legislatura, partidos políticos, organismos internacionales, magistrados, etc., que ante intereses contrapuestos en un ámbito de disputa ideológica van encontrando soluciones diferentes

El interés científico estará entonces centrado en el hecho de que la realidad y el conocimiento poseen relatividad social la realidad que percibe un individuo africano no es la misma que la de un hombre de Buenos Aires se desprende entonces que las acumulaciones particulares (formales y no formales) de realidad y conocimiento pertenecen a contextos sociales específicos.⁴

Dentro de este análisis podemos establecer que en la sociedad humana existen variaciones empíricas de conocimiento y procesos por los cuales cualquier cuerpo de conocimiento llega a quedar establecido socialmente como realidad.

El derecho por ej como cuerpo de conocimiento, determina una realidad social específica a partir del cual se construye un modelo social, si bien no es el único elemento determinante; pues existen otros como la economía etc. debe tenerse presente que es el fundante pues toda la estructura social tanto institucional como individual se desarrolla a partir de él.

II. La Constitución Nacional y los Derechos Individuales y Sociales

El derecho es el producto de una disputa de intereses contrapuestos; y cualquier norma que se dicte habrá de favorecer alguno

de estos intereses por lo que nunca puede ser neutra y este criterio es aplicable a todo cuerpo normativo especialmente a la Constitución Nacional.

Pues este derecho ha sido dictado por un estrato social determinado de acuerdo con sus propias valoraciones e intereses así por ejemplo las disposiciones sobre la propiedad favorecen al propietario, etc.

Otra de las leyes fundamentales como el Código Civil, tiene nacimiento en una etapa histórica en la cual era importante proteger el modo de apropiación de la tierra (art. 577 Cód. Civ. tradición) y el modo de producción, la ganadería extensiva (art. 2513 Código Civil la propiedad sometida a la voluntad).

A partir de la Constitución Nacional y de las leyes que en su consecuencia se dictan, se conforma un universo simbólico abarcando la totalidad del orden institucional y es dentro de este universo donde se desarrolla la sociedad, otorgándole así y en su consecuencia un carácter nómico u ordenador

Este universo simbólico puede ser el producto de un consenso social o el resultado de la imposición de un sector o grupo respecto de otros o de la mayoría.

En nuestro país la construcción social se practica a partir del consenso pero ¿de cual consenso? si las normas son el producto de una contradicción de intereses la Constitución Nacional como cuerpo fundante de la sociedad también es el resultado de esta puja de intereses

Así entonces la primitiva Constitución Nacional de 1853 construye una realidad social que favorece el interés de los propietarios de

hecho el art. 17⁵ protege a ultranza la propiedad privada, derecho que posteriormente se encuentra enfatizado en el art. 2513⁶ del Código Civil. (dominio absoluto)

Al producirse el acceso al gobierno de un proyecto popular de redistribución como es el caso de Hiriogoyen primero y Perón posteriormente se modifica la Constitución Nacional en el año 1949 dando comienzo a una etapa en la que se construye un derecho diferente con mayor contenido social; que posteriormente con el auge del constitucionalismo social produce la modificación de la Carta Magna en el año 1957 con la inclusión del art. 14 bis⁷.

Finalmente la reforma constitucional del año 1994 construye un nuevo modelo social de Sociedad de Consumo y ambientalista y marca las pautas para la construcción de un nuevo derecho.

Crea también una dicotomía al aumentar la protección del ser humano en todos sus aspectos (consumidor, habeas data etc.) dando muestra de un hábil manejo del doble discurso posmoderno pues la realidad nos muestra la prevalencia del mercado.

III. La Distribución del Poder y la adjudicación de Roles

La Constitución Nacional ha dispuesto un esquema básico de división de poderes con la finalidad de lograr un equilibrio y de esta forma compensar el ejercicio de roles diferenciados.

Estableciendo un rol y funciones básicas e indelegables a cada uno de los tres poderes, la no intromisión, su autonomía funcional

⁵ Constitución Nacional art. 17. "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado pueda hacer requisaciones ni exigir auxilios de ninguna especie."

⁶ Art. 2513 (Derogado por Ley 17.711) "Es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. El puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla; tiene el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella, o perciba sus frutos y de disponer de ella por actos entre vivos."

⁷ Art. 14 bis CN: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagados, retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea, participación de las ganancias en las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleo público, organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en el registro especial.

Queda garantizado a los gremios, concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y al arbitraje, el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá; el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica administrada por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes, jubilaciones y pensiones móviles, la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna."

⁴ García, Pablo Sebastián: "Intencionalidad, Causalidad y Conocimiento Perceptivo. Tres estudios sobre filosofía de la percepción en el pensamiento contemporáneo." Pág 14 "Como ya señalamos cuando nos ocupamos del tema de la percepción, vemos que es a través de ella que tomamos conciencia del mundo que nos rodea. Así si bien mis campos perceptivos son limitados, su mutua complementación en el espacio y en el tiempo me permite construir un conocimiento del mundo considerablemente extenso y detallado." Ed. Oficina del Libro Internacional Bs. As. 1996.

etc, construyéndose a partir de ella un sistema institucional al cual legitimita y le otorga validez garantizando de este modo su gobernabilidad (como sistema).

La división de poderes resulta entonces la base fundamental para la reproducción del sistema institucional marcando un nivel horizontal de integración.

Esta construcción de la sociedad a partir de la Constitución Nacional resulta una decisión política de la cual por ejemplo el Poder Judicial se encontró ajeno en tanto su conformación se efectúa con posterioridad a su sanción.

Y si bien no establece su independencia en forma expresa; esta independencia surge implícitamente al regularlo como un poder con un rol específico: el control constitucional.

Ahora bien a que independencia nos estamos refiriendo?

Pareciera ser que la idea es deslindar al Poder Judicial de los vaivenes políticos y económicos a los cuales se encuentran sometidos tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo de hecho no solo remarca claramente su autonomía funcional y financiera, sino que fundamentalmente se predica que los jueces y funcionarios no deben participar en organizaciones o actividades políticas como si se tratara de entes a-históricos y a-ideológicos y no de personas con una conflictiva particular y un contexto socio-histórico específico.

Si bien es cierto que el efecto simbólico del lenguaje jurídico utilizado pareciera dar una imagen de independencia en la realidad esta se encuentra limitada por diferentes razones:

En primer término ¿quienes nombran a los jueces? Es evidente que el poder político y la creación a nivel nacional del Consejo de la Magistratura no ha logrado en principio destrabar esta situación en la que los partidos mayoritarios intercambian postulantes.

El hecho de incorporar un concurso de antecedentes y oposición no resultó hasta el momento óbice para colocar en los cargos a quienes resulten más conveniente a los intereses políticos partidarios.

El deterioro a que se encuentra sometido la prestación del servicio de justicia tiene básicamente relación con la falta de presupuesto que es determinado no por las necesidades del Poder Judicial como reza la Constitución Nacional sino por la capacidad presupuestaria cada vez más limitada por el Poder Legislativo a instancia de lo dispuesto por el Poder Ejecutivo y los Organismos Internacionales le asigna, volviendo a interferir el Poder Político sobre el Poder Judicial.

Puede hablarse de una independencia de la justicia federal? La que resultó en la última década, un caso paradigmático de impunidad política con nombramiento de jueces inidóneos y por tanto fácilmente manipulables? En muchos casos con una foja de servicios impresentable y con un cuantioso patrimonio desarrollado a partir de su nombramiento.

Si en la Constitución Nacional se establece como requisito para ser miembro del máximo tribunal no solo tener capacidad o aptitud técnica sino también capacidad económica exactamente igual que para ser senador y esto no fue modificado en ninguna de las sucesivas reformas; uno podría preguntarse si tal requisito no plantea una suerte de discriminación o que en realidad lo que se busca es la protección jurídica de los intereses de un determinado estrato social al cual estos pertenecen.

Los acontecimientos que se produjeron en los últimos tiempos en el país han demostrado que tal división de poder en la práctica real no existe el sistema establecido por la Constitución Nacional ha sido disfuncional atentando contra las bases mismas del sistema democrático y republicano.

El Poder Legislativo por dos veces intentó a través del Proyecto de Unificación Civil y Comercial del año 1987 y de la Ley de Defensa del Consumidor imponer una legislación más progresista en lo referente a la responsabilidad civil, regulando la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios; y en las dos oportunidades el Poder Ejecutivo los vetó actuando como colegislador al igual que con los decretos de necesidad y urgencia permitiendo esta falta de equilibrio institucional que el poder económico imponga su criterio.⁸

Así por ejemplo el Poder Judicial sorprendió a la comunidad jurídica con dos fallos de trascendencia Pepsi-Cola y Duna y en este último se remarca la necesidad de pertenencia del damnificado a un estrato social alto para poder gozar del derecho a la seguridad.

A partir de estos ejemplos podemos en principio establecer que la construcción del derecho no solo es practicada por el Poder Legislativo como reza la Constitución Nacional que es el ámbito en el que se desarrolla la discusión política.

Sino que también interviene en su construcción el Poder Ejecutivo cuando excede el rol constitucionalmente asignado de reglamentar las normas y lo hace mediante la forma de veto impropio o de decreto de necesidad y urgencia, etc.

Finalmente también el Poder Judicial a través de la interpretación de intereses y aplicación que realiza de las normas en el caso concreto pudiendo en algunos casos modificar su finalidad teleológica construyendo una norma especial, conforme a una ideología coyuntural

IV. La interacción del Sistema y sus Estructuras

El sistema social se encuentra integrado por distintas estructuras, que constituyen en sí mismas subsistemas, así el subsistema jurídico, el económico, el político etc y el comportamiento de cada uno de ellos depende de cómo se relacionan sus estructuras internas y de cómo se relacionan con las estructuras de los otros subsistemas.

El sistema jurídico puede construirse de dos formas:

- a) como un sistema autopoietico cerrado sin permitir que el entorno lo consustancie en una forma piramidal teniendo como principio fundamental como sostiene Kelsen la eliminación de todos los elementos que le son extraños⁹ al estilo del derecho construido en la Alemania nazi, el comunista, o el liberal de Velez Sarsfield, (arts. 1137¹⁰, 1197¹¹ en los que pone en una situación de igualdad abstracta a los sujetos contratantes)¹²

⁸ Ghersi, Carlos y otros: "Teoría General de la Reparación de Daños" 2ª Edición pág 45 Ed Astrea Bs. As. 1999.

⁹ Kelsen Hans: "Teoría Pura del Derecho" 9ª edición pág. 15 "Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende construir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignora todo lo que no responda estrictamente a su definición" Ed. EUDEBA Bs. As. 1970

¹⁰ Art. 1137 Código Civil "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos"

¹¹ Art. 1197 del Código Civil: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma."

¹² Guerra Filho Willisi. "Autopoiesis do Direito no Sociedade Pos-Moderna Introducao a uma Teoria Social Sistemica" pág 57 Ed Do Avogado Porto Alegre 1997.

b) como un sistema abierto de normas jurídicas que se construyen recibiendo las influencias del entorno que conforman una normación contextualizada esto en base a la existencia de principios generales tal es el caso de Borda en la Reforma de 1968 (buena fe, equidad, abuso del derecho).

El derecho según la tradicional dogmática jurídica es un sistema de normas más o menos homogéneo debiendo carecer de contradicciones¹³ para lo cual la interpretación que se haga de cada una de las estructuras que lo componen debe básicamente derivarse de la premisa. (libertad e igualdad).

De lo contrario, se sostiene, se transforma en un sistema inconsistente frente a la existencia de dos normas que pueden demostrar su validez dentro del mismo (igualdad y libertad frente a la presunción del ignorante del desconocimiento del derecho)

Sin embargo, la teoría del derecho contemporáneo se caracteriza fundamentalmente por el cuestionamiento de estas premisas en tanto la pregunta si el sistema jurídico es internamente coherente o incoherente apuntando a la existencia o inexistencia de algunas jurídicas, o contradicciones, o indeterminaciones, etc.

V. Las Sentencias como producto ideológico y su valor social

El segundo gran interrogante se refiere

a la aplicación de las normas particularmente a través de las decisiones judiciales; si la interpretación de las normas para el caso concreto tiene un carácter "objetivo" esto es una aplicación técnica y neutra por lo cual el juez es solo un apéndice funcional del sistema jurídico?

O si por el contrario; su interpretación se encuentra teñida de "subjetividad" y de ser así cual es el punto de intersección entre el prejuicio inherente al hombre, lo jurídico y lo político dado que el tradicional límite o contrabalanceo entre los Poderes del Estado es diferenciando roles?

Quienes se enrolan en una postura constructivista objetivista y de coherencia del sistema jurídico tienden a sostener la neutralidad de los jueces en la aplicación de las normas, apoyados en una abstracción en la cual el sistema permanece cerrado (autopoietico) a cualquier interferencia proveniente del entorno social. (dogmática jurídica)¹⁴

Por el contrario cuando se entiende al sistema jurídico como un sistema abierto, compuesto de normas en constante tensión „pues protegen intereses antagónicos, la función del juez lejos de ser neutra tiende a una interpretación favorable a aquella postura que considera más justa según su propia escala valorativa y su propio sistema de referencia¹⁵. o bien por que comparte ideológicamente la normación establecida por el poder político y asume el rol de coherencia ideológica (con todo lo que ello significa).

¿Cual de estas posturas defiende la Constitución Nacional como rol del Poder Judicial? ¿la que aplica la ley corroborando la defensa de los derechos que subjetivamente considera justos constitucionalmente? o ¿la del cumplimiento de la Constitución sin indagar sobre la justicia de la norma porque asume que el Poder Político es quien ya analizó la coherencia constitucional?¹⁶

El adoptar cualquiera de las dos posturas implica adoptar una posición ideológica y asumir la construcción de un derecho diferente.

Siguiendo esta línea de razonamiento, las decisiones judiciales entonces no son únicamente la aplicación lisa y llana de la norma vigente para un caso concreto, sino por el contrario son el resultado de la interpretación y preferencia del juez en una sociedad y en un momento histórico determinado.

En toda sentencia entonces no hay neutralidad valorativa como sostenía el positivismo jurídico que era racional, científico e independiente, sino como sostienen en cambio las escuelas socioeconómicas y jurídicas alemanas Lhumann¹⁷ o Habermas¹⁸ y las americanas Robertson o Duncan Kennedy; que el proceso de producción de la sentencia es de contenido ideológico y estas pueden ser dictadas desde la ética individual de cada juez, y social a partir de distribuir moral como valor social.

Insistir entonces con una clara diferenciación entre la construcción del derecho que es una tarea legislativa y su aplicación que

es una función privativa del juez; pareciera anacrónica, pues inciden en ambas instancias argumentos de conveniencia, ideológicos, políticos, económicos, la presión de la opinión pública incentivada por los medios masivos de difusión no carentes de intereses etc.

Existiendo por tanto una delicada línea de distinción entre lo político y lo jurídico en tanto el derecho y su aplicación son esencialmente la reproducción de las tensiones de la dinámica social y todas se estructuran ideológicamente

El Magistrado al resolver va encontrando soluciones abriendo el espacio en el ámbito jurídico para la construcción del derecho

Esta construcción puede ser desde lo individual, por ejemplo desde la ética, que como pauta subjetiva va construyendo derechos, así una sentencia puede ser ética pero a pesar de ello puede ser antisocial

En cambio la construcción social del derecho nace a partir de la preocupación por el otro tiene que ver entonces con la moral que implica un valor que el conjunto de la sociedad reconoce para ella en un momento histórico determinado por el valor justicia.¹⁹

Pero la justicia es un molde que puede adaptarse a distintas concepciones, lo justo para un liberal no es lo mismo que para un marxista

Desde la construcción social del derecho la justicia significa acercar las asimetrías reales empresas-consumidores, incluidos –excluidos es decir construir a partir de cada sen-

¹³ Caracciolo, Ricardo: "La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho" pág. 11 Ed. Fontamara México 1994.

¹⁴ Teran Oscar: "Positivismo y Nación en la Argentina" pág 11 Ed Puntosur Bs. As. 1987.

¹⁵ Weber, Max: "Sobre la Teoría de las Ciencias Sociales" pág. 36 "No existe ningún análisis científico "objetivo" de la vida cultural o bien de los "fenómenos sociales" que fuese independiente de unas perspectivas especiales y "parciales" que de forma expresa o tácita consiente o inconsiente, las eligiese, analizase y articulase plásticamente. La razón se debe al carácter particular del fin del conocimiento de todo trabajo de las ciencias sociales que quiera ir más allá de un estudio formal de las normas –legales o convencionales- de la convivencia social." Ed Planeta Bs. As. 1993.

¹⁶ Bobbio, Norberto, Bovero, Michelangelo. "Origen y Fundamento del Poder Político" Ed Grijalbo

¹⁷ Consult. Luhmann, Niklas; "Hacia una Teoría Científica de la Sociedad." Ed. Anthropos Barcelona 1997.

¹⁸ Consult. Habermas, Jürgen: "Más allá del Estado Nacional" Ed Trotta Valladolid 1997.

¹⁹ Consult. Arrighi, Giovanni y otros: New Left Review N° 10 "Pensamiento crítico contra la dominación" Ed Axal Madrid 2000.

tencia un orden más justo para el caso concreto y en lo general tratar de provocar la reacción de los otros para el futuro como ejercicio anticipatorio entonces la sentencia tiene un doble valor como justicia para el caso específico y como construcción social del derecho para el resto de la comunidad. (los modelos proyectados)

VI. El derecho y la escuela epistemológica como herramienta de la construcción social del derecho

La adopción de una estructura jurídica basada en el sistema francés a través de la sanción de un Código Civil inspirado en el Código de Napoleón con una tradición formalista en el cual prevalece una interpretación exegética de la norma y en la insistencia de una aplicación apolítica por parte de los jueces. Es real o una mera ficción que sirve como cortina de humo para la consolidación del poder político o económico o el que sea?

Se manejará acaso igual que en la Revolución Francesa el doble discurso "la revolución fue la liberación del pueblo o simplemente la consolidación de los derechos de la burguesía"?

Acaso el Juez es la verdadera voz del pueblo y defensor a ultranza de sus derechos o solo forma parte el doble discurso que consolida el poder de turno?

Si en los Códigos existe una prevalencia en la protección de la propiedad privada a ultranza (art. 2513 en su versión original) la aplicación lisa y llana de la norma contribuye a la reproducción de las desigualdades sociales en el caso concreto delineando

el marco ideológico imperante?

El estudio del derecho enmarcado en una concepción formalista mediante el estudio exclusivo de las normas positivas sin efectuar un análisis contextualizado de cada una de ellas contribuye a la idea de abstracción del derecho de la realidad social?

Pues pensemos que de practicarse un análisis histórico y socioeconómico de las normas (epistemológico) la jurisprudencia puede demostrar que los grupos de interés, las clases sociales altas y las instituciones económicas arraigadas en forma continua se han visto favorecidas? Y decretar su inconstitucionalidad real?

Finalmente desde siempre ha existido un impedimento para el cuestionamiento de las normas y de su aplicación que puede entenderse basado en la confianza en la racionalidad interna del sistema jurídico; en la carencia de un proyecto social alternativo que elimine las desigualdades, o bien en la necesidad del mantenimiento del status quo imperante, convenciendo a la sociedad de que el sistema jurídico y social es inevitable y esencial y que lo justo solo lo es en la medida de lo posible ²⁰

Así por ejemplo el Derecho Privado puede ser cosntruído desde dos ópticas

- a) desde el individualismo y el liberalismo a ultranza sustentado por Velez en donde la autonomía de la voluntad es el principio fundamental
- b) desde una óptica con criterio social que en nuestro caso se encuentra reflejado en la Reforma Borda defendiendo obligaciones jurídicas con fundamento en la solidaridad social en el cual por ejemplo se limita el

derecho de dominio (art. 2513 reformado)²¹

Existe un cambio ideológico? No fue acaso el resultado la postura ideológica de la jurisprudencia de la década de 1950 y 1960 en la Argentina?

Si uno analiza la jurisprudencia esencialmente de la Cámara Civil Nacional y de la Cámara de la Provincia de Buenos Aires ambas de gran influencia en la reforma legislativa; se ve con claridad que "construyeron la reforma social" del nuevo art. 2513 del Código Civil pero ello ocurrió porque se dio lugar a las distintintas interpretaciones y formulaciones del derecho de propiedad y esto resultaba importante para los cambios sociales que se habían producido entre las décadas de 1930 y 1950 y los que le siguieron entre 1950 y 1960.

Es importante la ubicación social del pensamiento del juez que no puede abstraerse de su propia naturaleza ni de la influencia de grupo de pertenencia como sostiene Merton. Nadie puede colocarse en el lugar de aquel que corta una ruta cuando tiene trabajo y un estandart de vida asegurado

En síntesis bajo el manto de la coherencia del derecho y del carácter ideológico de la judicatura; se legitima el funcionamiento de un sistema que tiende a favorecer los intereses de los grupos que cuentan con mayor información sobre las normas y con mayor poder económico para defender sus intereses ya que se enarbola la retórica de la igualdad jurídica cuando existe una desigualdad real entre los individuos y los grupos sociales.²²

Frente a estas desigualdades reales el derecho. debe satisfacer dos líneas fundamentales uno garantizar la libertad del individuo y dentro del sistema económico receptado por la Constitución Nacional el resguardo del ejercicio de esa libertad sobre los bienes que son de su propiedad; pero al mismo tiempo debe establecer reglas precisas para el intercambio representados fundamentalmente en normas que regulen la formación y ejecución de los contratos y sobre la base de la desigualdad real, para lo cual el Magistrado debe colocarse del lado débil para reequilibrar haciendo uso por ejemplo de los Principios Generales del Derecho de los arts. 954; 1071 o 1198 del Código Civil. o los Principios Generales establecidos en la Ley de Defensa del Consumidor art. 4 información, 5 seguridad art. 37 cláusulas abusivas etc. ²³

En el campo de la responsabilidad civil la lógica individualista inspira la institución de la responsabilidad subjetiva debiendo responder únicamente quien ocasiona un daño con culpa o dolo centrándose en la conducta del agente dañador independientemente del daño ocasionado a la víctima. Recepta una de las nociones más caras del individualismo

Frente a esta lógica individualista surgen nociones que enfatizan el valor de la solidaridad en las relaciones sociales permitiendo que el derecho cumpla con su función de cohesión social estableciendo deberes recíprocos entre los individuos protegiendo a la parte más débil de la sociedad. La responsabilidad objetiva es un ejemplo en la cual el que causa un daño debe responder independientemente de su conducta (riesgo empresarial).

²¹ Art. 2513 ley 17.711: "Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular."

²² Consult. Lautmann Rüdger: "Sociología y Jurisprudencia" 2ª Edición ed Fontamara México 1993.

²³ Wieacker, Franz: "El Principio General de la Buena Fe" pág. 28/29 Ed. Civitas S.A. Madrid 1986

²⁰ Alburquerque, Mario: "O Orgao Jurisdicional E A Sua Função estudio sobre Ideología, Aspectos Críticos e o Controle do Poder Judiciário" pág. 110 Ed. Malheiros Sao Paulo 1997.

VII. Conclusión: La trascendencia social del Magistrado y su sentencia

La formación ideológica del juez incide en la decisión judicial?

Duncan Kennedy Profesor de Jurisprudencia de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard sostiene: que lo político en las sentencias surge a través de la ideología en la aplicación judicial del derecho.

Si la ideología²⁴ es un discurso elaborado en defensa de determinados sectores sociales a los que se pretende representar, la estrategia es articular el discurso en términos universales de manera de ocultar el vínculo con el grupo representado.

Sin embargo el discurso judicial se cubre bajo la abstracción de la estricta aplicación de la norma. y la ideología política surge a través de la permanente argumentación respecto de la conveniencia pública en los fallos judiciales.

Los jueces son un símbolo social de imparcialidad y de autoridad creando con sus decisiones la convicción pública de que esa posición es la correcta dirimiendo una confrontación ideológica en un caso concreto y generando pautas de conducta a futuro.²⁵

Las decisiones judiciales tienen un efecto social determinante pero estas esconden bajo la semántica de un discurso neutral y de estricta aplicación de la norma las reales motivaciones del fallo, que solo pueden desentrañarse si se realiza una lectura por debajo de la superficie como dijera Foucault.

Entonces incluso aquel Magistrado que se empeña en guardar la retórica de la neutralidad en tanto desarrolla una solución y luego la justifica jurídicamente a través de la utilización de argumentos no deductivos invirtiendo el modelo silogístico está actuando movilizado por su propia ideología?²⁶

Si toda decisión judicial es permeable a las motivaciones ideológicas porque razón se sigue manteniendo la ficción de la neutralidad judicial cuando vemos a diario el contenido socio-económico y cultural de las sentencias?

Una respuesta puede ser que tanto la comunidad jurídica como la sociedad en general quiere conservar la imagen del juez neutral, en tanto esta es el símbolo social por excelencia de la imparcialidad.

Se intenta preservar una instancia simbólica siendo la imagen paradigmática de la coherencia que compense las incoherencias existentes en la realidad social.

La retórica de la neutralidad se mantiene porque la sociedad necesita creer que es cierta.

Sin embargo llegar a una verdadera justicia y a una real democracia requiere por parte de los Magistrados un debate interno y objetivo en la decisión judicial y ser conscientes de que la neutralidad no existe como tal; por que el juez es un hombre y todos los condicionantes que lo afectan como individuo influyen en su decisión y que esta a su vez generará una pauta a futuro con la cual puede modificar o no la realidad social existente.

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado*

Gustavo Vieira da Costa Cerqueira**

1. Introdução

“As correntes de que se vê atualmente sulcada em todos os sentidos a superfície do globo já não permitem as civilizações isoladas, nacionais, de outros tempos.”¹

Em 1º de Junho deste ano, foi promulgado pelo Decreto n.º 3.832 o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado na Sétima Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, ocorrida entre os dias 9 e 31 de outubro de 1951, tendo em vista a já aprovação deste ato multilateral pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 41, de 14 de maio de 1998, e o depósito do Instrumento de Ratificação do referido ato pelo Governo brasileiro em

23 de fevereiro de 2001, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, a partir daquela data.

Portanto, nos termos do art. 2º do Estatuto promulgado, tornou-se o Brasil membro efetivo da Conferência², razão pela qual o estudo e o conhecimento de sua estrutura e de sua finalidade se justificam.

O tema reveste-se ainda de especial importância, pelo fato de o Brasil encontrar-se inserido no importante processo de integração ensejado pelo Tratado de Assunção, cujos membros Argentina, Uruguai e Chile – este, como País associado ao MERCOSUL³, são Estados membros da Conferência da Haia de Di-

* A origem deste Artigo está em um primeiro trabalho sobre a Conferência da Haia, apresentado na disciplina de Direito das Relações Internacionais - DIR 03331, do Depto. de Direito Público e Filosofia da Faculdade de Direito da UFRGS, oferecida como disciplina opcional aos acadêmicos daquela Faculdade e ministrada, à época, pela Professora Doutora Cláudia Lima Marques, em conjunto com a Professora Doutora Harriet Christiane Zitscher (professora visitante CAPES/DAAD - Alemanha), que orientou o Autor na sua elaboração.

** Advogado em Porto Alegre - RS, e Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

¹ BARBOSA, Rui. A Conferência da Haia – Discurso em Paris a 31 de outubro de 1907. In *Obras Avulsas* – 1. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 10.

² O Brasil já havia se tornado Estado Membro da Conferência em 27 de Janeiro de 1972, mas denunciou o Estatuto em 17 de maio de 1977, cujos efeitos surtiram a partir de 30 de junho de 1978. Segundo Jacob Dolinger, a denúncia do Estatuto pelo Brasil acabou agravando “o isolamento do país em matéria de direito internacional privado e promovendo a perplexidade dos meios acadêmicos, nacionais e estrangeiros.” DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte geral)*, 4ª ed. Revisada, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 78.

³ Vide: Acordo de Complementação Econômica Mercosul – Chile, de 25.06.96.

²⁴ Eagleton, Terry. “Ideología” pág. 19 Ed. Paidós Barcelona 1997.

²⁵ Kennedy, Duncan: “Libertad y Restricción en la Decisión Judicial” pág. 68 Ed. Siglo del Hombre Editores. Bogotá 1999.

²⁶ Kennedy, Duncan: “Libertad y Restricción en la Decisión Judicial” pág. 63 Ed. Siglo del Hombre Editores. Bogotá 1999.