

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

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I) Derecho y estrategia en general

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(4) id., op. cit., pág. 149.

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

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

(7) MACHIAVELLI, obras citadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(12) CLAUSEWITZ, op. cit., pág. 144.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(14) *Id.*, págs. 167 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(16) *Id.*, op. cit., pág. XVII.

(17) CLAUSEWITZ, op. cit., pág. 220.

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

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

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

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

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

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

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

con una sentencia de primera instancia adversa, etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(19) V. nuestro estudio “Bases ...” cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III) Conclusión

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