

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

FILOSOFIA DE LA JURISDICCION

**CON ESPECIAL REFERENCIA
A LA POSIBLE CONSTITUCION
DE UN TRIBUNAL JUDICIAL DEL MERCOSUR**



**FUNDACION PARA LAS
INVESTIGACIONES JURIDICAS
ROSARIO**



Primera Edición

Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas

Hecho el depósito de ley

Derechos reservados

I.S.B.N. 950 - 652 - 012 - 7

*A la memoria de mis padres,
Lucía Caldani de Ciuro
y Miguel Ciuro*

*A la memoria de Werner Goldschmidt,
en el 40º aniversario
de "La ciencia de la justicia"*

*“Allí donde existen dos hombres que carecen
de una ley fija y de un juez común al que apelar
en este mundo para que decida en las disputas
sobre derechos que surjan entre ellos,
los tales hombres siguen viviendo
en estado de Naturaleza
y bajo todos los inconvenientes del mismo”*

(LOCKE, John. “Ensayo sobre el gobierno civil”,
trad. Amando Lázaro Ros,
1ª. ed. en BIF. Madrid, Aguilar, 1969, pág. 67 - Cap.VII-).

CAPITULO I

LA NOCION BASICA DE JURISDICCION JUDICIAL

1. 1. 1. Pese a que se trata de una expresión altamente multívoca, es esclarecedor que **“juris-dicción”** signifique, como lo indica la propia composición de la palabra, **“decir”** y en cierta medida **“hacer”** realidad el **Derecho**¹. La jurisdicción es más propiamente tal en la medida que tiene un fuerte contenido de decir, pero no excluye el hacer.

Es cierto que quien hace el Derecho también a menudo dice lo que él mismo hace (por ejemplo, el legislador dice su ley), pero creemos que la noción de jurisdicción se caracteriza porque se refiere sobre todo a quienes dicen un Derecho que **no hacen**, aunque en ese decir expresen su relativo hacer otro nivel jurídico (v. gr. cuando ante la ausencia de ley el juez hace un nuevo Derecho en su sentencia).

1. Jurisdicción se origina en “juris dictio”, “acto de decir el derecho” (COROMINAS, Joan. “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, con la colaboración de José A. PASCUAL. Madrid. Gredos. t. III. 1980. pág. 541 — “Juro”—).

Como hemos de desarrollar en el texto, la escisión entre el decir y el hacer el Derecho genera cierto riesgo de desviación que se debe superar (v. no obstante por ej. CARNE-LUTTI, Francisco. “Sistema de Derecho Procesal Civil”, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo – Santiago Sentis Melendo. Bs. As., UTEHA Argentina, t.I, 1944, pág. 156).

V. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 21a. ed., Madrid, 1992. t. h-z. pág. 1215 (“jurisdicción”). Acerca de la complejidad de significados de la voz “decir”, v. por ej. REAL ACADEMIA, op. cit., t. a-g, págs. 666/667.

En general, en relación con la jurisdicción v. por ej. MATTIROLO, Luigi. “Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano”, vol. I. 5a. ed., Milán - Roma - Florencia, Bocca.

1. 1. 2. Es notorio que la noción de “jurisdicción” varía según los alcances que se reconozcan al **Derecho**. Por ejemplo, cambia profundamente según se trate de una posición positivista sociológica, positivista normológica o abierta a la consideración del Derecho justo (frecuentemente se dice “jusnaturalista”). En términos de la **concepción tridimensional del Derecho**, que reconoce en éste hechos, normas y valores, podría decirse mejor: según se

1902, págs. 118 y ss.; REDENTI, Enrico, “Derecho Procesal Civil”, trad. Santiago Sentís Melendo - Marino Ayerra Redín, t. I, Bs. As., EJEA, 1957, págs. 3 y ss.; CARNELUTTI, Francesco, “Cómo nace el Derecho”, trad. Santiago Sentís Melendo - Marino Ayerra Redín, Bs. As., EJEA, 1959, págs. 69 y ss.; ALSINA, Hugo, “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Bs. As., Compañía Argentina de Editores, t. I, 1941, págs. 25 y ss. y 540 y ss.; LASCANO, David, “Jurisdicción y competencia”, Bs. As., Kraft, 1941; CARLOS, Eduardo B., “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, Bs. As., EJEA, 1959, págs. 183 y ss.; PALACIO, Lino Enrique, “Manual de Derecho Procesal Civil”, 3a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970, págs. 85 y ss.; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, 1a. parte, reimpresión, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, págs. 129 y ss.; MORELLO, Augusto M. y otros, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados”, La Plata - Bs. As., Platense - Abeledo-Perrot, t. I, 1969, págs. 5 y ss.; POSADA, Adolfo, “Tratado de Derecho Administrativo”, Madrid, Suárez, t. I, 1897, págs. 264 y ss.; BIELSA, Rafael, “Derecho Administrativo”, 3a. ed., Bs. As., Lajouane, t. I, 1938, págs. 95 y ss.; GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, “Democracia, jueces y control de la administración”, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1997; KANT, “Principios metafísicos del Derecho”, Bs. As., Americalee, 1943, págs. 139 y ss.; GOLD-SCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 458 y ss.; KALLER de ORCHANSKY, Berta, con la colaboración de Adriana DREYZIN de KLOR y Amalia URIONDO de MARTINOLI, “Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado”, Bs. As., Plus Ultra, 1991, págs. 450 y ss.; BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1983, t. I, págs. 195 y ss., t. II, págs. 1427 y ss.; GONZALEZ CAMPOS, Julio D. - FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, “Derecho Internacional Privado Español”, 2a. ed., Madrid, Universidad Complutense, t. I, 1992; FERNANDEZ ROZAS, José Carlos - SANCHEZ LORENZO, Sixto, “Curso de Derecho Internacional Privado”, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1992, págs. 247 y ss.; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, “Introducción al Derecho Internacional Privado”, Granada, Comares, 1997, págs. 149 y ss.; MOSCONI, Franco, “Diritto Internazionale Privato e Processuale”, Turin, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1996, págs. 25 y ss.; AUDIT, Bernard, “Droit international privé”, Paris, Economica, 1991, págs. 273 y ss.; BATIFFOL, Henri, “Droit international privé”, 5a. ed., con la colaboración de Paul LAGARDE, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. II, 1971, págs. 345 y ss.; MEYER, Pierre, “Droit international privé”, 5a. ed., Paris, Montchrestien, 1994, págs. 185 y ss.;

trate de una posición unidimensionalista sociológica, unidimensionalista normológica o tridimensionalista².

A nuestro parecer, la comprensión más honda de la jurisdicción se logra cuando se reconoce que el Derecho tiene siempre una **dimensión de justicia**, dotada de alguna objetividad (de cierto modo, "Derecho Natural"), que en última instancia hay que declarar (aunque en un mero orden de normas haya que recurrir, en principio, a la integración de las lagunas por el autor del ordenamiento normativo). Participamos de la creencia de que aunque no haya Derecho Positivo que decir, se debe decir, al menos, el Derecho justo. Esto disminuye la diversidad entre la "jurisdicción" y la "juris-generación" (por ejemplo: entre el poder judicial y el poder legislativo).

Quienes buscan intensificar la división de poderes suelen procurar, en cauces por lo menos afines a la escuela de la exégesis

- DROZ, Georges A. L., "Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)", Paris, Dalloz, 1972; HEGEL, Guillermo Federico, "Filosofía del Derecho", trad. Angélica Mendoza de Montero- Francisco Messineo, 3a. ed., Bs. As., Claridad, 1937, págs. 192 y ss. (párrafos 219 y ss.); KELSEN, Hans, "Teoría pura del Derecho", trad. Moisés Nilve, Bs.As., Eudeba, 1960, págs. 151 y ss.; "Teoría general del Estado", trad. Luis Legaz Lacambra, México, Nacional, 1959, esp. págs. 301 y ss.; también v. por ej. "Teoría general del Derecho y del Estado", trad. Eduardo García Máynez, 3a. ed., México, Textos Universitarios, 1969; COSSIO, Carlos, "El Derecho en el Derecho Judicial", 3ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1967; GIOJA, Ambrosio L., "Ideas para una Filosofía del Derecho" (rec.), Bs. As., Suc. A. L. Gioja, 1973, t. I, 1973, págs. 205 y ss.; ALCHOURRON, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", 1a. reimp., Bs. As., Astrea, 1987, págs. 201 y ss. También cabe c. v. gr. CALAMANDREI, Piero, "De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados", trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Depalma, 1943; "Elogio de los jueces escrito por un abogado", trad. Santiago Sentís Melendo - Isaac Medina, Madrid, Góngora, 1936; ASIS ROIG, Rafael de, "Jueces y normas", Madrid, Pons, 1995; FARINA, Juan M., "Justicia-Ficción y realidad", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997. Un panorama de la actividad judicial puede v. por ej. en DROMI, Roberto, "Los jueces", 2a. ed., Bs. As., Ciudad Argentina, 1993.
2. V. por ej. REALE, Miguel, "Teoría tridimensional do direito", 4a ed., San Pablo, Saraiva, 1986; GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", Madrid, Aguilar, 1958; "Justicia y verdad", Bs. As., La Ley, 1978.

o al positivismo, que los órganos jurisdiccionales sólo se remitan al Derecho Positivo y no al Derecho justo. Insisten, así, en acentuar la diferencia con los órganos “jurisgeneracionales” (v. gr. legislativos). Aunque en el planteo de conjunto parezca extraño, en la perspectiva jurisdiccional la exégesis es un “positivismo”.

Es correcto que desde el solo enfoque del Derecho Positivo, por remitirse a un Derecho hecho, la jurisdicción se diferencia del puro **hacer** el Derecho para los problemas planteados. En la jurisdicción el Derecho Positivo precede más a las soluciones y en la “jurisgeneración” en cierta medida nace con ellas. No obstante, la diferenciación no debe ser tajante: para quienes admitimos la dimensión de justicia del mundo jurídico, entre la jurisdicción y la producción de un Derecho Positivo “nuevo” hay un despliegue común: la dimensión dikelógica siempre preexistente.

1. 1. 3. La discusión acerca de si los jueces hacen Derecho Positivo se debe a diversos alcances que se dan a las palabras “**Derecho**” y “**hacer**”.

Es notorio que si se parte de la identificación del Derecho con la ley no hacen Derecho, pero esa identificación es evidentemente empobrecedora del objeto, porque mutila la plena conexión del mundo jurídico con la vida.

Normalmente los jueces no producen Derecho de manera originaria, pero hacen escalones inferiores. Es más: en circunstancias excepcionales de carencia de normas (“lagunas”), también hacen Derecho originario, aunque sea diciendo y haciendo realidad la dimensión dikelógica.

1. 1. 4. Conforme con la concepción tridimensional del Derecho todos los sujetos de la jurisdicción tienen que confluír, según los papeles que les correspondan (de jueces, litigantes, testigos, etc.), en la investigación y el cambio de la **realidad social**, las **normas** y los **valores**.

Dentro de la concepción tridimensional, la **teoría trialista del mundo jurídico** muestra que la jurisdicción debe entenderse como una manera de llegar a un **reparto** de potencia e impotencia,

en definitiva un reparto de **vida**, captado en **normas**, que ha de realizar el valor **justicia**³.

1. 2. Para decir el Derecho en la jurisdicción es imprescindible **decidir** y **resolver**, pero para decidir y resolver es de cierto modo imprescindible **juzgar**.

Decidir es "cortar" ⁴ un nudo problemático, una dificultad ⁵. Resolver es tomar determinación ⁶, pero también "desatar", "soltar" ⁷ lo mal atado, para que la vida tenga su legítimo despliegue. Juzgar es deliberar, quien tiene autoridad para ello, acerca de la "razón" que asiste en un asunto y sentenciar lo procedente, pero también formar "juicio" u "opinión" sobre algo o alguien ⁸. La jurisdicción es, concurrentemente, "juzgar", "decidir" y "resolver".

La tensión entre el decidir y el resolver fácticamente y el juzgar con remisión al Derecho y en especial a la justicia suele ser muy grande. En ella se refleja la dificultad en integrar las **dimensiones** del Derecho⁹. El positivismo tiende a ceñir la jurisdicción al decidir y el resolver y, como es obvio, procura alejarla del juzgar en justicia.

La amplitud de proyecciones y la profundidad del juzgar, el decidir y el resolver hace que la jurisdicción tenga una riqueza de **horizontes** enorme. Como hemos de puntualizar, la jurisdicción

3. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico c. v.g. GOLDSCHMIDT, obras citadas: CIURO CALDANI, Miguel Angel. "Derecho y política". Bs. As., Depalma, 1976: "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política". Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84: "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

4. COROMINAS, op. cit., t. II, 1980, pág. 431 ("Decidir").

5. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario ..." cit., t. a-g, pág. 666 ("decidir").

6. íd., t. h-z, pág. 1782 (resolver).

7. COROMINAS, op. cit., t. I, 1980, pág. 23 ("Absolver").

8. V. en relación con lo expuesto REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, op. cit., t. h-z, pág. 1217 (juzgar).

9. Acerca de la integración de las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica en el mundo jurídico v. GOLDSCHMIDT, "Introducción ..." cit.

está claramente relacionada con toda la realidad social, la lógica, la filosofía y la cultura en general¹⁰.

2. Aunque mucho se discute acerca de su **importancia**¹¹, creemos evidente que la jurisdicción es uno de los momentos culminantes de la vida jurídica. En él el Derecho resulta en una **"hora de verdad"**, cuando se producen muchos de los fenómenos más **efectivos** respecto de las personas concretas.

La existencia del Derecho, que como tal pretende alcanzar los resultados que desea, requiere que sea dicho y hecho realidad, de modo que la jurisdicción se torna **imprescindible** para la vida jurídica.

En última instancia, el **Derecho Positivo** es lo que los hombres vivimos como tal, en mucho lo que las partes cumplen, y el resultado de la jurisdicción. En gran medida es lo que a través de la jurisdicción se dice y se hace realidad.

La propia dimensión "dikelógica" (de justicia) del Derecho (que abarca lo que tradicionalmente se suele llamar **"Derecho Natural"**), depende en los hechos de lo que se "dice" que ella es y de lo que se logra realizar a través de la jurisdicción.

También los **hechos** de los casos son, en última instancia, lo que la jurisdicción dice que son¹².

10. Es posible v. por ej. LUHMANN, Niklas, "Ilustración sociológica y otros ensayos", trad. H. A. Murena, Bs. As., Sur, 1973, v. gr. págs. 66 y ss.; también cabe tener en cuenta por ej. "Fin y racionalidad en los sistemas", trad. Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Nacional, 1983.

11. Puede v. por ej. BRISEÑO SIERRA, Humberto, "Derecho Procesal", Mexico, Cárdenas, t. II, 1969, págs. 243 y ss. También cabe recordar las posiciones extremas acerca de la importancia de la función judicial que desde el punto de vista filosófico han sostenido, por ejemplo, la escuela de la exégesis por una parte, y el realismo norteamericano por la otra. Entre nosotros, una alta jerarquización de la función judicial, quizás con alcances excesivos, se ha producido a través de la egología.

12. En relación con la difícil vinculación entre función jurisdiccional y verdad v. por ej. VARGA, Csaba, "La nature de l'établissement judiciaire des faits", en "Archives de Philosophie du Droit", t. 40, págs. 39 y ss.; BERTOLINO, Pedro J., "La verdad jurídica objetiva", Bs. As., Depalma, 1990. También puede c. v. gr. nuestro estudio "La justice et la vérité dans le monde juridique" (versión francesa en colaboración), en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", LXIX, fasc. 4, págs. 446 y ss.

3. Para decir y al fin hacer real el Derecho, quienes ejercen la jurisdicción deben referirse al **Derecho** y al **caso**, no sólo **descubriéndolos**, como respecto al Derecho corresponde en el sentido jurisdiccional estricto, sino en alguna medida **“construyéndolos”**.

El Derecho y los hechos serán en la práctica lo que quienes ejerzan la jurisdicción puedan y quieran ver. De aquí la enorme importancia de la posición de los protagonistas de la jurisdicción.

4. En correspondencia con los despliegues normativos, fácticos y axiológicos de la tridimensionalidad del Derecho, la jurisdicción incorpora en la solución de los casos ingredientes de **racionalidad**, **voluntad** y referencia a la **cultura total**. La “juris-dicción” no es sólo un fenómeno jurídico, se inscribe en la cultura toda en relación con la cual se ejerce.

La jurisdicción es un **producto social** y a su vez **influye** en la sociedad de manera considerable. Existen importantes equilibrios entre la **conflictividad** de una sociedad y el **recurso** a la jurisdicción y entre la **calidad** y la **invocación** de la jurisdicción.

Una sociedad muy conflictiva puede acudir mucho a la jurisdicción o desbordarla; una calidad de jurisdicción demasiado baja o muy alta puede disminuir el recurso que se haga a ella. La existencia de la jurisdicción exige una **“cultura jurisdiccional”**. Más allá del protagonismo de quienes la desempeñan, la jurisdicción es una función **social**.

5. 1. La jurisdicción puede ser ejercida por diversos **cauces**, judiciales, administrativos, arbitrales, etc. La manera más clásica es la jurisdicción **judicial**. En nuestro caso hemos de considerarla de manera central, en particular con miras a apreciar la conveniencia de un tribunal judicial del **Mercosur**¹³.

13. Después de dos días de intensas negociaciones en Ouro Preto los ministros de las Cortes de Justicia de Argentina, Paraguay y Uruguay acordaron crear un tribunal supranacional del Mercosur con sede en Asunción. Brasil no manifestó su consentimiento respecto de la iniciativa (puede v. por ej. “Intal - Carta Mensual”, N° 2, Septiembre 1996, pág. 2; c. “Carta de Ouro Preto”, recomendación IV “La creación

5. 2. *Para una mejor comprensión de la jurisdicción judicial respecto del Mercosur vale referirse también a las soluciones que tendrían los casos en el supuesto de no producirse esa actuación jurisdiccional, por ejemplo, atendiendo sólo a la existencia y a la posibilidad de perfeccionamiento de la vía arbitral, a la existencia de las jurisdicciones locales de los países integrados y a la "extrajurisdiccionalidad" del desenvolvimiento "jurisgenerador" de los gobiernos, las fuerzas sociales o las partes.*

La principal vía ofrecida hoy por el Mercosur es el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, apoyado en la negociación directa, la intervención del Grupo Mercado Común y el arbitraje. También cabe considerar, por ejemplo, las obras jurisdiccionales de los Protocolos de Buenos Aires —en materia contractual— y de Santa María —respecto a relaciones de consumo— y el nivel de la cooperación, que encabeza el Protocolo de Las Leñas¹⁴.

El resto depende de las fuerzas más o menos encauzadas en la estructura institucional del Mercosur, de los jueces locales o del desenvolvimiento de las partes.

e instalación de una Corte de Justicia Supranacional para la aplicación, interpretación y unificación jurisprudencial del Derecho Comunitario").

Para comprender mejor las tensiones relacionadas con la constitución del tribunal del Mercosur cabe tener en cuenta además, por ejemplo, el trámite de la Recomendación Nº 1 de la Comisión Parlamentaria Conjunta en el sentido de adoptar las medidas conducentes al cumplimiento de la Recomendación Mercosur/CP-C/Recomendación Nº 2 / 96 por la que se insta a los Poderes Ejecutivos de los Estados Miembros a acordar la creación de un Tribunal Permanente de Justicia con facultades para la solución de controversias en las que sean partes los Estados Miembros o los particulares (art. 43 del Protocolo de Ouro Preto). El Tribunal también podría entender en la interpretación y aplicación uniforme de las normas del Mercosur y ejercer el control de legalidad de los actos emanados de los órganos institucionales del Mercosur. La respuesta del CMC ha sido reconocer la importancia del tema expresado en la Recomendación y señalar que el Protocolo de Brasilia y el anexo al Protocolo de Ouro Preto constituyen los instrumentos de solución de controversias actualmente vigentes.

Es posible v. nuestro estudio "Aportes filosófico-políticos para la comprensión del Mercosur y de su influencia en las estructuras sociales", en "Investigación y Docencia", Nº 30, págs. 9 y ss.

14. Puede v. por ej. DREYZIN de KLOR, Adriana - URIONDO de MARTINOLI, Amalia, "Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional - Fuentes convencionales", Bs. As., Zavallía, 1996.

CAPITULO II

LA JURISDICCION JUDICIAL EN EL MUNDO JURIDICO Y EN EL MERCOSUR

1) LA JURISDICCION EN EL MUNDO JURIDICO EN GENERAL

A) DIMENSION SICOLOGICA DE LA JURISDICCION

a') Las adjudicaciones aisladas

a'') *Concepto, estructura y clases de repartos aislados*

6. 1. 1. En relación con la **dimensión sociológica** del mundo jurídico vale apreciar que la jurisdicción dice y hace el Derecho para **solucionar casos**, es decir, conflictos acerca de adjudicaciones de lo que favorece o perjudica la **vida** de las partes ("potencia" e "impotencia")¹⁵.

Pese a que en un sentido muy amplio la "juris-dicción" se puede referir al decir el Derecho respecto de casos abstractos, por ejemplo cuando el legislador dice el Derecho de la constitución en normas legales generales e incluso cabe reconocer una "juris-dicción hipotética", que forma parte de la ideología social, de manera estricta la expresión indica el decir el Derecho ante **casos concretos**.

6. 1. 2. En la jurisdicción judicial la vinculación de los jueces con el Derecho y los hechos está habitualmente **preestablecida**.

15. GOLDSCHMIDT, "Introducción ..." cit., esp. págs. 54/55.

El perfil judicial suele superar la constitución ad-hoc; en el marco arbitral ese "preestablecimiento" del órgano es, al menos, todavía menor.

El paradigma más claro de la realidad social jurisdiccional es el del decir referido a los **hechos** y el **Derecho** y **no vinculante** para la solución de casos sucesivos. Ese decir se expresa sobre todo en las normas individuales de las sentencias.

En cambio, la casación es una jurisdicción "enrarecida", porque hay cierto alejamiento del tribunal respecto de los hechos.

Ello sucede todavía más en la vinculatoriedad de los pronunciamientos judiciales que se convierten en fuentes de normas generales para casos futuros. Efecto parecido se produce con la intervención del "jurado". De cierto modo la "dicción" se purifica, respectivamente en lo material, lo temporal y lo personal, pero entendemos que la jurisdicción es no sólo decir sino plena realidad del Derecho.

6. 1. 3. Para diferenciar la jurisdicción de las meras **opiniones**, por fundadas que sean, hay que atender precisamente a que ella se dirige a la realización del Derecho. La jurisdicción es en mucho el nexo entre la abstracción jurídica y la realidad, en tanto la doctrina va desde la realidad de los hechos y el Derecho a una mayor abstracción.

De cierto modo, la jurisdicción "**sintetiza**" el Derecho y los hechos a través de una "re-solución".

6. 2. 1. *En el marco de la **internacionalidad** clásica la relación entre la jurisdicción y los hechos ha sido débil, al punto que se ha requerido la sujeción voluntaria y puntual de las partes a la intervención del tribunal. Los progresos que se van haciendo para cambiar esa situación deben superar con dificultad la referencia a la soberanía de los Estados.*

6. 2. 2. *Un proceso de **integración** intenso requiere una jurisdicción preestablecida, con los caracteres de la judicialidad. Con miras al establecimiento de un tribunal del **Mercosur** hay que atender especialmente al grado de referencia a los hechos y al Derecho que tendrá en su actuación. Al tratarse de un tribunal "del*

Mercosur”, su compromiso preestablecido con el Derecho de la Integración puede ser altamente calificado, según ha ocurrido con los órganos judiciales propios de las Comunidades Europeas¹⁶. Si se desea intensificar el proceso integrador se ha de considerar, por lo menos, la posibilidad de que nuestro tribunal sea custodio del Derecho.

La capacidad de referirse a los hechos adjudicaría una potestad más amplia, pero quizás se prefiera en una primera etapa asegurar, por lo menos, el resguardo del proceso integrador desde el punto de vista del Derecho. El procedimiento de las “cuestiones prejudiciales”, empleado en la integración europea para lograr que los tribunales locales estén en la interpretación correcta del Derecho de la Integración, puede ser de utilidad¹⁷.

7. 1. 1. Quien ejerce la jurisdicción **conduce**, es decir, dirige, guía, eligiendo entre diversas posibilidades¹⁸ y dicha conducción produce un **reparto** de potencia e impotencia¹⁹. La jurisdicción es parte del gran esfuerzo del Derecho por conducir y adjudicar el mundo.

Sin embargo, el reparto jurisdiccional sucede en un complejo social formado no sólo por otros repartos sino por **distribuciones**, es decir, por adjudicaciones que provienen de la naturaleza, las influencias humanas y el azar.

A la jurisdicción no le corresponde repartir el mundo, pero la alternativa de no establecerla puede ser brindar más espacio para el desenvolvimiento de las distribuciones, en especial, de las influencias humanas difusas.

7. 1. 2. Cada repartidor jurisdiccional, en nuestro caso cada juez, se halla **“emplazado”** en un marco preexistente de normas,

16. C. v. gr. MOLINA DEL POZO, Carlos F., “Manual de Derecho de la Comunidad Europea”, 2a. ed., Madrid, Trivium, 1990, esp. págs. 270 y ss.

17. *id.*, págs. 305 y ss.

18. Puede v. COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, por ej. págs. 202 y ss. y 286 y ss.; “Radiografía de la teoría egológica del derecho”, Bs. As., Depalma, 1987, esp. págs. 149 y ss.

19. GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., esp. págs. 48 y ss.

de realidad social y de valores. En ese marco múltiples **fuerzas sociales** ajenas y propias forman un cuadro que **condiciona** su conducción.

El mero decir y hacer realidad del conjunto de la sociedad puede ser considerado, en sentido amplio, parte de cierta **“jurisdicción marginal”**. De alguna manera, es toda la sociedad, más o menos de acuerdo, la que dice y hace realidad el Derecho que también en lo profundo ella misma hace. En sentido lato hay una **“jurisdicción difusa”** del conjunto social. El núcleo conceptual de la jurisdicción, que es conductista, se va “diluyendo” con modificaciones en el conjunto social.

La dilución de la jurisdicción en el conjunto de la sociedad es particularmente evidente en épocas como la nuestra, de la postmodernidad, en la cual a menudo los comunicadores sociales sustituyen a los jueces en el ejercicio de cierta **“parajurisdicción”** y cada vez más la gente busca transferir sus tensiones personales al conjunto social diciéndolas por radio o televisión ²⁰. El papel de la Iglesia medieval es en mucho asumido por los utilitarios medios de comunicación de masas. La comunidad de los fieles es reemplazada por la comunidad de la teleaudiencia ²¹.

La ausencia de jurisdicción puede corresponder al imperio de la parajurisdicción.

7. 1. 3. El caso significa un **“des-ajuste”** social y en principio la solución jurisdiccional es una conducción tendiente a **componerlo**, sea en un marco contencioso o voluntario. Como ya señalamos, se tiende a una **“re-solución”**.

El “re-parto” deslinda y arregla, pero junto a la categoría de repartos **“exitosos”** hay que emplear las de repartos **“superados”** y **“frustrados”**. Siempre se debe tener en cuenta lo que verdadera-

20. Puede v. nuestro estudio “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.

21. Puede v. nuestro estudio en colaboración con Mario E. CHAUMET “Perspectivas jurídicas “dialécticas” de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., N° 21, págs. 67 y ss.

mente resulta de la tarea jurisdiccional, por ejemplo, apreciando si se trata de una **composición** o de una **complicación** de la realidad.

La alternativa, de la inexistencia de jurisdicción puede significar el imperio de la descomposición.

7. 1. 4. A través de la elección entre las distintas posibilidades de su conducta repartidora, quien ejerce la "jurisdicción" puede **apartarse** del sentido estricto de su papel, dentro o fuera del llamado marco de las normas. En los espacios de libertad que les corresponden como seres humanos, los llamados a ejercer la jurisdicción pueden aprovechar sus posibilidades para cumplir con su cometido o para abandonarlo.

Como hemos señalado, la jurisdicción significa un "camino" entre lo relativamente **abstracto** y lo **concreto**, pero puede **escindirse** desviándose hacia lo concreto, porque se hace un **nuevo Derecho** distinto del que corresponde decir y hacer y también puede desplazarse hacia lo abstracto porque se **dice** lo que no se llega a hacer, incluso lo que ni siquiera se quiere hacer.

El apartamiento del Derecho puede referirse sólo al Derecho Positivo o también al Derecho requerido por el valor justicia y al fin puede hablarse de una disolución **fáctica** de la tarea jurisdiccional, convertida en pura generación de nuevo Derecho injusto.

Por otro lado, la administración jurisdiccional puede prevalecer sobre los objetivos a lograr, de modo que llega a reinar la **burocracia** en que la forma y el trámite excluyen la tarea de decir y hacer realidad el Derecho.

También es posible que aunque la jurisdicción esté en cierto sentido bien encaminada se pervierta porque no llega a alcanzar el objetivo que le es propio, por ejemplo, porque se la **desvía** a otros fines, como sucede con su mediatización para lograr propósitos distintos (v. gr., de descrédito de los enemigos). Muchas veces la jurisdicción se hace sólo un instrumento para poner a alguien en aprietos, a menudo difíciles de revertir.

Sin embargo, las escisiones y las desviaciones son más frecuentes en las áreas del Derecho Público, en tanto en el Derecho Privado la necesidad del sistema capitalista de mantener sus reglas de juego hace que ellas sean menores.

7. 2. 1. En la **internacionalidad** de modelo clásico, compuesta por diversos Estados independientes respetuosos de los demás y relaciones económicas, religiosas, científicas, etc. suficientemente estrechas para requerir una compleja regulación jurídica, las posibilidades de repartir son menores y las interferencias de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar son mucho mayores que en el ámbito interno²². En correspondencia con esta realidad el despliegue jurisdiccional es menos intenso.

En la internacionalidad las posibilidades del apartamiento del papel jurisdiccional, de su escisión hacia lo concreto o lo abstracto y de la desviación hacia otros fines son mayores.

7. 2. 2. 1. En cambio la **integración** procura establecer un mayor grado de conducción y en principio necesita una jurisdicción más efectiva, con menos escisiones y desviaciones.

Para comprender la importancia conductora que puede tener un tribunal propio en un proceso integrador vale tener en cuenta que la actual "Unión Europea" es en mucho lo que la ha hecho ser su Tribunal de Justicia, considerado a menudo la institución más prestigiosa e independiente de las que consagraron los Tratados de Roma²³. Sin embargo, ese Tribunal no puede ser entendido sino en honda conexión con el resto de la cultura de esa región.

En el **Mercosur** la ausencia de un órgano jurisdiccional, aunque sea sólo relativamente análogo a los de la Unión Europea, es una evidencia del propósito de mantener en gran medida al proceso integrador anclado en la internacionalidad, en la negociación y en un más descarnado juego de las fuerzas sociales.

La instauración de un tribunal del Mercosur significaría un importante esfuerzo de conducción del proceso de integración. No hay que desconocer que esa conducción se produciría en un ám-

22. En relación con los supuestos sociológicos de la internacionalidad v. por ej. VERDROSS, Alfred. "Derecho Internacional Público", 4a. ed., con la colaboración de Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, 4a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss. Respecto a la comprensión trialista del Derecho Internacional Público cabe recordar la obra de Juan Carlos PUIG "Derecho de la Comunidad Internacional" (2a. reimp., Bs. As., Depalma, t. I, 1986).

23. MOLINA DEL POZO, op. cit., esp. págs. 270 y ss. y 149 y ss., part. págs. 270 y 150.

bito de distribuciones que pueden influir negativamente en la tarea judicial y en un marco de presiones sociales ya actuantes con relativa eficacia sobre ciertos tribunales locales, pero tal vez su no establecimiento brindaría todavía más espacio para tales fuerzas. Quizás la respuesta actual exprese el deseo de conducir de manera relativamente oculta a través del espacio de distribuciones.

El tribunal del Mercosur no podría "caer del cielo" libre de los condicionamientos de la realidad en la que habría de surgir. Como producto de la sociedad, sería lo que el "organismo" Mercosur lo hiciera ser y es notorio que no resultaría mucho mejor que el nivel medio de las realidades jurisdiccionales de los países de la región.

Las posibilidades de que disponen los Tribunales de la Unión Europea y el éxito que logran no son lisa y llanamente trasplantables a nuestro medio. La instauración del tribunal no puede tener efectos milagrosos.

7. 2. 2. 2. Aunque no cabe desconocer las posibilidades de composición de los casos que podría brindar el tribunal del Mercosur, tampoco es legítimo ignorar las tendencias a la complicación, a la escisión hacia lo abstracto o lo concreto y a la desviación que se manifiestan con excesiva frecuencia en algunos ámbitos jurisdiccionales de la región y podrían reproducirse en el órgano mercosureño.

Así como los países de nuestra zona son en varios casos convocados simultáneamente a formar un Estado moderno, liberalizarlo, democratizarlo y "privatizarlo", el Mercosur debería asumir el reto de formar un tribunal que superara los defectos que suele tener la jurisdicción judicial en varias áreas de la región.

Sin embargo, no constituir el tribunal podría significar un riesgo de descomposición.

8. 1. 1. 1. El reconocimiento cabal de todo reparto, y en nuestro caso del reparto jurisdiccional judicial, exige tomar en cuenta su **estructura**, atendiendo a las posibilidades y la realidad de quiénes reparten (son **repartidores**), quiénes reciben (son **reci-**

piendarios), cuáles son los **objetos** de reparto (sus potencias e impotencias), cuáles son los caminos previos para llegar a la decisión (**formas** de los repartos) y cuáles son los **móviles**, las **razones alegadas** y las **razones sociales** respectivos (en general "razones" de los repartos).

8. 1. 1. 2. Una de las cuestiones más significativas respecto a la jurisdicción es la de sus **repartidores**, en nuestro caso los jueces, en relación con la cual vale saber cómo son los sistemas de su designación, promoción y remuneración. Hablar de jurisdicción, judicial o no, sin atender a los repartidores que la protagonizan y a quienes reparten de modo indirecto a través de su designación puede ser una ingenuidad.

Hay que apreciar el espacio social real del que dispone el juez para repartir, cuáles son los condicionamientos que no puede remover y, en definitiva, cómo ocupa ese espacio. En gran medida, quien "pone" el juez "pone" la sentencia.

8. 1. 1. 3. Asimismo importa saber, v. gr., quiénes son los **recipiendarios** que pueden resultar beneficiados o perjudicados y quiénes resultan realmente tales en el reparto jurisdiccional.

Entre esos recipiendarios posibles suelen hallarse los **autores** del Derecho Positivo, con sus intenciones concretas y sus fines relativamente abstractos, los restantes integrantes de la **sociedad** en cuanto comprenden el Derecho de determinada manera y desean que sea realizado de cierto modo, los autores del Derecho actuales, también con sus intenciones y fines, las **partes** de los casos a resolver y sus allegados y abogados, los **poderosos** en lo político, económico, etc., los propios **repartidores** (v. gr. jueces y árbitros), etc.

Es imposible comprender un reparto jurisdiccional, en nuestro caso de un juez, sin apreciar que el propio juez es recipiendario, beneficiado o gravado, por lo que haga. Aunque el éxito no suele ser total, no es sin motivo que con frecuencia se trata de "cortar los circuitos" de conexión de los jueces con quienes pueden beneficiarlos o gravarlos, v. gr., mediante la prohibición de ejer-

cicio de la abogacía, la inamovilidad en los cargos, la intangibilidad de sus remuneraciones, etc. En otros casos, ante la imposibilidad de producir la "neutralización" se procura la imparcialidad por una vía diversa, la de las "parcialidades" de los jueces representantes de las partes, pero esto genera cierto riesgo de "fractura" del órgano jurisdiccional.

El establecimiento de la jurisdicción judicial genera, con carácter inevitable, un elenco de beneficiarios, no sólo de magistrados, sino de funcionarios, empleados, abogados, etc. y las correspondientes impotencias de quienes aportan para mantenerlos y de los integrantes de los órganos gubernamentales que resultan limitados.

El marco de los beneficiarios sólo se comprende de manera plena cuando se reconocen también los meramente "potenciales". Por ejemplo: dada la formación y el comportamiento reales de una sociedad, no son los mismos los sectores sociales beneficiarios potenciales de una jurisdicción civil o penal.

En general hay que computar que las partes y la sociedad en su conjunto suelen beneficiarse por la existencia del órgano jurisdiccional que asegura una organización más consistente y justa.

8. 1. 1. 4. Es relevante saber qué **objetos** (potencias e impotencias) se pueden repartir en la jurisdicción y qué se reparte, sobre todo en qué medida lo que se puede adjudicar y se adjudica beneficia o perjudica a la **vida** y el **ser** de los beneficiarios. Como es habitual en las relaciones entre realidad y normas, las potencias e impotencias reales suelen no coincidir con los derechos y deberes formalizados en las normas. Es notorio que existen jurisdicciones más o menos significativas por los alcances vitales que pueden adjudicar y adjudican.

8. 1. 1. 5. Es asimismo importante reconocer la **forma** del reparto jurisdiccional, apreciando el grado de **audiencia** posible y cuál se produce en realidad. El juez verdaderamente tal "escucha", con más o menos colaboración de los interesados, los hechos y el Derecho sobre los que ha de resolver.

Aunque a veces se dice que el **proceso** es el género y la función jurisdiccional es la especie, entendemos que, si se considera que el proceso en sentido amplio es audiencia antes de resolver, en realidad ambos tienen un ámbito común y otros diversos: puede haber jurisdicción sin proceso, cuando no hay audiencia, y proceso sin jurisdicción, por ejemplo en la elaboración constitucional, legal, etc.

La relación entre la **forma procesal** y los **objetos** que se adjudican según el Derecho de fondo es a veces muy tensa. La **forma** ha de conducir al **fondo**, pero éste no puede ser sin la forma. Nada de esto ha de llevar, sin embargo, al desconocimiento de que, sobre todo en épocas como la actual, en algunas áreas, como la de los derechos humanos, el proceso adquiere —por lo menos discursivamente— gran significación, al punto de alcanzar el núcleo del concepto jurisdiccional. Existe un muy relevante derecho al proceso.

Para reconocer el significado cabal de la jurisdicción es imprescindible saber cuál será el grado de **acceso** que tienen las partes para ser escuchadas. El tribunal y las partes forman un complejo indisoluble²⁴.

8. 1. 1. 6. Vale tener en cuenta, además, las **razones** del reparto que realiza la jurisdicción, atendiendo en nuestro caso a los móviles que el juez pudo tener y realmente tiene, a las razones que éste puede alegar y alega (principalmente en la **fundamentación** de su pronunciamiento) y a las razones que pueden atribuirle y le atribuyen los interesados y sobre todo la comunidad cuando consideran que la decisión jurisdiccional es valiosa.

La jurisdicción, en especial en su vertiente judicial, suele ser una pieza de gran importancia en la construcción del “**discurso**” de una sociedad, aunque ese relieve varía en relación con el lugar que ocupan los órganos respectivos.

Siempre, aunque sea en alguna medida, la jurisdicción **racio-**

24. Puede v. por ej. CAPPELLETTI, Mauro - GARTH, Bryant. “El acceso a la justicia”, trad. Samuel Amaral. La Plata. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata. 1983.

naliza. Sobre todo en sistemas jurídicos como el del Occidente actual se pretende que la fundamentación de la jurisdicción introduzca especial racionalidad en la sociedad. Sin embargo, las razones alegadas para recurrir a la vía jurisdiccional y para las soluciones son a veces falsas en relación con los móviles de las partes e incluso de los jueces. Es frecuente que quienes invocan la justicia no quieran en realidad la justicia que invocan.

En la medida que los pronunciamientos jurisdiccionales tienen razonabilidad y consecuente **fuerza de convicción** para los interesados y para el resto de la comunidad poseen más posibilidades de hacerse efectivos. Uno de los problemas graves en países como el nuestro es la pérdida de fuerza de razonabilidad social de los pronunciamientos jurisdiccionales.

8. 1. 2. Mucho se ha discutido en torno a la importancia relativa de la **jurisdicción**, de la **pretensión** y del **proceso** y de las influencias entre ellos. Esos temas pueden comprenderse mejor como puntos de vista diversos en la estructura del **reparto** de potencia e impotencia jurisdiccional.

La jurisdicción se refiere más a los repartidores; la pretensión se relaciona más con los beneficiarios y con el objeto y el proceso se vincula más con la forma del reparto.

La distinción entre repartidores y beneficiarios ayuda a comprender que es con razón que suele afirmarse que en la jurisdicción predomina el juicio respecto de la actividad **ajena** (de otros) y no la propia actividad, que es más inherente a la "administración" y a la propia vida de los particulares.

8. 2. 1. *La jurisdicción **internacional** clásica presentó grandes dificultades, por ejemplo, en razón de los desajustes entre los repartidores y los beneficiarios, porque los Estados "soberanos" se resistían a admitir la jurisdicción de sus pares.*

Además, era muy frecuente el chauvinismo que hacía realidad que "quien es parte y reparte se queda con la mejor parte", la audiencia era muy limitada y el abuso del discurso unilateral era demasiado frecuente.

No obstante, la comunidad jusprivatista internacional, impulsada en mucho por los intereses vitales de la burguesía, se encaminó de manera destacada a superar estos desequilibrios.

8. 2. 2. 1. La **integración** exige que esas deficiencias de la jurisdicción internacional sean superadas.

Para resolver sobre el establecimiento de una jurisdicción judicial del **Mercosur** hay que tener especialmente en cuenta quiénes resultarían repartidores y beneficiarios y cuáles serían las potencias e impotencias adjudicadas, las formas y las razones respectivas.

8. 2. 2. 2. Hablar de una jurisdicción judicial debe ser hablar de quiénes serían sus jueces y de cómo se los designaría. El trámite de selección respectivo es de fundamental importancia. Es además relevante saber cuáles serían en definitiva el origen nacional y la conciencia jurídica integradora de los componentes del tribunal.

8. 2. 2. 3. También importa en gran medida quiénes serían beneficiarios y gravados, qué potencias e impotencias recibirían, por qué vías previas, más o menos procesales, se llegaría a los pronunciamientos y cuáles serían los móviles, las razones alegadas y las razones sociales respectivos.

La comprensión del significado del órgano judicial exige tener en cuenta lo ya expuesto respecto de los beneficiarios y gravados que le son inherentes, correspondiendo considerar entre los segundos a los tribunales nacionales que le resultaran sometidos.

Mucho es lo que habría que hacer para “cortar los circuitos” que podrían vincular demasiado a los jueces mercosureños con otros intereses, por ejemplo, de los gobiernos o las empresas que influyeran en su designación. Las “parcialidades”, aunque fueran en alguna medida “calificadas” por la dimensión de los países, como en la Unión Europea, podrían contribuir a la realización de ese objetivo, pero sus peligros de “fractura” profunda del órgano son dignas de consideración.

Se ha de poner gran cuidado en saber si, como es nuestro pa-

recer, la instauración del órgano judicial beneficiaría a toda la comunidad y no resultaría por ejemplo, según creen algunos, sólo el producto de la aspiración, más o menos consciente, de incrementar la actividad de los hombres de Derecho.

8. 2. 2. 4. *Gran atención ha de brindarse, además, al reconocer cuál sería la fuerza de convicción que lograría el ejercicio de la jurisdicción mercosureña, sobre todo porque en algunos ámbitos regionales la jurisdicción judicial nacional y sobre todo extraterritorial tiene una razonabilidad insatisfactoria. Cabe esperar, no obstante, que habrá una estrecha relación entre la calidad de lo que se haga y la fuerza de convicción que se obtenga.*

9. 1. 1. En relación con las **clases** de reparto, cabe señalar que aunque con alcance amplio la jurisdicción puede ejercerse de manera autónoma, satisfaciendo el valor cooperación, en sentido estricto se vale de la **autoridad** empleada en decir y hacer realidad el Derecho, es decir, del ejercicio del **poder**.

La existencia de una jurisdicción judicial con poder incontrastable es a veces considerada una de las características de la estatalidad. En ella suele radicar la coerción, que para muchos es no sólo una característica del Estado sino del fenómeno jurídico en su totalidad.

Si bien en el caso de la jurisdicción judicial el uso del poder es un rasgo altamente representativo, su fuerte referencia a la justicia muestra que quiere ser un "poder que busca no ser poder". La jurisdicción judicial es a menudo una senda para obtener más autonomía para todos en base a la autoridad. De cierto modo es la mayor negación "dialéctica" del poder²⁵.

El carácter autoritario de la jurisdicción se produce en alguna medida aunque sus protagonistas hayan sido designados de manera relativamente autónoma, como sucede con los árbitros.

25. La más plena integración entre decir y hacer realidad el Derecho exige que en alguna medida la jurisdicción brinde decisiones no sólo declarativas sino **ejecutorias** e incluso dotadas de fuerza de "**cosa juzgada**". La síntesis entre el decir y el hacer está en los pronunciamientos **constitutivos**.

9. 1. 2. De lo ya expuesto surge el acierto del lenguaje relativamente común cuando dice que la jurisdicción es el "Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio"²⁶.

9. 2. 1. *La ausencia de órganos jurisdiccionales internacionales comparables a los internos de los Estados es uno de los rasgos en base a los cuales se ha planteado tradicionalmente no sólo la diferencia entre ambas realidades, sino la falta de carácter jurídico del Derecho Internacional Público. No obstante, creemos que esta ausencia es irrelevante para negar el carácter jurídico de dicha materia y va siendo por lo menos en parte superada.*

La falta de amplia jurisdicción internacional ha contribuido a que en muchos aspectos el ámbito internacional sea espacio del poder, más que de la justicia, o del ejercicio de la autonomía de las partes prescindiendo de modo significativo de la intervención estatal.

9. 2. 2. *El avance en la jurisdicción judicial, con su poder que busca no ser poder, es una de las características de la integración.*

Al resolver respecto de la constitución de un tribunal propio de la integración del Mercosur, hay que apreciar cuál será el poder de que dispondrá para cambiar la realidad y en qué medida se remitirá a la justicia para llegar a ser un poder que busca no ser tal.

Vale evitar que, como ocurre con demasiada frecuencia en la región, se trate de un poder más aparente que real, mediatizado por otro poder, pero dotar a la jurisdicción mercosureña del poder que en principio tiene la judicialidad puede ser un soporte importante para la integración.

b") Origen de los repartos

10. 1. 1. Atendiendo a enseñanzas del tridimensionalismo de Miguel Reale puede decirse, dentro de la teoría trialista del

26. V. REAL ACADEMIA, op. cit., "jurisdicción" cit

mundo jurídico, que los repartos, incluyendo los de carácter jurisdiccional judicial, se originan en el reconocimiento de una realidad fáctica situacional y de un complejo de fines respecto de los cuales son factibles diversos repartos entre los que se decide alguno y luego se lo efectiviza²⁷. **Reconocimiento, decisión y efectivización** son las tres grandes etapas del origen de los repartos.

10. 1. 2. 1. Para comprender de manera más plena el origen de todo reparto, también en el caso de la jurisdicción judicial, es imprescindible reconocer sus relaciones de **compenetración** con otros repartos, que constituyen una cierta **jerarquización** al respecto.

Para apreciar la compenetración de los repartos, en este caso del Derecho y de la jurisdicción, son relevantes todas las perspectivas estructurales que iluminan el reconocimiento de los repartos (repartidores, recipiendarios, objetos, formas, razones, clases, ordenación, etc.).

La jurisdicción produce repartos compenetrados dentro de los repartos del Derecho que se dice y se hace realidad, con los que están más o menos entrelazados. El modelo de la jurisdicción pura es el de la máxima correspondencia posible, donde la única diversidad está en el papel de los repartidores (unos son "jurisgeneradores" y otros "jurisdiccionales"). Sin embargo, es notorio que tal correspondencia es excepcional.

En última instancia, el grado de compenetración del reparto jurisdiccional con el del Derecho a decir y hacer realidad depende del nivel de la "dependencia" o la "autonomía" del nivel procesal con el del Derecho de fondo.

10. 1. 2. 2. Asimismo, para comprender mejor la "jerarquía" de los repartos en sentido amplio, y en consecuencia también de la jurisdicción, es necesario reconocer cuáles son las soluciones **alternativas** dentro de las cuales se elige.

27. REALE, Miguel, "Filosofia do Direito", 5ª ed., San Pablo, Saraiva, t. II, 1969, págs. 482 y ss.

La actuación del juez evita que intervengan otros repartidores, aunque sean gubernamentales, y por eso se produce una **división del poder**.

Los repartos jurisdiccionales judiciales se comprenden mejor cuando se los relaciona, por ejemplo, con los que se obtendrían por las sendas alternativas de jurisdicción **arbitral** o de la “**extra-jurisdiccionalidad jurisgeneradora**” de los otros órganos gubernamentales, las fuerzas sociales o las partes.

La consideración de las fuentes de los repartos y de los problemas de su jerarquía es exigencia del lúcido ejercicio profesional de la abogacía, pero de modo general corresponde a toda **táctica** y toda **estrategia** acertadas para la solución de casos.

Hay que obtener la **mejor** de las respuestas posibles recurriendo, en las medidas de la conveniencia y la justicia, a la jurisdicción judicial.

10. 2. 1. *En el marco **internacional** clásico el reconocimiento de la realidad, la toma de decisiones y la efectivización con los que se constituyen los repartos jurisdiccionales son más difíciles. sobre todo cuando se plantea una desproporción entre los órganos jurisdiccionales y los casos, según sucede en especial en el marco jusprivatista internacional. No es sin motivo que el Derecho Internacional Privado clásico recurrió a la relativa simplificación repartidora que brinda la extraterritorialidad del Derecho vinculado a los casos (expresada en el método indirecto).*

La jurisdicción internacional suele significar una compenetración de repartos especialmente incompleta, al punto que el Derecho Internacional Privado clásico se ha apoyado en la total diferenciación entre el Derecho a aplicar y la jurisdicción (“extraterritorialidad” del Derecho, recién referida).

Las principales alternativas respecto de la jurisdicción internacional son las negociaciones políticas, que no siempre dan resultados satisfactorios, o la guerra.

A menudo en el marco internacional la compenetración de repartos resulta oculta, transponiéndose, como una independencia

real. la noción normológica de soberanía. Un Estado normológicamente soberano no es necesariamente "independiente" en los hechos. Reconocer las verdaderas jerarquizaciones en el ámbito internacional es importante para apreciar los verdaderos repartos, también en el ámbito jurisdiccional.

10. 2. 2. 1. *En la **integración** la formación de los repartos jurisdiccionales ha de ser más fácil y es conveniente que, sobre todo para favorecer la toma de decisiones y la efectivización, se forme un tribunal específico, como el que podría establecerse para el **Mercosur**.*

10. 2. 2. 2. *En cuanto a las adjudicaciones que se reemplazarían con la creación del tribunal mercosureño, es importante atender a que en la situación actual los casos son resueltos sólo por las intervenciones de los interesados, de los gobiernos y de los órganos no jurisdiccionales del Mercosur o de los tribunales locales.*

El procedimiento del Protocolo de Brasilia no ha logrado los resultados que pretende. En general, el estado de la solución de controversias en el ámbito integrado es insuficiente y muchos interesados pasan sus conflictos directamente a "pérdidas y ganancias". Ante la situación presente, es importante lo que podría lograrse con un tribunal del Mercosur.

Constituir el tribunal del Mercosur significaría una transferencia de poder, más o menos intensa, desde los otros órganos gubernamentales y los tribunales locales a favor de los jueces mercosureños. Es notorio que esa transferencia genera resistencias de los actuales detentadores del poder, que verían disminuidas sus posibilidades.

10. 2. 2. 3. *La constitución del tribunal del Mercosur debe apreciarse también comparando los repartos que se producirían a través de él con las alternativas extrajudiciales, v. gr. arbitrales, y "extrajurisdiccionales", que en este enfoque amplio comprenden también el juego de las jurisdicciones locales.*

Según ya señalamos, al menos como está previsto, el arbitraje no ha dado los resultados necesarios y pensar en su gran desarrollo a partir de ahora es poco sostenible, entre otros motivos, por el

limitado sentido arbitral que reina en diversos medios de la región. Es más: un sistema arbitral, incluso en el caso de alcanzar su deseable perfeccionamiento, no puede satisfacer todos los requerimientos jurisdiccionales de un régimen con fuerte sentido institucional como el que se plantea y es necesario en el Mercosur.

Dejar al Mercosur sin jurisdicción propia es hacerlo depender de los jueces locales o de las fuerzas extrajurisdiccionales de los gobiernos, la sociedad o las propias partes. Las potencias de los interesados más débiles podrían perderse y, aunque las partes pueden desenvolverse de manera autónoma, al fin la jurisdicción local y la extrajurisdiccionalidad significan una gran posibilidad del juego del poder.

c") Funcionamiento de los repartos

11. 1. 1. En cuanto al enfoque funcional, vale considerar que todos los repartos, incluso los de la jurisdicción, pretenden **modificar** las adjudicaciones de la situación que procuran **reemplazar**. En la jurisdicción se busca en gran medida que ese reemplazo se haga de manera definitiva.

Se afirma a veces que en la sentencia el juez se sustituye "para siempre" a "todos" los protagonistas del caso²⁸ y, aunque no compartimos el carácter intenso y extenso de ese "para siempre" y ese "todos", que responde en gran medida a una concepción de monopolio del Derecho por el Estado, entendemos que es importante tener en cuenta que al producirse la **superposición** jurisdiccional por **cambio** de los repartidores (transmutación activa), se generan también normalmente **alteraciones** en los beneficiarios, los objetos, la forma y las razones respectivas (transmutación pasiva, transustanciación, transformación y transfiguración de los repartos)²⁹.

Al actuar el juez como repartidor, reemplazando a los otros protagonistas, sean autoritarios o autónomos, se modifican también los otros aspectos de la adjudicación existente en el caso.

A menudo, según ya en cierto sentido señalamos, en el repar-

28. V. acerca del tema: CHIOVENDA, José. "Principios de Derecho Procesal Civil", trad. José Casais y Santaló, Madrid, Reus, t. I, 1922, págs. 344 y ss.

29. Es posible v. nuestro "Derecho y política" cit., pág. 52.

to jurisdiccional se **agregan** recipiendarios (v. gr. los protagonistas de la jurisdicción, los abogados de las partes y los restantes integrantes de la sociedad), **varían** las potencias e impotencias adjudicadas (el recurso a la jurisdicción tiene un "costo", por ejemplo de tiempo, que es una impotencia, aunque el pago de intereses tiende a evitarlo), se procura una mayor **audiencia** (así lo pretende el proceso) y se explicitan formalmente las **razones** (fundamentación de las sentencias)

Sin embargo, otras modificaciones importantes pueden producirse en la ordenación de lo adjudicado, en su cobertura normológica y, sobre todo, en la realización de justicia.

11. 1. 2. 1. Uno de los despliegues más importantes del funcionamiento de los repartos, también en el ámbito de la jurisdicción, es el del tropiezo de los **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas, que a veces se aprecian mejor desde los repartos aislados y otras desde el conjunto de ellos. En cuanto a la jurisdicción, se debe considerar cuándo pueden haber repartidores jurisdiccionales, en especial, cuándo pueden existir jueces, y qué se puede esperar de ellos.

No todo **querer es poder**, es decir, no todo querer cuenta con la **fuerza social** necesaria para realizarse. Múltiples factores, físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, socio-políticos y socio-económicos pueden impedir los repartos y sus vinculaciones y en la jurisdicción esto se advierte con particular claridad.

Si bien el Derecho termina siendo siempre en gran medida lo que los órganos jurisdiccionales dicen y hacen realidad como tal, dichos órganos sólo pueden decir y hacer realidad lo que les permite el sistema de fuerzas en que se desenvuelven. Es más: la jurisdicción es resultado de un sistema.

11. 1. 2. 2. Existen importantes límites físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, etc., pero vale considerar en particular los obstáculos **socio-políticos** y **socio-económicos** que suelen impedir los repartos y el orden jurisdiccionales.

También para los órganos jurisdiccionales es imperiosa la

“**constitución material**” formada por los factores de poder³⁰. Un límite socio-político para la jurisdicción suelen constituirlo los **conflictos** del régimen. En la medida que se considere a la jurisdicción como un instrumento del orden de repartos, cuando éste padece grandes tensiones ella suele resultar inviable.

La posibilidad de la jurisdicción resulta además limitada cuando en el régimen hay grandes **desequilibrios** que permiten que algunos elementos se impongan casuísticamente a los otros. No es sin motivo que la noción de jurisdicción ha evolucionado considerablemente con la formación y luego la democratización del Estado moderno, en alguna medida “pacificador” (Hobbes) e igualador (Rousseau).

Para comprender el destino de la jurisdicción en nuestro tiempo es asimismo importante reconocer los requerimientos que al respecto tienen el **capitalismo** y la **burguesía**. Parece que poco puede hacerse oponiéndose a sus exigencias.

La mayor aproximación de la burguesía a la jurisdicción judicial estatal correspondió al tiempo de la Edad Contemporánea, en que ella dominó al Estado, pero hubo un antes y parece que hay un después, en que la vocación estatal es mucho menor y se tiende a asumir la solución de controversias por otras vías.

11. 1. 2. 3. Ante la cercanía de la realidad más **concreta**, la jurisdicción se encuentra con múltiples limitaciones necesarias que los niveles más abstractos del Derecho suelen ignorar. Sin embargo, por ese encuentro con la realidad los protagonistas jurisdiccionales resultan a menudo más prudentes que los autores de soluciones generales, de modo que sus tropiezos son menos frecuentes. A su vez, no obstante, la conciencia jurisdiccional de los obstáculos es muchas veces menor que la de los contratantes.

Hay cuestiones que por ser o tornarse **poco cognoscibles** resultan ajenas a las posibilidades de la función de vincular el Derecho con los hechos, propia de la jurisdicción. La pretensión de

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

que haya jurisdicción cuando los casos no fueron nunca cognoscibles o se tornaron incognoscibles es un abuso de la función.

11. 1. 2. 4. En todos los casos, cuando las ordenanzas se refieren a **cuestiones vitales** son "repensadas" antes de cumplirlas. Lo propio sucede con el Derecho respecto a una cuestión vital para los repartidores jurisdiccionales, en nuestro caso los jueces.

Es inherente a la condición humana del juez que cuando un asunto a resolver le sea vital replantee la conducción a asumir, aunque al fin se decida por el cumplimiento del Derecho de referencia.

Para que una jurisdicción judicial funcione con menos riesgos se ha de procurar que las cuestiones no sean vitales para el juez. Por eso, como las cuestiones civiles son más cotidianas porque a la burguesía le interesan las reglas del sistema, la jurisdicción civil suele ser menos tensa que la penal, administrativa, etc.

Hay asuntos, sin embargo, en los que por el carácter vital que tienen para el juez o la sociedad resulta inevitable la "juris-generación" y es imposible la "juris-dicción" en sentido estricto.

El despliegue jurisdiccional maneja alternativas que pueden hacer que las cuestiones vitales para el régimen no conduzcan a su estallido. La jurisdicción es un gran instrumento "amortiguador".

11. 1. 2. 5. La superposición de la solución jurisdiccional sobre la adjudicación del caso a resolver ha de respetar los **cimientos** que éste le establece. Según ya hemos señalado, la jurisdicción se desenvuelve en un "**espacio social jurisdiccional**" que condiciona sus alcances. Es en la jurisdicción donde se muestra la viabilidad que al fin tienen los repartos y el régimen en su conjunto.

11. 1. 2. 6. Corresponde volver aquí a lo expuesto en el punto 1. 1. 3. para afirmar que si no se ciñe la noción de Derecho a la abstracción legal y no se piensa en un hacer originario, es inherente al decir y "hacer realidad" el Derecho por los repartidores jurisdiccionales el "**hacer Derecho**".

Aunque el órgano, en nuestro caso el juez, no lo quiera, es inevitable que en alguna medida haga Derecho. Se trata de un "límite" que surge de la naturaleza de las cosas.

Si se considera a la **técnica** como un saber para el hacer, vale apreciar que los límites necesarios de los repartos son "insuficiencias" en el desarrollo de la misma.

11. 2. 1. 1. En la **internacionalidad** la superposición del pronunciamiento jurisdiccional sobre la adjudicación existente en el caso suele requerir una transposición (proyección espacial) con una problemática de modificaciones a veces semejante a la de la misma superposición.

Como en la jurisdicción internacional el caso es más extenso que el ámbito jurisdiccional, surge una problemática específica que suele resolverse mediante la cooperación procesal³¹.

11. 2. 1. 2. En la comunidad internacional los límites necesarios de los repartos suelen ser muy fuertes. En lo jurisdiccional las dificultades comienzan en el Derecho mismo que, en su formación y su conocimiento tiene muchos obstáculos, y abarcan el acceso a los hechos, por el intenso "ruido" que muchas veces obstaculiza la comunicación y por la división del poder de los Estados.

De cierto modo cabe señalar que la "jurisdicción" internacional fue durante mucho tiempo un relativo imposible, ya que —como lo denunció Kant³²— no existía en este marco referencia decisiva a un Derecho justo, sino al poder, y el dominio de los hechos se llevaba a cabo con demasiado recurso al álea de la guerra.

Las relaciones internacionales eran a menudo, principalmen-

31. Es posible v. nuestro artículo "Cooperación Judicial Internacional en el Mercosur", en "El Derecho Procesal en el Mercosur - Libro de Ponencias", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1997, págs. 279 y ss.

32. KANT, Manuel, "La paz perpetua", en "Fundamentación de la metafísica de las costumbres - Crítica de la razón práctica - La paz perpetua", trad. F. Rivera Pastor (y otros), México, Porrúa, 1977, pág. 225; también puede v. por ej. "Principios metafísicos del Derecho" *cit.*, págs. 196 y ss.

te en las cuestiones públicas, excesivamente tensas y desequilibradas para que se desarrollara la jurisdicción, sobre todo con carácter judicial. Las tendencias psíquicas se orientaban a destruir al "diferente". Sin embargo, sin caer en ingenuidades "premaquiavélicas" ni desconocer el "utilitarismo" actual, podemos afirmar que con el andar del tiempo hay cierto avance en la referencia internacional a la justicia y al Derecho, que abre más espacio a la jurisdicción.

Reconocer la mayor remisión a la justicia y al Derecho, la menor frecuencia de las guerras, cuya condena se apoya a menudo en invocaciones de justicia, y los avances jurisdiccionales no significa desconocer que es posible que en lo profundo todo se deba a la preservación última de la utilidad. Incluso vale recordar que, al menos en el marco de la posibilidad de la guerra atómica, el fenómeno bélico sería al fin, en general, al propio tiempo "inútil" e injusto³³.

11. 2. 1. 3. En lo internacional múltiples cuestiones, como las del auxilio judicial, los documentos de extraña jurisdicción, la quiebra, la litispendencia, la cosa juzgada y el reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos extranjeros plantean problemas mayores que en la jurisdicción interna.

Sin embargo, los obstáculos de la jurisdicción internacional se modifican y en general se reducen por la globalización³⁴. El estado actual de la técnica no sólo permite sino promueve la globalización.

33. En relación con la comprensión que predomina en la actualidad respecto de la guerra v. por ej. BOBBIO, Norberto, "El problema de la guerra y las vías de la paz", trad. Jorge Binaghi, Barcelona, Gedisa, 1982. Cabe recordar ALBERDI, Juan Bautista, "El crimen de la guerra", Bs. As., Luz del Día, 1957.

34. Es posible v. nuestro estudio "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en "Investigación ..." cit., Nº 27, págs. 9 y ss. Asimismo, v. gr. ORSI, Vittorio, "Las Claves de Davos 97", 8vas. Jornadas Bancarias de la República Argentina, Una posición crítica acerca de la globalización se expone v. por ej. en CHOMSKY, Noam - DIETERICH STEFFAN, Heinz, "La aldea global", Tafalla, Txalaparta, 1997. Es interesante considerar los efectos que sobre la globalización puede tener la actual crisis de mercados asiáticos.

11. 2. 2. 1. En la **integración** es necesario que la transposición se haga más fácil, pero al mismo tiempo tienda a perder significación por la ampliación del espacio respectivo. Se necesita que la cooperación sea superada por la expansión jurisdiccional.

Una manera de lograr en plenitud la nueva territorialidad jurisdiccional es la formación de un tribunal propio.

11. 2. 2. 2. La integración necesita una jurisdicción menos limitada que la de la internacionalidad. Uno de los aportes que pueden resultar efectivos para hacer ceder los límites de la jurisdicción internacional es la creación de un tribunal regional, pero al propio tiempo existen importantes límites al respecto que no deben desconocerse.

Para establecer un tribunal del **Mercosur** hay que tener en especial consideración cuáles serán las fuerzas sociales que lo harán más o menos viable, incluyendo su comparación con las fuerzas que se presentan en las otras maneras de solucionar las controversias.

Obstáculos físicos, por ejemplo de grandes distancias geográficas; psíquicos, v. gr. de poca conciencia jurisdiccional e integradora; socio-políticos, por ejemplo por las asimetrías entre los países, las prácticas corruptas y diferencias culturales marcadas; socio-económicos, v. gr. por las distintas magnitudes en el poder de las empresas, etc. pueden hacer menos viable la solución jurisdiccional judicial. Hay que saber cuáles son los cimientos sobre los que se ha de construir y cuál es el "espacio social jurisdiccional" con que se ha de contar.

11. 2. 2. 2. 1. La existencia de un tribunal del Mercosur depende de que en la realidad haya un sistema social y económico mercosureño. No se ha de ignorar que en algunos ámbitos de la región la jurisdicción judicial suele ser frustrada y ciertas cuestiones son "con-fundidas" de tal manera que, sea cual fuera el acierto de lo que se decida, resulta casi imposible lograr fuerza de convicción social.

En diversos casos los países del Mercosur son afectados por con-

flictos partidistas y culturales muy intensos. Vale considerar, por ejemplo, los choques entre la cultura "ibérica tradicional" y la cultura anglofrancesada, con su derivación norteamericana, que tanto obstaculizan la jurisdicción en varios países de la región.

La cultura ibérica tradicional, reforzada a menudo por elementos migratorios —v. gr. de Italia del Sur—, es más comunitarista y paternalista y posee un inconsciente colectivo más católico y menos afín al capitalismo. La cultura anglofrancesada es más individualista y abstencionista y recibe algunas influencias subterráneas calvinistas, agnósticas o ateas; a veces tiene más sentido capitalista³⁵.

Para ejemplificar con un caso concreto, pueden considerarse los grandes escollos que tiene la jurisdicción en la Argentina por los enfrentamientos entre el "ibérico tradicional" peronismo y la anglofrancesada oposición.

Es importante saber si se ha de constituir un tribunal realmente tal o una apariencia que vista de ropaje judicial decisiones meramente partidistas.

11. 2. 2. 2. 2. *El "Mercado" Común del Sur ha de tener en muchos aspectos, incluso el jurisdiccional, la estructura que le brinden el capitalismo y la burguesía, de modo que para averiguar acerca de la viabilidad definitiva del tribunal hay que conocer sus proyecciones al respecto.*

Si prevalecen un capitalismo y una burguesía cerrados en lo nacional, el tribunal será menos posible; si predominan un capitalismo y una burguesía regionales o mundiales —como parece ser la tendencia— su existencia será más viable.

12. 2. 2. 3. *En caso de constituirse el tribunal del Mercosur, habrá que cuidar especialmente que no sea sometido a presiones invencibles y que las cuestiones que deba resolver no se tornen demasiado confusas ni vitales para sus jueces.*

35. Cabe c. v. gr. nuestras "Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura". Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

En cuanto hace a las vertientes jurisdiccionales, quizás la cultura ibérica tradicional sea más "judicialista", en tanto la anglofrancesada-norteamericana podría llegar a ser más "arbitralista".

El proceso integrador europeo, con su jurisdicción propia exitosa, tuvo que superar también grandes obstáculos. Puede esperarse que el éxito acompañe también en alguna medida aceptable al tribunal del Mercosur.

En profundidad, un proceso integrador no es cabalmente tal sin los aportes de la jurisdicción, y ésta no alcanza el desarrollo necesario sin un órgano judicial propio.

b') El orden y el desorden de las adjudicaciones

a'') *Concepto, estructura y clases de órdenes de repartos*

12. 1. 1. 1. Como en toda relación entre repartos, el reparto jurisdiccional se vincula de manera más **ordenada** o **desordenada** con el reparto básico del Derecho a decir y a hacer realidad y se ubica, en mayor orden o desorden, respecto del régimen en su conjunto. Sin embargo, en principio la jurisdicción es una vía indispensable para la expansión del orden de repartos (régimen).

Los tribunales son piezas calificadas del orden, y el régimen alcanza su plena maduración cuando tiene un sistema jurisdiccional propio. Si depende de la jurisdicción que se ejerce en otro orden de repartos es al fin de cierto modo dependiente de él.

En cuanto se genera orden en los repartos se satisface el valor homónimo "orden"; si se produce desorden (anarquía) se realiza el "desvalor" arbitrariedad.

12. 1. 1. 2. La existencia de órganos jurisdiccionales es un importante aporte para salir del modelo del "**estado de naturaleza**" en que impera la mera fuerza. En la jurisdicción la **cultura** absorbe el "estado natural" y de alguna manera pretende eliminar la lucha de todos contra todos.

La jurisdicción, y en particular la jurisdicción judicial, son factores de especial significación en la constitución concreta del **tejido social**.

12. 1. 2. 1. Como todo elemento de la **estructura** del régimen,

la jurisdicción puede venir ordenada verticalmente en la **planificación** gubernamental en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos criterios de reparto, u horizontalmente por **ejemplaridad**, en que los repartos se siguen los unos a los otros por su razonabilidad. La planificación en marcha realiza el valor previsibilidad y la ejemplaridad satisface el valor solidaridad. El conjunto del régimen realiza el valor orden.

Cada protagonista de la jurisdicción y el propio régimen jurisdiccional están “**emplazados**” en un “lugar” de planificación gubernamental y de ejemplaridad y las decisiones también resultan “**situadas**” en esa relación.

Aunque la jurisdicción tiene siempre al menos cierto sentido de planificación porque se remite al Derecho existente, puede contribuir a lograr un mayor equilibrio entre los protagonistas, de modo que de alguna manera es una planificación tendiente al fin a la ejemplaridad. En cierto sentido, la jurisdicción es una negación “dialéctica” de la planificación gubernamental.

En el establecimiento de la jurisdicción judicial la planificación gubernamental suele ser particularmente intensa, pero a su vez el ejercicio jurisdiccional, incluso en la vertiente judicial, es más sólido cuando por ejemplaridad sigue modelos existentes y produce modelos para nuevos seguimientos. A través de la jurisdicción se incrementan las posibilidades de previsibilidad, solidaridad y orden.

La ejemplaridad jurisdiccional es el marco donde se desarrolla la **jurisprudencia**. La jurisdicción en general es una vía de **introducción de razonabilidad** en la sociedad, aunque a su vez requiere un **sopORTE** en el carácter razonable que le atribuya la sociedad.

12. 1. 2. 2. Los modos constitutivos de la planificación gubernamental y la ejemplaridad y los propios órdenes de repartos en su conjunto pueden presentarse en relaciones verticales de **compENetración** y horizontales de **interpenetración**, con lazos de subordinación y de coordinación. Como partes subordinadas de los órdenes de repartos, también las jurisdicciones pueden estar entre sí subordinadas o coordinadas.

Los órdenes de repartos presentan también vías **alternativas**, que se proyectan asimismo respecto de las jurisdicciones. Las alternativas de no establecimiento de la jurisdicción judicial significan, en principio, un mayor despliegue de la ejemplaridad, pero en lo profundo pueden corresponder al avance de la planificación no gubernamental, por ejemplo, de la planificación por fuerzas económicas.

12. 1. 2. 3. Los espacios de la **designación** y el **desempeño** de los órganos jurisdiccionales son ingredientes importantes para la caracterización de un orden de repartos, pero urge estar en guardia para reconocer las diferencias que pueden existir entre las apariencias y la realidad.

La ubicación de la jurisdicción en un régimen se produce en profunda vinculación con la estructura de ese orden. Ya desde la antigüedad se ha reconocido que existe una función jurisdiccional distinta de la legislativa³⁶. Sea que se considere o no a la jurisdicción como un poder del Estado, su desarrollo existe siempre en relación con las funciones legislativa y ejecutiva. En principio, crear un órgano **jurisdiccional** es limitar las funciones **legislativa** y **ejecutiva**.

La fuerte influencia de la jurisdicción en el régimen es uno de los motivos por los que el liberalismo político pretendió proteger a los gobernados debilitando al régimen mediante su **separación** como un poder diverso respecto de la **legislación** y la **ejecución** relativamente puras y es también una de las causas por las que hoy el capitalismo, confiado en su solidez, puede permitir cierto carácter más "difuso" de la jurisdicción³⁷.

12. 1. 2. 4. 1. Aunque el Derecho resulta dicho y hecho como lo disponen los **órganos** jurisdiccionales, esos "órganos" son partes del "**organismo**" social y al fin resuelven en vinculación con éste. La jurisdicción se desarrolla en un sistema **cultural** religio-

36. V. por ej. ARISTOTELES. "Política", en "Obras", trad. Francisco de P. Samaranch. Madrid. Aguilar. 1964. pág. 1454 (Libro III. Capítulo 1: 1272 b/1273 a).

37. V. por ej. LOCKE. op. cit.: MONTESQUIEU. "Del espíritu de las leyes", trad. Nicolás Estévez. 3a. ed., México. Porrúa. 1977. págs. 104 y ss. (Libro XI. Cap. VI).

so, científico, económico, etc. que la condiciona y llega a imponerle sus reglas, pero a su vez ayuda a construirlo.

12. 1. 2. 4. 2. El juez juzga desde una cultura que lo encauza para comprender de una manera determinada los hechos y el Derecho respecto de los cuales resuelve. Un caso paradigmático es el de las dos jurisdicciones que se sobreponen en el gigantesco choque de tres culturas (la judía y la romana tradicionales y la naciente cultura cristiana) del proceso a Jesús. Para los sacerdotes judíos el cargo significativo es la "blasfemia": para el Procurador romano es la proclamación como "rey de los judíos"³⁸.

Por ejemplo: es notorio que, en nuestra época capitalista avanzada de la postmodernidad, la sistematicidad no muy intensa en la que se desenvuelve la jurisdicción tiene un muy fuerte predominio económico. De modo creciente, el Derecho se hace, se dice y se realiza para la economía.

12. 1. 2. 5. La jurisdicción es una manera de "**re-componer**" un "**nosotros**", que en cierto grado ha de ser preexistente. Sólo en relación con el nosotros preexistente del Derecho es posible la jurisdicción, de lo contrario la respuesta será no sólo jurisgeneradora sino normalmente bélica.

Cada cultura construye su "**complejo personal**" (yo, tú, él, nosotros, vosotros, ellos), de diversa manera³⁹. La jurisdicción es incluso una manera de "re-componerlo", sobre todo en términos de "nosotros" profundo y de ciertos "tú" y "vosotros" de superficie.

Así como en la medievalidad el "ellos" eran los "infeles" y en la modernidad estricta los "dementes" y los "delincuentes", en la postmodernidad hay un creciente "ellos" formado por los marginales del sistema económico. Respecto de quienes componen el "ellos" la jurisdicción se torna a menudo imposible.

38. Pueden v. nuestras "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1991, págs. 152 (otra interpretación habíamos formulado en "Estudios de Filosofía ..." cit., t. I, 1982, págs. 23 y ss.).

39. Puede v. nuestro estudio "Comprensión del "complejo personal" a través de los pronombres personales", en "Boletín ..." cit., Nº 14, págs. 13 y ss.

El juez y el árbitro ubicados en la posición "él", que toman al justiciable en ese mismo carácter, responden al modelo de Poncio Pilato, que se desentiende al fin del caso, y surgen de una notoria falsificación funcional.

Las alternativas de no establecimiento de la jurisdicción significan a veces el incremento del recorte "yo-tú", en los acuerdos de partes, pero siempre corresponden a un riesgo de avance de la posibilidad del "ellos".

La jurisdicción arbitral suele apoyarse en una relación "yo-tú" más fuerte que la judicial, pero el nosotros de fondo es menos intenso.

12. 1. 2. 6. La comunidad internacional clásica se ha caracterizado por frecuentes fenómenos **anárquicos**, con la consiguiente debilidad del "nosotros" y la jurisdicción. Pese a la gran solidez que el régimen capitalista tiene en lo profundo, en nuestra época de la postmodernidad existe aún una relativa "**anarquía jurisdiccional**", con los consiguientes riesgos de arbitrariedad. La clave del orden no está en la jurisdicción, sino en la economía.

12. 1. 3. Por su dimensión coincidente o no con la sociedad global se pueden diferenciar distintas **clases** de órdenes de repartos. Existen, así, órdenes, "microórdenes" o "macroórdenes" de repartos, con las correspondientes inserciones jurisdiccionales.

Otras clasificaciones permiten distinguirlos según sean, en el espacio, locales, provinciales, zonales, nacionales, regionales — integrados o no— o universales; órdenes de proyecciones temporales limitadas o ilimitadas y órdenes de alcances materiales generales o especiales. También es posible reconocer espacios jurisdiccionales en tales sentidos.

12. 2. 1. *La **internacionalidad** clásica ha evolucionado hacia cierta superación del relativo "estado de naturaleza" que la caracterizó durante largo tiempo a través de diversos esfuerzos, que cuentan entre sus máximas realizaciones formalizadas a la Sociedad de las Naciones y la Organización de las Naciones Unidas.*

con sus proyecciones jurisdiccionales, y en lo material se apoyan en la consolidación del capitalismo, con el protagonismo de las grandes potencias económicas, estatales o empresarias. Aunque en lo específicamente formal sean menos significativas que esas organizaciones más generales, las formalizaciones materialmente más importantes están en el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio.

Otro factor tendiente a la superación de ese "estado de naturaleza" es el desarrollo de cierta cultura material y formal de apoyo a los derechos humanos, aunque en caso de oposición ésta tiene menos eficacia que las exigencias del sistema económico.

Lo expuesto significa que el orden de la comunidad internacional clásica dependió durante largo tiempo de la ejemplaridad y, como forma de ésta, la costumbre fue su fuente más característica. Sin embargo, sobre todo a partir de las instituciones que surgieron de las guerras mundiales y de la consolidación del capitalismo avanzado, y en particular en los últimos años, se han producido adelantos importantes, más eficaces en lo material que en lo formalizado, hacia la planificación, no sólo gubernamental sino por las fuerzas económicas.

Esos avances en la consolidación del orden de la comunidad internacional guardan correspondencia con los adelantos relativos producidos en la jurisdicción. Sin embargo, los espacios de designación y desempeño de jueces internacionales son limitados y más que de un estilo liberal puede hablarse de un fenómeno todavía en cierto grado anárquico. En la comunidad internacional la función jurisdiccional está todavía en franca condición de inferioridad respecto de la ejecutiva y la legislativa.

Durante siglos la "comunidad" internacional ha ido construyendo un "nosotros" relativo, que ha coexistido, sin embargo, con el sometimiento de los "ellos" a múltiples fenómenos de dominación (colonización, esclavitud, etc.). Se hacía evidente que para "ellos" era muy poco el despliegue jurisdiccional posible.

La falta del nosotros y la anarquía en la comunidad internacional se han manifestado en guerras que ahora son quizás menos frecuentes. El último gran "ellos" "caliente" se produjo en la

"Segunda" Guerra Mundial. en tanto la afirmación jurisdiccional que le siguió, con todas sus imperfecciones, al punto que los reos siguieron siendo en gran medida "ellos", es un símbolo del avance pretendido al respecto.

El "macroorden" de la comunidad internacional ha sido tradicionalmente demasiado grande para contar con una estructura sólida y una jurisdicción efectiva. No obstante, se está consolidando de modo evidente a través de la globalización.

12. 2. 2. 1. La **integración** exige un grado de "socialización" mucho mayor que la internacionalidad. Por eso requiere verdadera jurisdicción, con suficiente participación judicial. De cierto modo, sin integración judicial con un tribunal propio no hay cabal integración.

La formación de un tribunal y de una cultura jurisdiccional del Mercosur podría significar la superación del relativo "estado de naturaleza" que al respecto tiene el ámbito integrado en su más alto nivel. Es posible que así el Mercosur esté en mejores condiciones de superar el relativo clima de "lucha" de todos contra todos que plantea actualmente en la cúspide de sus soluciones. El tribunal del Mercosur podría ser un importante medio de formación de tejido social integrador.

12. 2. 2. 2. Sea cual fuere su modelo, la integración requiere cierta planificación, esto es en especial realidad si se adopta un paradigma del tipo de la Unión Europea. No obstante, la ejemplaridad es un ingrediente insustituible en la constitución de todo orden perdurable. Con miras a la más ordenada formación del posible tribunal del Mercosur es relevante que no resulte sólo ordenado por la planificación gubernamental, sino por una importante ejemplaridad que dé lugar a la consolidación del proceso por vía de la jurisprudencia.

Ha de planificarse el tribunal para que a su vez abra cauce a una más rica ejemplaridad. Es necesario introducir más razonabilidad, pero para lograrla debe formarse a su vez un tribunal razonable.

*En tanto no exista el tribunal del Mercosur el proceso integrador continuará al final dominado por los regímenes **locales** y por la perspectiva “**ejecutivista**” y “**empresarial**”. La creación del tribunal mercosureño significaría una importante limitación de la concentración del poder político y especialmente económico que hoy muestra el proceso integrador. La no formación del órgano judicial puede responder en mucho al deseo, en parte defendible, de mantener una fuerte capacidad de decisión de los gobiernos, pero el riesgo de la planificación excesiva por los poderes ejecutivos y económicos es particularmente grande.*

12. 2. 2. 3. Hay que construir un “nosotros” básico mercosureño, superando el relativo “ellos” en materia jurisdiccional, y el papel del tribunal al respecto puede ser muy significativo.

Los fenómenos integradores son “macroórdenes” de repartos pero, de modo destacado en la realidad europea, tienen mayores signos de consistencia que la internacionalidad y, en la medida que sea posible, es muy conveniente que posean una jurisdicción que contribuya en tal sentido.

b”) Fuentes del orden de repartos

13. 1. El orden de repartos se origina en el plan de gobierno en marcha y en la ejemplaridad, que a su vez le dan su estructura vertical y horizontal. Sin embargo, en sentido más profundo vale considerar la vieja polémica acerca del origen **contractual** o **natural** del régimen (“pactismo” y “organicismo”).

Aunque a la luz de las ciencias sociales de nuestro tiempo se sabe que ninguna sociedad humana primaria conocida ha comenzado por un pacto, vale considerar que sí pueden tener origen contractual las composiciones secundarias y además creemos que un régimen de justicia debe cumplir varias exigencias iluminadas por el pactismo.

Es notorio que la jurisdicción posee distintos sentidos cuando se la apoya en un pacto o se la considera un fenómeno natural.

Incluso cabe señalar las afinidades de la primera proyección con el arbitraje y de la segunda con la jurisdicción judicial.

13. 2. 1. *En el marco **internacional** las composiciones contractualistas de los regímenes y de la jurisdicción es frecuente. Los tratados y la sujeción voluntaria a los tribunales son las maneras predominantes de organización.*

13. 2. 2. *La propia **integración** tiene bases contractualistas, pero suele caracterizarse por la vocación a superarla con rasgos más orgánicos. La solución de controversias prevista para el **Mercosur** posee sentido de jurisdicción contractual, pero la constitución del tribunal judicial significaría un avance de la organicidad.*

c'') Funcionamiento del orden de repartos

14. 1. 1. La **correspondencia** entre el funcionamiento de la jurisdicción **orgánica** y el de la jurisdicción **difusa** consolida al régimen. En cambio, las tensiones respectivas pueden ser motivos de dictadura, de revolución y de anarquía. El desprestigio de los órganos jurisdiccionales por la pérdida de la razonabilidad social de su actuación suele ser uno de los indicios graves de la **descomposición** del régimen.

14. 1. 2. La "jurisdicción" significa cierto **compromiso** con el orden que se dice y se hace realidad y en razón de la decisiva influencia jurisdiccional todo régimen tiende a obtener el máximo compromiso en quienes la ejercen y la reciben.

Los protagonistas de la jurisdicción y sobre todo los jueces son en principio seres "**com-prometidos**" con el régimen y "**sub-artífices**" de su crecimiento. La educación, la recompensa y la presión figuran entre los recursos que se combinan para lograr ese compromiso.

Cuando los encargados de la jurisdicción no están comprometidos con el régimen puede abrirse camino **algún "uso alternativo"** del Derecho Positivo, pero por lo menos en nuestro tiempo

esto ocurre con frecuencia sólo en el espacio que el régimen capitalista deja para lograr cierta "oxigenación"⁴⁰.

Todas las alternativas a la jurisdicción judicial se vinculan con menores grados de compromiso con el régimen.

14. 1. 3. La función jurisdiccional posee posibilidades de adaptarse a los cambios de la realidad haciendo menos frecuentes o por lo menos evidentes las **revoluciones**, en las que varían los supremos repartidores y los supremos criterios de reparto.

La jurisdicción es un ingrediente de relativa **conservación** del régimen. Cuando los órganos jurisdiccionales están muy ceñidos en su actuación, las posibilidades de estallido son mayores. Estos caracteres influyen en que el Derecho inglés, apoyado en mucho en la jurisdicción judicial, no conozca revoluciones desde 1688.

Los "tribunales revolucionarios" suelen ser meras ficciones no "jurisdiccionales", sino de cierto modo jurisprudencia. Los tribunales de la Revolución Francesa son una muestra de ello.

Los regímenes con poco desenvolvimiento jurisdiccional, sobre todo de la jurisdicción judicial, corren grandes riesgos de perderse, por estallido o disolución.

14. 1. 4. Como con frecuencia los regímenes de la postmodernidad se remiten al fin sólo a la utilidad, desde otros enfoques a menudo hay **abuso, despojo o vacancia** de la intervención de los órganos jurisdiccionales. Es frecuente que otros poderes del Estado y otras fuerzas sociales avancen sobre el papel de la jurisdicción orgánica. Sin embargo, en lo profundo se advierte el criterio último común, de predominio de la "**jurisdicción útil**".

14. 2. 1. *En el ámbito **internacional** el compromiso de los jueces nacionales suele ser muy limitado. En el Derecho Internacio-*

40. Acerca del Derecho alternativo y el uso alternativo del Derecho pueden v. por ej. BARCELONA, Pietro y otros. "La formación del jurista", trad. Carlos Lasarte, Madrid, Civitas, 1977; ANDRADE, Lédio Rosa de. "Juis alternativo e poder judiciário", San Pablo, Académica, 1992; CARVALHO, Amilton B. de (dir.). "Direito Alternativo na Jurisprudência", San Pablo, Académica, 1993; CARVALHO, Amilton Bueno de. "Magistratura e Direito Alternativo", San Pablo, Académica, 1992. Asimismo es posible v. "Lições de Direito Alternativo" y la "Revista de Direito Alternativo".

nal Privado clásico, por múltiples razones psicológicas y sistemáticas, de "chauvinismo" y de afianzamiento en el Derecho propio, tienden —aunque de manera decreciente— a aplicar sólo el Derecho propio.

Las deficiencias del orden internacional tradicional y su relativa vocación de "clandestinidad" están en estrecha correlación con las deficiencias de su jurisdicción.

14. 2. 2. *En el proceso de **integración** es particularmente importante que la jurisdicción orgánica que se produzca tenga correspondencia con la jurisdicción difusa de la región. En nuestro caso, debe formarse una conciencia jurisdiccional mercosureña.*

La instalación de un órgano jurisdiccional de la integración ha de estar siempre en relación con la conciencia que al respecto posea la sociedad. Esto supone una "maduración cultural", que guarda vinculación con la respuesta de Savigny a la propuesta codificadora de Thibaut⁴¹. La jurisdicción comunitaria europea ha sido posible por las características históricas del medio en que se desarrolló.

*Un tribunal del **Mercosur** prematuro, o de alcance prematuro, podría ser contraproducente, pero creemos que están dadas por lo menos las condiciones para un tribunal guardián del Derecho de la Integración.*

Si no hay tribunal, la jurisdicción mercosureña será difusa, fragmentada e insuficiente.

14. 2. 3. *Para la formación de una verdadera jurisdicción judicial del Mercosur hay que contar con jueces con cabal sentido de compromiso integrador y se ha de poner especial cuidado al respecto en su designación. Aunque es posible que la función ge-*

41. V. SAVIGNY, F. de, "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho", trad. Adolfo G. Posada, Bs. As., Atalaya, 1946; también cabe considerar nuestro estudio "Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones", en "Dos estudios tridimensionales", Rosario, 1967, págs. 7 y ss.

nere ese compromiso⁴², vale utilizar todos los medios que conduzcan legítimamente a él.

14. 2. 4. *El tribunal del Mercosur estaría en condiciones de contribuir a la capacidad de cambio, alejando la posibilidad de revoluciones, violentas o no, en el régimen mercosureño.*

El orden integrador exige evitar la anarquía jurisdiccional que se plantea actualmente y superar asimismo el abuso, el despojo y el vacío que respecto a la jurisdicción son demasiado frecuentes en nuestra región.

El grado de "anarquía" de la jurisdicción que ahora existe en el Mercosur puede ser necesario si no es posible establecer un tribunal legítimo, pero debería ser superado.

c') Las categorías básicas de la realidad social del Derecho

15. 1. 1. 1. En todos los repartos y en sus relaciones de orden y desorden, también específicamente al ejercer la jurisdicción, se ha de lograr que la **finalidad objetiva** y la **causalidad** de los acontecimientos respondan positivamente a la **finalidad subjetiva** de los repartidores y que la **realidad** buscada sea la culminación de las **posibilidades**. Todas estas categorías básicas se apoyan, de cierto modo, en la **verdad**, categoría básica de cualquier referencia al mundo. La correspondencia de la finalidad objetiva y la causalidad con la finalidad subjetiva de los repartidores significa el **éxito** del reparto.

Varias de las categorías que terminamos de señalar son "**pan-tónomas**", es decir, abarcan una totalidad en el objeto de referencia (pan=todo; nomos=ley que gobierna). De modos destacados son pantónomas la finalidad objetiva, la causalidad, la posibilidad y la propia verdad.

Para **saber** de manera cabal qué ha de resultar en beneficio o perjuicio de alguien (finalidad objetiva), cuáles son las causas y los efectos de los acontecimientos (causalidad), qué puede suceder (posibilidad) y en qué medida nuestro pensamiento corres-

⁴². Es posible v. nuestro artículo periodístico "Santo Tomás Becket: la responsabilidad asumida", en "La Capital", 26 de diciembre de 1977.

ponde al mundo pensado (verdad) habría que ser omnisciente, y para producir su **modificación** plena se debería ser omnipotente. Como estas cualidades no están a nuestro alcance, es imprescindible **fracccionar** dichos complejos cuando no es posible abarcarlos de manera más amplia, produciendo **certeza**.

Lo que se considera verdadero o falso, beneficioso o perjudicial, causa y efecto, posible o imposible es siempre, como ya hemos señalado, resultado de una "construcción" en la que producimos recortes imprescindibles, que pueden marginar realidades profundamente distintas de las consideradas, pero no cabe más que producir los cortes que permitan juzgar y adoptar decisiones.

Para apreciar las categorías pantónomas en profundidad, hay que **interrelacionar** las partes y el todo. Por eso resulta legítimo que las visiones "analíticas" (basadas en las partes que se van agregando para formar el todo), predominantes en la ciencia casi hasta nuestra época, vayan cediendo, en una relativa "dialéctica", a las visiones sintéticas (que parten de la consideración del todo).

15. 1. 1. 2. Para comprender y para cambiar la realidad en los repartos jurisdiccionales se han de manejar, con la mayor destreza viable, el saber y el poder relacionados con las difíciles categorías que acabamos de señalar.

La jurisdicción tiene siempre cierto sentido predominante de referencia a una **parte** del todo que, sin embargo, debe equilibrarse de alguna manera con la atención a ese todo. Cabe considerar, además, que esa referencia a la parte es más recortada en la jurisdicción arbitral y más amplia en la judicial. El juez es un protagonista del caso mucho más **profundo** que el árbitro.

No es sin motivo que, ante la conciencia de las limitaciones, suele invocarse una jurisdicción sobrehumana, real o imaginaria, a cargo de divinidades omniscientes y omnipotentes (v. gr. el "Juicio Final"), pero en cambio la jurisdicción humana es limitada, porque quienes la ejercen no pueden abarcar todo lo que hay que saber o hacer.

Sólo a través de la comprensión de las categorías básicas de la

realidad social del Derecho el protagonista de la jurisdicción puede llegar a ubicarse en plenitud y sin descorazonarse en las **grandezas** y **limitaciones** de su labor.

15. 1. 2. La finalidad objetiva abarca de manera muy nítida una continuidad que comprende el **pasado**, el **presente** y el **porvenir**. El Derecho y los hechos poseen significados en los tres despliegues temporales. Es más, puntualizando los principales alcances, cabe señalar que la jurisdicción dice y hace realidad un Derecho que ya existe desde el pasado y quiere llegar a realizarse en el futuro, normalmente con referencia a hechos que se "presentan", de modo que siempre significa una proyección desde el pasado y el presente hacia el porvenir.

La jurisdicción tiende a fijar sentidos de la vida produciendo cortes para que el futuro se apoye en esos fraccionamientos y en la certeza que ellos brindan. Es un instrumento de la **estabilización** y la **consolidación** de un régimen.

Sin embargo, se ubica también en un punto de vista más **futuro** que el de quienes elaboraron el Derecho, de modo que asimismo permite desfraccionar influencias del porvenir que los constituyentes, los legisladores y los contratantes, instalados en el pasado, tienen menos posibilidades de apreciar.

En parte es por ello que las sociedades más conservadoras y evolutivas suelen dar más protagonismo a los jueces, en tanto las más innovadoras y revolucionarias se remiten más a la intervención de legisladores y contratantes.

En principio, la jurisdicción que desfraccione la finalidad objetiva puede producir más anarquía que revolución.

15. 1. 3. Como la jurisdicción es decir y hacer realidad el Derecho, a veces se la determina según la mejor **posibilidad de decir** (v. gr. atendiendo a la mayor factibilidad de la audiencia, que remite a los repartidores más vinculados a las personas) y en otros casos a la mayor **posibilidad de hacer realidad** (por ej. atendiendo a la mayor posibilidad de ejecutar bienes, que remite más al lugar de los bienes —fuero del patrimonio—). Sin embargo, el

último título para el otorgamiento de la jurisdicción ha de ser el de la **posibilidad de resolver** los casos con **justicia**.

15. 1. 4. Como hemos señalado, para salvar la limitación jurisdiccional se recurre al **auxilio judicial**, se consideran los **documentos de extraña jurisdicción**, se llevan a cabo procesos especiales, como los de **sucesiones** o **quiebras**, se **reconocen** y **ejecutan** sentencias y laudos extranjeros, etc. El auxilio judicial y la aceptación de documentos de extraña jurisdicción amplían sobre todo la consideración de los hechos, y los procesos especiales desarrollan, en diversos grados, una tarea de síntesis jurídica⁴³. En cuanto al saber y al hacer acerca del Derecho y de los casos se requieren **tribunales con competencias especiales** según las particularidades de las materias.

A fin de atenuar la limitación de la jurisdicción por el alcance humano, evitando el estrépito de intervenciones y pronunciamientos discordantes o el vacío de los mismos, se constituyen y resuelven las problemáticas de la no multiplicación jurisdiccional de la **litispendencia** y del respeto a la **cosa juzgada** por una parte y de la **no denegación de justicia** por la otra⁴⁴.

15. 2. 1. *En el ámbito **internacional** las perspectivas de pantonómia referidas se hacen particularmente complejas e inabordables. Las diversidades entre los países y las fronteras entre los Estados se convierten en "velos" que dificultan el saber y el hacer. Los casos de fraccionamientos ilegítimos de la verdad, la finalidad objetiva y las posibilidades suelen ser más numerosos que en el ámbito interno y el marco de desenvolvimiento de la finalidad subjetiva es más claudicante.*

En la jurisdicción internacional la tensión en las relaciones entre el Derecho y los hechos y entre el saber y el hacer resulta de especial significación. Ello contribuye a que el desarrollo de la jurisdicción en el ámbito internacional presente aún importantes limitaciones.

43. Pueden v. nuestros "Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado", Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, pág. 121 y ss.

44. Es posible c. id., págs. 13 y ss.

Es en relación con la gran complejidad de los planteos jusprivatistas internacionales, donde los jueces pueden conocer muy poco del Derecho y los hechos, que el Derecho Internacional Privado clásico se valió (con la complejidad de su método indirecto) de la simplificación de la extraterritorialidad del Derecho extranjero. Una proyección particular de la complejidad de la jurisdicción internacional han sido los difíciles requisitos para el auxilio judicial y el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros.

Las tensiones emergentes de la pantonomía de las categorías básicas de la realidad social del Derecho suelen explicar que su ignorancia provoque grandes dificultades en la recepción de modelos jurídicos extranjeros, apoyada a menudo en fraccionamientos que desconocen los problemas de la adecuación o inadecuación, la asimilación o el rechazo, etc.⁴⁵.

Cabe destacar, no obstante, que la globalización tiende a simplificar los sentidos de la finalidad objetiva de los acontecimientos y de las posibilidades y que se producen esfuerzos crecientemente exitosos para ampliar los marcos de alcance efectivo de la finalidad subjetiva, incrementando la cooperación procesal internacional.

15. 2. 2. 1. La **integración** requiere una transparencia y una penetrabilidad mayores, en las cuales la jurisdicción pueda desfraccionar más y resulte más viable.

*Para decidir sobre la constitución de un tribunal del **Merco-sur** se ha de apreciar la medida en que sus jueces estarían en condiciones de lograr que su finalidad subjetiva plasmara en la finalidad objetiva y la causalidad, que la realidad buscada se concretara en el marco de las posibilidades y, en lo profundo, que su desempeño se apoyara en la verdad. Ha de mediar al fin la convicción —en general sostenible— de que los repartos jurisdiccionales respectivos serían más exitosos que los actuales.*

45. Pueden v. nuestros estudios "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "revista de Direito Civil", 8, págs. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el Derecho", en "Boletín ..." cit., N° 9, págs. 33 y ss.

La constitución del tribunal del Mercosur podría ser un importante aporte para la estabilización y la consolidación del régimen de la integración, haciéndolo más evolutivo que revolucionario, pero para que tenga éxito habría que dotarlo de los recursos necesarios.

La formación del tribunal debería ir acompañada de todos los instrumentos requeridos para contribuir a salvar la limitación jurisdiccional de la internacionalidad y para ello se han de emplear y perfeccionar los medios para el auxilio judicial, la admisión de documentos de extraña jurisdicción, el reconocimiento y la ejecución de sentencias, el desarrollo de procesos especiales e incluso la diferenciación de tribunales especiales.

15. 2. 2. 2. *El modelo de integración del Mercosur y la posibilidad de contar con un tribunal propio están signados en mucho por un proceso de recepción. Los países de la región tienden con frecuencia a aceptar bien o mal los modelos extranjeros, de lo que resultan a veces desbordantes reacciones nacionalistas. No obstante, la difícil problemática de la recepción está lejos de recibir la atención que merece, en mucho porque las áreas exportadoras de modelos no se interesan por ella y los países receptores suelen ser demasiado dependientes para considerarla.*

Los tribunales de las Comunidades Europeas, cuyo éxito en el manejo de la realidad resulta notorio, son productos de situaciones distintas de las nuestras y, si se considera la recepción de ese modelo, hay que cuidar que no sea recibir una ilusión o una complicación apoyada en fraccionamientos indebidos.

Se ha de considerar cuidadosamente qué se puede ganar y perder con la recepción y la no recepción, y para esto es imprescindible un estudio profundo de las realidades respectivas.

Creemos que en última instancia la recepción del modelo europeo puede ser beneficiosa, pero para que así suceda debe ser encarada con todo el cuidado necesario, atendiendo en mucho a su asimilación. Una mera certeza de superficie podría pagarse con un injerto no del todo fructífero. La formación del tribunal mercosureño es un gran desafío para la inteligencia y la eficiencia de los hombres de Derecho de la región.

La globalización puede generar la ilusión de que su simplificación permite evitar la complejidad de ajustes, también jurisdiccionales, que suele significar la integración, pero creemos que esa simplificación se logra con fraccionamientos que empobrecen el sentido de la vida.

B) DIMENSIÓN NORMATIVA DE LA JURISDICCIÓN

a') Las normas aisladas

a'') *Concepto, estructura y clases de normas — Sistemática estructural de la jurisdicción*

16. 1. 1. La jurisdicción se remite a las **normas** del Derecho que se debe decir y hacer realidad y produce **nuevas normas**, procurando arribar a la modificación de los **hechos**.

Las normas son siempre captaciones lógicas de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros. **Describen** e **integran**, en el nivel lógico, la realidad de los repartos, de la que nacen y hacia la cual se proyectan. El correcto desarrollo de las funciones descriptivas de las normas significa que éstas sean **fieles** (porque captan con acierto la voluntad de sus autores), **exactas** (porque se cumplen) y **adecuadas** (porque corresponden a los fines de sus autores).

En la función jurisdiccional se juegan en gran medida la fidelidad, la exactitud e incluso la adecuación de las normas del Derecho de referencia y a su vez las normas surgidas de la jurisdicción deben poseer tales cualidades. Para el logro de esas condiciones en las normas emergentes de la jurisdicción se tienen las ventajas pero asimismo los inconvenientes de la proximidad con los casos.

16. 1. 2. La **estructura** de las normas posee un **antecedente**, que capta el sector social a reglamentar, y una **consecuencia jurídica**, que capta la reglamentación. El primero se vincula más con los hechos y la segunda se relaciona más con el Derecho. Ante los hechos a resolver, la jurisdicción se remite al antecedente y

la consecuencia de la norma del Derecho a aplicar para generar una nueva norma que, en su antecedente y su consecuencia, actualice ese Derecho para hacerlo realidad.

El antecedente y la consecuencia de cada norma poseen **características positivas y negativas**, que deben estar respectivamente presentes o ausentes para que la norma funcione. La jurisdicción ha de cuidar que en la norma que emita se reflejen adecuadamente el contenido y el cumplimiento de las características positivas y negativas de las normas del Derecho aplicable.

16. 1. 3. Las normas pueden ser **generales**, cuando en sus antecedentes consideran casos futuros y supuestos, e **individuales**, cuando en cambio atienden a casos pasados y descriptos. Las primeras realizan el valor "predecibilidad"; las segundas el valor inmediatez.

Las normas surgidas de la jurisdicción suelen ser instrumentos imprescindibles del paso de la generalidad a la **individualidad** y realizan el valor **inmediatez**. Sin embargo, para ser cabalmente tal dicha inmediatez jurisdiccional debe salvar muchas dificultades y, por otra parte, a veces las fuentes resultantes poseen proyecciones generales (por ejemplo, en los plenarios vinculantes).

16. 1. 4. 1. El **contacto** entre la adjudicación contenida en el caso y el reparto que producirá la jurisdicción plantea **cuestiones comunes** a todos los contactos de respuestas jurídicas, descubiertos originariamente por el Derecho Internacional Privado⁴⁶. Entre esos problemas se encuentran las cuestiones de las calificaciones, de los alcances de la remisión, del fraude, del reenvío, del rechazo, etc. A esas cuestiones corresponde agregar las que son específicas de la **jurisdicción**.

Todos esos problemas pueden ser sistematizados según la estructura de la norma, elaborando una **norma jurisdiccional "generalísima"**, es decir, llevada a su esquema lógico básico. De es-

46. Es posible v. nuestro estudio "Aportes para una teoría general de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, págs. 59 y ss.

te modo, los problemas son ubicados según se vinculen con toda la **norma**, con el **antecedente** o con la **consecuencia jurídica**, ambas partes con sus características **positivas** o **negativas** 47.

16. 1. 4. 2. 1. Toda la **norma** jurisdiccional generalísima plantea el problema de las calificaciones, en el que hay que resolver si se han de mantener las definiciones contenidas en los casos o se han de introducir otras nuevas.

Los problemas de las **características positivas** del **antecedente** de la norma jurisdiccional generalísima abarcan los casos que, por sus elementos, requieren distintos tipos de jurisdicción y en especial la vinculación de cuestiones, que se plantea de cierto modo en el **“fuero de atracción”**.

Las cuestiones de las **características negativas** del antecedente consisten especialmente en los obstáculos de la **litispendencia**, la **cosa juzgada** y el **fraude jurisdiccional** 48. La litispendencia, la cosa juzgada y el fraude jurisdiccional son negaciones de la jurisdicción por la jurisdicción, es decir, que se niega una jurisdicción porque hay otra preferida, actual, anterior o incluso futura 49.

El fraude puede obrar incluso como “característica negativa” de las características negativas de exclusión de litispendencia y no existencia de cosa juzgada, tornando viables las características positivas de la consecuencia jurídica (en este caso, la jurisdicción). La maniobra que con sentido fraudulento provoque litispendencia o cosa juzgada con el propósito de trabar la solución del caso debe ser rechazada.

En las **características positivas** de la **consecuencia jurídica** figura la adjudicación de jurisdicción, con los problemas de posibilidades de **defensa**, de **eficacia** y de equilibrio entre la mayor **heterocomposición** de la jurisdicción compulsiva y la mayor **autocomposición** de la jurisdicción fijada por los protagonistas.

47. Pueden v. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional ...” cit., esp. págs. 13 y ss.

48. Es posible c. por ej. GIACOBBE, Giovanni, “La frode alla legge”, Milán, Giuffrè, 1968, págs. 141 y ss.

49. En casos en que no puede mediar un nuevo proceso se habla de efecto procesal de la cosa juzgada material.

Las **características negativas** de la **consecuencia jurídica** en materia jurisdiccional contienen el rechazo a la **denegación de justicia**, que culmina en una característica positiva de la consecuencia, de que haya en definitiva un tribunal idóneo competente. La denegación de justicia puede producirse por todas las causas, de conducción o espontaneidad, que hagan no viable el decir o el hacer realidad el Derecho⁵⁰.

La norma generalísima jurisdiccional puede ejemplificarse —v. gr. en la perspectiva de generalidad sucesoria— diciendo: Siempre que se trate de un problema jurisdiccional respecto de un caso sucesorio de un causante con determinado último domicilio (características positivas del antecedente) y no mediaran litispendencia ni cosa juzgada o una maniobra para lograr la intervención de un juez distinto del que corresponde (características negativas del antecedente) tendrá jurisdicción el juez del último domicilio del causante (características positivas de la consecuencia jurídica) a no ser que se genere denegación de justicia (características negativas de la consecuencia jurídica). Bajo la expresión “tendrá jurisdicción” hay que comprender todos los alcances de la actuación judicial, en cuanto audiencia (defensa) y eficacia, para la debida relación entre el Derecho y los casos.

A su vez es relevante reconocer que la cosa juzgada producida por la jurisdicción obra como característica negativa del antecedente de todas las normas de fondo. Los casos contemplados que recibirán las soluciones captadas en las consecuencias jurídicas serán los que no estén afectados por una cosa juzgada que lo impida.

16. 1. 4. 2. 2. La **vinculación** entre el antecedente y la consecuencia jurídica de una norma puede producirse siempre por **co-**

50. Pueden v. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional ...” *cits.*, págs. 13 y ss.

Es interesante apreciar que se parte de la problemática más claramente conductista y repartidora de la jurisdicción para alcanzar la problemática con frecuencia distribuidora por influencia humana difusa de la denegación de justicia y volver a generar la perspectiva repartidora, de un nuevo título jurisdiccional. Se trata de una manifestación de la “**dialéctica**” de las adjudicaciones jurídicas.

rrespondencia, es decir de manera fundada, o por mera **yuxtaposición**. La correspondencia puede suceder por afinidad o por derivación, sea por atracción o por subsidiariedad⁵¹. Lo propio sucede con las normas atributivas de jurisdicción. En el marco de la correspondencia se ubica, al fin, la noción de “jueces naturales”.

16. 2. 1. 1. *Las normas de la **internacionalidad** clásica suelen tener dificultades especiales para ser fieles y exactas, porque las voluntades se expresan de maneras complejas y el acceso a los hechos es a menudo difícil y unilateral (por la actividad de los distintos Estados “soberanos”).*

La jurisdicción internacional tiene más obstáculos para concretar la inmediatez propia de las normas individuales, porque aunque los casos sean concretos su concreción se debilita por la distancia. De alguna manera el espacio se parece al tiempo y lo que está en el pasado y el porvenir se asemeja al exterior. La relación con los hechos es “mediada” por la distancia.

16. 2. 1. 2. 1. *La jurisdicción internacional adjudicada a los tribunales nacionales agudiza varias de las cuestiones generalísimas de jurisdicción antes señaladas.*

Como el Derecho jurisdiccional internacional puede remitir a otro régimen, el conflicto calificadorio se amplía porque la modificación de las definiciones de los casos pueden referirse a uno u otro Derecho.

Al atender a las características negativas del antecedente de la norma generalísima jurisdiccional internacional hay que tener en cuenta que la litispendencia y la cosa juzgada sólo se constituyen cuando se trata de procesos cuyos resultados serán extraterritorializables y que a menudo corresponde exigir específicamente que no se produzca “forum shopping”, ya que a través de él se puede buscar deteriorar la debida solución del caso.

51. Es posible v. nuestro estudio “Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión”, en “Juris”, t. 80, 1987-I, págs. 298 y ss.

Entre las particularidades de las características positivas de la consecuencia jurídica de la norma generalísima de jurisdicción internacional se encuentran la fuerte imprevisibilidad de los resultados del otorgamiento de jurisdicción y la frecuente pluralidad de jurisdicciones con vocación para intervenir, incluyéndose la discusión acerca del reenvío jurisdiccional.

Dadas las especiales dificultades de la jurisdicción internacional, entre las características negativas de la consecuencia jurídica hay que incorporar aquí el rechazo de los que resulten foros "no convenientes" para los casos. También hay que destacar el mayor riesgo de que se produzca denegación internacional de justicia.

Un ejemplo de norma jurisdiccional jusprivatista internacional generalísima —desde la perspectiva de la generalidad sucesoria— es: Siempre que se trate de un problema jurisdiccional respecto de un caso jusprivatista internacional sucesorio (con elementos extranjeros) de un causante con determinado último domicilio (características positivas del antecedente) y no mediaran litispendencia ni cosa juzgada o una maniobra para lograr la intervención de un juez distinto del que corresponde (características negativas del antecedente) tendrá jurisdicción el juez del último domicilio del causante (características positivas de la consecuencia jurídica) a no ser que se genere denegación de justicia o el foro no resulte conveniente (características negativas de la consecuencia jurídica).

16. 2. 1. 2. 2. *En la internacionalidad clásica ha sido frecuente que la vinculación entre los antecedentes y las consecuencias jurídicas jurisdiccionales se produjera más que por correspondencia por mera yuxtaposición. Los riesgos de la jurisdicción internacional todavía son especialmente grandes.*

16. 2. 2. 1. *En la **integración** los rasgos de la internacionalidad deben ser superados con una mayor afinidad con la jurisdicción interna. La constitución de un tribunal propio puede tener efectos altamente beneficiosos al respecto.*

*La formación de un tribunal del **Mercosur** puede ser medio de gran importancia para lograr que las normas resulten debida-*

mente fieles, exactas y adecuadas. Las normas emanadas del tribunal del Mercosur serían lazos de alta significación entre los hechos y el Derecho de la Integración y tendrían altas posibilidades de lograr inmediatez.

16. 2. 2. 2. *El difícil juego de la problemática generalísima de la jurisdicción internacional produce demasiada imprecisión para las necesidades de la integración.*

En cambio, el tribunal del Mercosur podría ampliar las posibilidades de reconocimiento de la litispendencia y la cosa juzgada, estaría en condiciones de contribuir a evitar el "forum shopping", ayudaría a superar la imprevisibilidad, la superposición y la no conveniencia en las soluciones jurisdiccionales y disminuiría considerablemente el riesgo de denegación de justicia.

El órgano judicial propio del Mercosur disminuiría las altas posibilidades de mera yuxtaposición que se plantean hoy entre el antecedente y la consecuencia de las normas jurisdiccionales de la región.

b") Fuentes de las normas

17. 1. 1. Los autores de las normas, también de las normas jurisdiccionales, suelen narrar sus repartos en **fuentes formales**. En el panorama general de las fuentes formales se presentan constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc. En el caso de la jurisdicción judicial la más importante fuente formal es la **sentencia**, cuya estructura habitual refleja la relación de los hechos ("vistos") con el Derecho ("considerandos") y de la que resulta, por lo menos en parte, una nueva norma, comúnmente de carácter individual. Como hemos señalado, la fundamentación de la sentencia es de gran importancia, no sólo para su fuerza de convicción sino para el desarrollo de la razonabilidad social.

Las fuentes formales poseen siempre un **ámbito activo**, constituido por el marco espacial, temporal y material en que son aplicadas y un **ámbito pasivo**, formado por el alcance espacial, tem-

poral y material de los casos a resolver. Esa relación entre ámbito activo y pasivo se encuentra también en el desarrollo de la jurisdicción. Es frecuente, por ejemplo, que el ámbito pasivo sea mayor que el activo, requiriéndose en estos casos la cooperación jurisdiccional.

17. 1. 2. También las **fuentes de conocimiento** de las normas, que constituyen la **doctrina**, poseen importantes relaciones con la jurisdicción.

Aunque existen significativas diferencias, que tienen una de sus perspectivas relevantes en el carácter "positivo" de la obra jurisdiccional, habitualmente ausente en las fuentes de conocimiento, la doctrina y los desarrollos jurisdiccionales se alimentan recíprocamente.

17. 2. 1. La **internacionalidad** clásica se ha formalizado principalmente en tratados, habitualmente elaborados por los poderes ejecutivos y aprobados por los parlamentos. Sin embargo, en el ámbito del Derecho Internacional Privado resultan asimismo relevantes las fuentes internas, a menudo de carácter legal.

Las sentencias también han tenido significación, sobre todo en el marco privatista, al punto que fueron instrumentos para el descubrimiento de varios de los problemas generales de la materia (calificaciones, cuestión previa, fraude a la ley, reenvío).

Las disparidades entre los ámbitos activos y pasivos de las fuentes internacionales son muy importantes, y han sido una de las grandes causas de la aparición del Derecho Internacional Privado tradicional.

Hoy la globalización ha multiplicado los tratados y en particular ha incrementado de modo notorio la importancia de los contratos. El Derecho Unificado tiende a reducir las disparidades entre los ámbitos de las fuentes.

En la internacionalidad la diferencia entre el ámbito activo y el ámbito pasivo de las fuentes es muchas veces grande, al punto que se producen a menudo jurisdicciones claudicantes, especialmente necesitadas de cooperación.

17. 2. 2. La **integración** ha generado nuevas fuentes específicas. En el ámbito jurisdiccional europeo, ocupan un sitio destacado los pronunciamientos "prejudiciales". Sin embargo, por ser el campo de la integración relativamente semejante al interno, la sentencia posee y ha de tener destacado relieve, convirtiéndose en fuente importante de la razonabilidad del nuevo régimen.

A semejanza de la jurisdicción europea, al tribunal del **Mercosur** le correspondería tener y difundir una mayor familiaridad con las nuevas clases de fuentes formales que va requiriendo la integración y abrir cauces a la misma a través de sus sentencias. La no creación del tribunal del Mercosur significa el creciente predominio de las fuentes "ejecutivas" y de los particulares.

En la integración la "claudicación" jurisdiccional que presenta la internacionalidad debe ser superada y el tribunal judicial propio es una vía importante para lograrlo.

La formación del tribunal mercosureño se nutriría recíprocamente con el desarrollo de la doctrina de la integración.

La situación actual favorece la confusión de las fuentes formales y frena el desarrollo de las fuentes de conocimiento de la normatividad mercosureña.

c") Funcionamiento de las normas

18. 1. 1. 1. Para que los repartos proyectados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas **funcionen** y uno de los instrumentos más importantes para ese funcionamiento es la jurisdicción.

El carácter descriptivo e integrador de las normas respecto de la realidad de los repartos exige una vinculación sólida entre toda norma y su funcionamiento, que a menudo ha de ser jurisdiccional. La norma se perfecciona en su funcionamiento y para poder funcionar requiere con gran frecuencia un despliegue jurisdiccional.

18. 1. 1. 2. En el funcionamiento de las normas se desarrollan tareas de **reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, conjetura y síntesis.**

Aunque en varios casos se trata de cuestiones muy discutidas, creemos que el reconocimiento elige la norma que ha de funcionar; la interpretación da primacía a la auténtica voluntad del autor; la determinación completa las normatividades insuficientes; la elaboración llena las carencias históricas o "dikelógicas" de normas (es decir, por falta de ellas o por su desplazamiento por ser injustas —al menos "desvaliosas"—); la aplicación subsume los casos en las normas y efectiviza las consecuencias jurídicas; la conjetura presume (más o menos fundadamente) el resultado del resto del funcionamiento y la síntesis supera los conflictos de normatividades que coinciden en casos demasiado estrechos para recibirlas.

La interpretación busca la fidelidad de las normas formuladas, la suerte de la adecuación se juega en mucho en la elaboración y en la determinación, y la aplicación debe obtener la exactitud.

Creemos que toda teoría del funcionamiento de las normas ha de conducir, en última instancia, a **soluciones justas** con el mayor grado de lucidez posible. La preocupación máxima del planteo trialista ampliado, que terminamos de señalar, es evidenciar de manera nítida el aporte que cada protagonista del mundo jurídico puede y debe realizar en términos de justicia. Por eso en la interpretación es leal al autor de la norma (dentro de los términos de la versión literal) y luego reclama la producción de una carencia dikelógica cuando el **mal menor** sea desobedecerla.

En cuanto a la jurisdicción, el decir el Derecho Positivo preexistente se vincula con la interpretación, el decir el Derecho Natural se relaciona con la elaboración y el hacer realidad el Derecho se vincula más con la aplicación. No obstante, la más específica afinidad con la tarea "jurisdiccional" se produce en la interpretación y la aplicación, en tanto, aunque la jurisdicción sea decir también el Derecho Natural, la elaboración está más próxima a la "jurisgeneración". El "decir" un nuevo Derecho Positivo sin referencia al Derecho Natural se halla fuera de la jurisdicción en sentido estricto y pertenece más a la producción de un nuevo Derecho.

El protagonismo de la jurisdicción en el funcionamiento de las

normas se va incrementando desde el "piso" de la interpretación y la aplicación a niveles más altos en la determinación, sobre todo cuando se trata de principios a desarrollar, y tiene su más alta expresión, al punto de llegar dialécticamente casi a la negación, en la elaboración ⁵².

Aunque normalmente todas las tareas del funcionamiento son asignadas al mismo **órgano** jurisdiccional, a veces esas diversas tareas motivan la intervención de distintos órganos, como suele suceder en la casación.

18. 1. 1. 3. El correcto funcionamiento de las normas y la tarea jurisdiccional que suele concretarlo dependen en mucho de la **idoneidad** de los encargados de producirlo —v. gr. los jueces— que deben poseer, por ejemplo, una gran **intuición** para avanzar en el conocimiento de los hechos y el Derecho y para encontrar los caminos para que éste resulte realizado.

Sin embargo, sea cual fuere la tarea que **corresponda**, el encargado del funcionamiento como **repartidor** puede **optar** a menudo por otra, por ejemplo, en lugar de interpretar o aplicar puede tomar, abierta u ocultamente, el camino de la lisa y llana elaboración. Aunque sea pertinente decir y hacer realidad el Derecho existente, puede optar por hacerlo nuevo.

En la jurisdicción está en gran medida presente el enorme poder que —salvo limitaciones fácticas— suele contenerse en el funcionamiento de las normas. Las tareas del funcionamiento se mueven siempre entre la **lealtad** al Derecho existente y la **creación** de uno nuevo y en ese espacio se produce la gran potestad de quienes están encargados de la labor jurisdiccional ⁵³.

Las normas funcionan como las hacen funcionar los órganos

52. En relación con los principios del Derecho puede v. por ej. ESSER, Josef, "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Barcelona, Bosch.

Acerca de la aplicación es posible c. v. gr. PIAZZESE, Antonino, "L'applicazione della legge", Milán, Giuffrè, 1964.

53. Pueden v. nuestros artículos "Reconstrucción y construcción en la interpretación", en "Boletín ..." cit., Nº 16, págs. 31 y ss.; "Meditaciones trialistas sobre la interpretación", en "El Derecho", t. 72, págs. 811 y ss.

jurisdiccionales, aunque su posibilidad está a menudo también limitada, no sólo normativa sino fácticamente.

La diversidad de métodos interpretativos que suelen utilizar e invocar los tribunales de más alta jerarquía muestra que, sobre todo cuando las cuestiones son vitales, los límites al funcionamiento teórico de las normas son muy importantes.

18. 1. 2. Las distintas **teorías** acerca del funcionamiento de las normas son expresiones más o menos conscientes de la racionalización del reparto que realizan los protagonistas de la jurisdicción. Cada teoría es una manera de beneficiar o perjudicar a los beneficiarios y, técnicamente hablando, un modo de hacer prevalecer el Derecho o los hechos.

La escuela de la **exégesis** es una vía para beneficiar al autor del Derecho Positivo a través de la obediencia extrema a la intención que plasmó en las leyes al adueñarse del poder. Responde a la posición de un grupo que ha conquistado recientemente el poder y ha plasmado sus intereses en normas, pero no confía en los jueces. Desde el punto de vista técnico, el Derecho Positivo prevalece sobre los hechos.

El **conceptualismo** manifiesta la adjudicación de potencia a los grupos que controlan la elaboración doctrinaria. También aquí el Derecho, conceptualizado, tiende a prevalecer sobre los hechos.

Al referirse a un marco de posibilidades interpretativas, la **teoría "pura"** del Derecho corresponde a la posición de un legislador que espera beneficiarse con el obrar de jueces que le resultan confiables. El Derecho se abre relativamente a la consideración de los hechos.

En base a las enseñanzas de la escuela de la **libre investigación científica**, todas las normas deben ser al fin apreciadas según lo **"dado"**, que evidencia la ciencia, y lo **"construido"**, producido por la técnica. En el marco de lo dado hay que atender a los datos reales (físicos, biológicos, psicológicos, económicos, políticos, sociales, etc.), históricos (reglas existentes), ideales (aspiraciones sociales) y racionales (de justicia). Se busca así, con apoyo en jueces confiables, un equilibrio entre las potencias del le-

gislador histórico, la sociedad y el juez. Como se avanza desde el Derecho más allá de él hay un equilibrio entre el Derecho y los hechos. Los datos reales e ideales se vinculan más con los hechos y los datos históricos y "racionales" y lo construido se relacionan más con el Derecho.

La escuela del Derecho **libre** se remite principalmente a la voluntad del legislador actual a través de jueces confiables. Asigna impotencia al legislador histórico, pero potencia al legislador actual, a los jueces y a la sociedad actual. Se abre el espacio para que los hechos lleguen a prevalecer sobre el Derecho.

Entre las enseñanzas que han de tenerse en cuenta para el establecimiento de la jurisdicción ocupan un lugar destacado las de la escuela de la libre investigación científica⁵⁴. Una jurisdicción sólo puede construirse debidamente cuando se apoya en datos reales, históricos, ideales y racionales.

A la luz de esas diversas consideraciones teóricas puede reconocerse cuál es la "**situación jurídica**" real de un órgano jurisdiccional y de sus disposiciones.

18. 2. 1. *El funcionamiento de las normas en el marco **internacional** plantea grandes dificultades.*

Cabe citar, por ejemplo, los obstáculos que suelen presentarse para el reconocimiento de las normas a considerar, sea porque se haga referencia a tratados respecto de los cuales suele ser difícil obtener datos de ratificación y vigencia o a Derecho extranjero, cuya información es todavía difícil. Las penurias de la interpretación se producen al punto que pueden obtenerse con frecuencia varias interpretaciones "infraauténticas" y a menudo hay notorias diferencias idiomáticas.

La elaboración en el marco internacional se complica por la posible diversidad de los criterios para producir carencias y para integrar. La aplicación padece, en mucho, por los obstáculos para el dominio de los hechos externos. La conjetura en las soluciones

54. V. por ej. GÉNY, F. "Science et technique en droit privé positif". Paris, Sirey; también v. gr. RECANENS SICHES, Luis. "Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX". México, Porrúa, 1963, págs. 39 y ss.

internacionales suele ser muy complicada y la síntesis tiene tensiones que tienden a parcializarla (como sucede, v. gr., en la quiebra e incluso en la sucesión internacionales⁵⁵—).

Para tener una idea más cabal de los obstáculos del funcionamiento de las normas en el marco internacional vale considerar que los problemas generales del Derecho Internacional Privado clásico y de los contactos de respuestas pueden ser comprendidos también desde el punto de vista funcional⁵⁶.

Muchas de las particularidades del funcionamiento internacional se interrelacionan con la deficiencia de la jurisdicción en ese marco.

18. 2. 2. 1. El proceso de **integración** depende en mucho del funcionamiento de las normas. Es casi utópico integrar en el marco de las normas sin integrar su funcionamiento.

Las funciones de la destacada jurisdicción comunitaria europea están basadas en la garantía del respeto del Derecho en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de los tratados⁵⁷.

Se ha dicho con acierto que "La necesidad del Tribunal de atender a los objetivos fijados por los tratados hace que prime en su jurisprudencia la interpretación teleológica o finalista, estrechamente ligada al principio del efecto útil y del efecto necesario, esto es, la interpretación que tiende a dar solución a un problema de manera que se ajuste a la consecución de esos objetivos. Esta interpretación es la más acorde con el carácter dinámico y progresivo de la construcción comunitaria europea, aunque, por otro lado, reviste también una gran importancia la interpretación sistemática que utiliza el Tribunal cuando la lectura del texto no le parece clara, por lo que pasa a interpretarlo en relación con las demás disposiciones que se encuentran en su mismo contexto, dependiendo de que se trate de una excepción a la regla general o no para que la interpretación sea restrictiva o extensiva⁵⁸."

55. Pueden v. nuestros "Estudios de Filosofía del Derecho Internacional ..." cit., págs. 69 y ss.

56. Es posible v. nuestros "Estudios de Filosofía Jurídica ..." cit., t. I, 1982, págs. 81 y ss. C. asimismo nota 46.

57. MOLINA DEL POZO, op. cit., pág. 271.

58. id., págs. 272/3.

18. 2. 2. 2. 1. *El tribunal del Mercosur podría ser, quizás a semejanza de los tribunales de la Unión Europea, un factor muy relevante en el afianzamiento y el desarrollo normativo y fáctico del Derecho de la Integración. Para que la integración mercosureña pueda concretarse es conveniente que un tribunal asegure, en última instancia, el funcionamiento de las normas respectivas.*

No es admisible que se susciten, por ejemplo, las dificultades funcionales que señalamos en cuanto al reconocimiento, la interpretación, la elaboración, la aplicación, la conjetura y la síntesis en la internacionalidad.

Sin embargo, la tarea del tribunal podría asumir en principio sólo algunas de las actividades del funcionamiento normativo, por ejemplo, ser, en una primera etapa, garante de la correcta interpretación y determinación de las normas mercosureñas.

En relativa semejanza con lo que sucede a menudo en la internacionalidad, pero con más exigencia, la interpretación de las normas mercosureñas debe salvar obstáculos de diversidad de idiomas —a veces por engañosa proximidad— que, en un marco integrador, requieren especial superación. El tribunal tendría también una importante labor en este sentido.

El tribunal mercosureño podría hacer más fácilmente conjeturable el funcionamiento del Derecho de la Integración, superando así los obstáculos que surgen al respecto de la diversidad de jurisdicciones locales. También se favorecería la tarea de síntesis, ya que el tribunal mercosureño tendría cabal conciencia de la unidad de la realidad social de la región integrada y del Derecho respectivo.

18. 2. 2. 2. 2. *Tal vez la inexistencia del tribunal sea una carencia histórica por novedad jurídica del proceso integrador, pero quizás ésta se vaya convirtiendo en una carencia "dikelógica" por falta de justicia, aunque la elaboración de la norma corresponda —como es obvio— a los poderes "políticos" del Mercosur.*

Para atender a una eventual "integración" analógica de esa "laguna" tomando como referencia al tribunal de la Unión Europea —el más significativo de los tribunales de integración— hay

que estar seguro de que la analogía sea realmente tal. Cualquier elaboración, recibida o autóctona, ha de considerar los difíciles rasgos de nuestra realidad.

Como ejemplo de las particularidades mercosureñas, cabe decir que la existencia de tribunales en países que han sido plenamente modernos y han recorrido el camino de la formación del Estado y de su liberalización y democratización, como los que orientan a la Unión Europea, no es equiparable a su existencia en países que son llevados a la postmodernidad sin haber sido nunca modernos.

Para resolver la constitución del tribunal del Mercosur hay que tomar en cuenta los datos reales, históricos e ideales de la realidad de la región y de las exigencias de justicia y lo que sobre ellos puede construirse. En ese marco, tienen destacado relieve los datos de las realidades jurisdiccionales ya existentes en los países del Mercosur.

La instauración del tribunal del Mercosur debe realizarse sabiendo el gran poder que significa hacer funcionar las normas, pero también atendiendo a que ese poder disperso en los órganos locales puede ser aún mayor y más injusto.

d'') Productos de las normas (jueces, abogados, tribunales, expedientes, institucionalidad, negociabilidad, etc.)

19. 1. 1. Al captar la realidad social, también en el caso de la jurisdicción, las normas cambian sus sentidos, generando "**productos**" denominados "**materializaciones**", personales y no personales. A través de esas materializaciones la realidad es tenida, por lo menos en principio, con los caracteres incorporados por las normas, aunque en sí sea diferente.

En el caso de la jurisdicción judicial, se destacan las materializaciones personales del juez, el secretario y el abogado, el perito, el testigo, la parte acreedora y la deudora, la víctima y el delincuente, etc. y entre sus materializaciones no personales sobresalen los órganos tribunales, los expedientes y, en particular las sentencias, etc.

19. 1. 2. El **juez**, repartidor jurisdiccional, es cargado de destacados significados de justicia e incluso de imparcialidad. Los **secretarios** adquieren contenidos de fe pública y organización. Los **"abogados"** en sentido amplio (incluyendo a los patrocinantes de las partes, los fiscales, los defensores, etc.) son dotados de significados por su carácter indispensable para que, sobre sus parcialidades idóneas, los jueces puedan superar sus prejuicios humanos y alcancen la imparcialidad.

Las materializaciones del juez y el abogado poseen gran significación que, en el marco interno, se proyecta con frecuencia sobre todo el ordenamiento normativo. La **judicialidad** es una presencia casi última en los ordenamientos estatales de nuestro tiempo, pero también vale reconocer que éstos se hallan en crisis.

La importancia de las materializaciones jurisdiccionales, sobre todo en la vertiente judicial, evidencia su gran significación, pero urge reconocer simultáneamente que se está desarrollando una competencia muy fuerte de las materializaciones emergentes de los "juicios comunicativos".

Los comunicadores sociales son a menudo los "abogados" y los "jueces" de nuestros días y las personas son acreedoras o deudoras, víctimas y delincuentes, etc., según los sentidos que atribuyen esos juicios.

19. 2. 1. *En el marco **internacional** las materializaciones judiciales tienen menos desarrollo, pero su crecimiento en el siglo XX ha sido altamente significativo.*

19. 2. 2. *A semejanza de lo que ha sucedido en la Unión Europea, un proceso de **integración** como el del **Mercosur** requiere el desarrollo de las materializaciones jurisdiccionales que acompañaría a la formación del tribunal propio.*

Para que nuestra integración sea cabal, sobre todo por el modelo adoptado, es necesario contar con esas importantes materializaciones judiciales.

20. 1. Las normas pueden construirse siempre con más carga

institucional o **negocial** y la jurisdicción, de modo particular cuando es judicial, es un fuerte instrumento de **institucionalización**.

El desempeño del juez posee una alta dosis de ideología que incorpora institucionalmente en los hechos. Sin embargo, el Derecho al que se remite puede contribuir a lograr un mayor equilibrio entre los protagonistas, de modo que es factible que sea una institucionalidad tendiente al fin a la negocialidad.

La institucionalidad judicial está en gran medida vinculada al **Estado**, sobre todo en el Derecho "continental", pero la crisis actual del ámbito estatal genera también una crisis de la institucionalidad judicial. Uno de los grandes desafíos de la jurisdicción en este tiempo es la constitución de cierta institucionalidad jurisdiccional y judicial no estatal.

Los diversos principios procesales (inquisitivo o acusatorio, de oficialidad o dispositivo, etc.) son, además, muestras de las diferentes maneras, más institucionales o negociales, con que puede desenvolverse la jurisdicción.

20. 2. 1. *La institucionalidad del marco **internacional** clásico surge con frecuencia de la negocialidad convencional y está sujeta a permanente "re-negociación". De aquí que la institucionalidad jurisdiccional internacional sea limitada.*

20. 2. 2. *Según lo evidencia la experiencia comunitaria europea, un modelo de **integración** institucionalizador, como el que parece ser también el **Mercosur**, necesita un ingrediente institucionalizador propio de carácter jurisdiccional judicial.*

Quizás pueda afirmarse que en el fenómeno europeo hay cierta institucionalidad "preestatal" y "preconfederal" y la jurisdicción comunitaria es un factor de impulso en tal sentido. Para quienes pensamos en la "Unión del Sur", el tribunal mercosureño podría ser una senda idónea en ese sentido.

Aunque no creemos en institucionalidades "milagrosas", estimamos que la actual situación del Mercosur refleja un vacío de institucionalidad (no sólo jurisdiccional).

21. 1. Para que las normas en general cumplan cabalmente sus funciones han de ser **adecuadas**, o sea, apropiadas a los fines de sus autores. Lo mismo ha de ocurrir con las normas jurisdiccionales.

21. 2. *Entendemos que la jurisdicción europea ha resultado claramente adecuada a los fines de la integración buscada y consideramos que, en medida considerable, también lo sería el tribunal del Mercosur.*

b') El ordenamiento normativo

a') *Concepto, estructura y clases de ordenamiento normativo*

22. 1. 1. La jurisdicción se inscribe habitualmente en el ordenamiento normativo que, como captación lógica neutral del orden de repartos, puede ser **fiel, exacto** y **adecuado**. En el ordenamiento normativo la fidelidad no se refiere al contenido de la voluntad del autor de una norma, sino a la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. En la medida que el ordenamiento sea fiel el recurso a la jurisdicción tiende a ser menor; un ordenamiento infiel puede generar el excesivo desgaste o también la marginalidad de la jurisdicción.

El ordenamiento normativo contiene el imperativo de la **legalidad**. La "jurisdicción" significa, en sí misma, cierto **compromiso** de legalidad. A semejanza de lo que sucede con el régimen, los protagonistas de la jurisdicción son en principio seres "**comprometidos**" con el ordenamiento normativo y "**sub-artífices**" de su crecimiento. Sin embargo, como suele haber tensiones entre el orden de repartos y el ordenamiento normativo, vale saber hacia dónde se inclina el mayor compromiso de los protagonistas de la jurisdicción.

22. 1. 2. 1. La **estructura** del ordenamiento normativo se constituye en sentidos **vertical** y **horizontal**, cada uno con sus referencias de **producción** y de **contenido**. A las relaciones verticales de producción les es inherente el valor subordinación, a las

vinculaciones verticales de contenido les corresponde el valor ilación, a las relaciones horizontales de producción les es propio el valor infalibilidad y las vinculaciones horizontales de contenido realizan el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento satisface el valor coherencia.

La jurisdicción se inscribe habitualmente en esa estructura. A semejanza de la compenetración entre los repartos del Derecho aplicable y de la jurisdicción, también están **“compenetradas”** las normas respectivas. La tarea jurisdiccional contiene sobre todo una **“habilitación”** para desarrollar relaciones verticales de producción de normas, que tienden un “puente” entre los repartidores, con la correspondiente satisfacción del valor subordinación. Así sucede en la habilitación constitucional o legal para la intervención de los jueces. Como la jurisdicción pretende decir y hacer realidad el Derecho aplicable, procura además una relación vertical de contenido, con la respectiva realización del valor ilación. Aunque la “juris-dicción” no exige necesariamente ser un **es-calón inferior** al de la “juris-generación”, su desenvolvimiento más nitido lo requiere.

En sentido horizontal, las normas jurisdiccionales, en especial cuando son judiciales, suelen impulsar al cumplimiento de las otras, satisfaciendo el valor infalibilidad. La jurisdicción judicial es uno de los mayores bastiones de la infalibilidad de un ordenamiento. A su vez, la jurisdicción, sobre todo cuando es judicial, tiende a desarrollar vinculaciones horizontales de contenido, de modo que se realiza el valor concordancia. La jurisdicción judicial es pieza importante en la realización del valor coherencia.

22. 1. 2. 2. Un tema de particular importancia en la problemática de las fuentes formales y de la estructura del ordenamiento es la **jerarquía** de las fuentes y sus normas (constitución, leyes, decretos, etc.). La función de la jurisdicción, en especial de la vertiente judicial, para resolver esa jerarquía es de decisiva importancia. Al fin la jerarquía es en muchos casos la que los órganos jurisdiccionales terminan adjudicando.

22. 1. 2. 3. La jurisdicción genera un **curso paralelo** del ordenamiento normativo de respeto previo a la **cosa juzgada**, que bloquea la producción de otras normas⁵⁹ o impone su contenido a cualquier otro pronunciamiento jurisdiccional⁶⁰.

Un dato de descollante importancia en el ordenamiento normativo es saber a quién corresponde "**la última palabra en materias de Derecho**", en nuestro caso, en el área jurisdiccional⁶¹. Esa última palabra está vinculada estrechamente con la soberanía y con el origen del ordenamiento.

22. 1. 3. 1. Conforme a la mayor o menor facilidad para su cambio el ordenamiento es más **flexible** o **rígido** y según su mayor o menor capacidad para adaptarse a las modificaciones de la realidad social es más **elástico** o **inelástico**. Pese a la complejidad del proceso judicial, la jurisdicción judicial es una pieza importante en la flexibilidad y sobre todo en la elasticidad del ordenamiento. El desenvolvimiento judicial suele ser un cauce para evitar a través de la flexibilidad y la elasticidad los estallidos del ordenamiento normativo, que suelen expresarse en revoluciones.

22. 1. 3. 2. Según que sólo presente las respuestas existentes o pretenda contener soluciones para todos los casos, el ordenamiento normativo es un **mero orden** o un **sistema de normas**. En caso de "carencia" o "laguna", en el mero orden el órgano jurisdiccional debe consultar al autor del ordenamiento; en el sistema debe resolver él mismo.

Cuando la solución que se busca es la que establecería el órgano jurisdiccional si él fuera el autor del ordenamiento a aplicar, el sistema es **material**; si se trata de un mero cerramiento del sistema, imponiendo la aprobación de lo sucedido, el sistema es **formal**.

59. Efecto procesal de la cosa juzgada material.

60. Efecto material de la cosa juzgada material.

61. V. por ej. STAMMLER, Rudolf, "Tratado de Filosofía del Derecho", trad. W. Roces, México, Nacional, 1980, pág. 299.

La maduración del ordenamiento es mayor en el sistema material y por eso en él la jurisdicción alcanza su máximo grado de protagonismo.

22. 2. 1. 1. *Mucho de lo expuesto en cuanto a las dificultades de la fidelidad y la exactitud de las normas internacionales es válido para el ordenamiento **internacional**. Es evidente que éste ha originado tradicionalmente un imperativo de legalidad menos intenso que el de los ordenamientos internos y también menos compromiso jurisdiccional.*

22. 2. 1. 2. *El ordenamiento normativo internacional ha suscitado importantes discusiones acerca del dualismo, que lo diferenciaba enérgicamente de los ordenamientos internos, exigentes de normas propias para la introducción de normas internacionales, o el monismo, que sostiene la formación automática de un solo cauce normativo, interno e internacional. A su vez, dentro del monismo se defienden las posibilidades de primacía de las normas internacionales o de las normas internas o de equivalencia.*

Según sus diversas estructuras, el ordenamiento internacional suele producir menos relaciones entre normas. El dualismo, generador de diversos ordenamientos, casi bloquea las vinculaciones internacionales-internas y el monismo con primacía del Derecho interno establece la subordinación y la ilación de lo internacional respecto de lo interno e incluso se interesa poco por la infalibilidad y la concordancia. También la equivalencia, que de alguna manera es una primacía interna velada, se caracteriza de cierto modo por estas relaciones normativas débiles. En principio, la mayor complejidad de las vinculaciones se produce en el monismo con primacía del Derecho Internacional.

Entre los Estados partes del ordenamiento normativo internacional el respeto a la cosa juzgada suele ser menos enérgico que en el ámbito interno.

La escasa presencia de jurisdicción propiamente internacional guarda estrecha relación con la estructura relativamente "claudicante" que suele tener el ordenamiento respectivo. El dualismo, el

monismo con primacía del Derecho interno, la equivalencia y el insuficiente respeto a la cosa juzgada viven a la sombra de la falta de una apropiada jurisdicción internacional.

Es notorio que en la discusión entre monismo y dualismo subyace la pregunta por quién dispone de la última palabra en materias de Derecho.

22. 2. 1. 3. Las dificultades del ordenamiento normativo internacional para conseguir flexibilidad y elasticidad suficientes, vinculadas a la falta del despliegue jurisdiccional necesario, han conducido a múltiples inexactitudes y conflictos armados.

El ordenamiento internacional ha tenido —aunque con alcance decreciente— diversos caracteres de mero orden, quedando condicionado para ser sistema al apoyo brindado por los ordenamientos internos. La falta de jurisdicción internacional obligatoria se relaciona con el carácter de mero orden que a veces ha caracterizado al ordenamiento normativo internacional.

22. 2. 2. La **integración** necesita un ordenamiento con más sentido de legalidad, más exacto y coherente, monista con primacía de lo integrador y más dotado de la última palabra en materia jurídica, más flexible, elástico y sistemático que el ordenamiento internacional. Para corresponder a esos requisitos ha de contar con un órgano jurisdiccional propio.

La Unión Europea es una muestra destacada de esto, al punto que ha podido decirse que “el Tribunal de Justicia garantiza la coherencia del orden jurídico comunitario, estableciendo el marco jurídico requerido para la existencia de la acción combinada de las instituciones y de los Estados miembros en orden a conseguir los objetivos previstos en los Tratados”⁶². El **Mercosur** plantea exigencias semejantes.

Un aporte importante para la integración es la supremacía de las fuentes respectivas sobre las fuentes internas, como la que establece actualmente la Constitución Nacional argentina en el art. 75 (incisos 22 y 24) en la relación entre tratados y derecho integrador

62. MOLINA DEL POZO. op. cit., pág. 273.

derivado y leyes, pero para afirmar y desarrollar esa supremacía es relevante contar con un tribunal propio de la integración.

La no creación del tribunal del Mercosur significa peligros para el ordenamiento normativo regional.

b'') Origen del ordenamiento normativo

23. 1. El origen del ordenamiento puede referirse a una **norma hipotética fundamental** disyuntiva, de cumplimiento de los pactos u obediencia al constituyente histórico, que es reconocible por su efectividad. A menudo la última expresión de esa efectividad se produce a través de la jurisdicción, manifestación de alta significación de la vertiente autoritaria de obediencia al constituyente histórico.

23. 2. 1. *Mucho se ha discutido acerca de la ubicación de la norma hipotética fundamental en la relación entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos internos, relacionándose a menudo las respuestas con las posiciones dualistas o monistas que se sustentan. De todos modos, la deficiente estructura jurisdiccional de la internacionalidad es un obstáculo para la jerarquización de la norma hipotética fundamental respectiva.*

23. 2. 2. *La **integración** puede necesitar una reubicación de la norma hipotética fundamental en el ordenamiento integrador: con carácter supraestatal, y para lograrla es conveniente contar con un tribunal propio, como el que podría establecerse para el **Mercosur**.*

c') La categoría básica de las normas y el ordenamiento normativo

24. 1. 1. El decir y el hacer realidad el Derecho significa para la jurisdicción un múltiple requerimiento de **verdad**, que es conocimiento personalizante. Aunque la verdad es soporte de toda realización jurídica, su línea más aguda está en las funciones descriptivas de la dimensión normológica⁶³.

La verdad es una categoría **pantónoma** cuya inabarcable am-

63. Acerca de la verdad en el Derecho pueden v. por ej. COSSIO, op. cit.: "Teoría de la Verdad jurídica". Bs. As., Losada, 1954; GOLDSCHMIDT, "Justicia ..." cit.: v. asimismo nota 12.

plitud obliga a **fraccionarla**, con el logro pertinente de **certeza**. La pantonomía de la verdad legitima infinitos **puntos de vista** y creemos que es perdurable el valor del socrático "saber que no se sabe"⁶⁴, pero esa complejidad no debe llevar a la renuncia a la vieja exigencia de correspondencia del pensamiento con la realidad, que es imprescindible para la vida⁶⁵.

Hay una verdad jurisdiccional respecto del Derecho a decir (fidelidad de las normatividades interpretadas), otra referida a los casos a resolver, otra acerca de lo que los protagonistas quieren decir en sus pronunciamientos (fidelidad de las normas producidas), otra en relación con el cumplimiento del Derecho a hacer realidad (exactitud de las normatividades aplicadas), y otra sobre el cumplimiento de lo que los pronunciamientos dicen que sucederá (exactitud de las normas producidas). Además, la pantonomía de la verdad se manifiesta en los valores de la estructura del ordenamiento normativo, que culminan en la coherencia.

Los **desarrollos técnicos** han aportado grandes recursos para la realización de la verdad, también en lo jurisdiccional, pero al propio tiempo producen más riesgos de falsificación.

24. 1. 2. De gran importancia para la comprensión de la jurisdicción es el reconocimiento de los cauces del razonamiento jurisdiccional y especialmente judicial, que posee una lógica con caracteres particulares⁶⁶.

No obstante, puede c. también por ej. JAMES, William, "El significado de la verdad", trad. Luis Rodríguez Aranda, 5a. ed., Bs. As., Aguilar, 1980.

64. V. por ej. PLATÓN, "Apología de Sócrates", trad. Conrado Eggers Lan, Bs. As., Eudeba, 1971; también pueden v. nuestras "Lecciones ..." cit., t. I, 1991, págs. 62 y ss.

65. ARISTOTELES, "Metafísica", en "Obras" cit., pág. 958, (Libro IV, Cap. 7: 1011 b), Asimismo c. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5ª. ed., Bs. As., Sudamericana, t.II, 1964, págs. 884 y ss. ("verdad").

66. Pueden v. por ej. GHIRARDI, Olsen A., "Lecciones de Lógica del Derecho", Córdoba, ed. del autor, c. 1982; "Lógica del proceso judicial", Córdoba, Lerner, 1987; "El Razonamiento Judicial", Lima, Academia de la Magistratura, 1997. Asimismo: GHIRARDI, Olsen A. y otros (rec.), "La naturaleza del razonamiento judicial (El Razonamiento Débil)", Córdoba, Alveroni, 1993. Es posible c. además, v. gr., "Reason in Law (Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984)", Milán, Giuffrè, 1987/8; MANSON TERRAZAS, Manuel, "Filosofía, Derecho y Lógica", Santiago, 1996.

En un mundo que en mucho se va sumiendo en una asfixiante confusión, es de alta relevancia el papel que pueden tener los órganos jurisdiccionales, y en particular los jueces, en la realización de la verdad.

24. 2. 1. *La realización de la verdad jurisdiccional en el campo **internacional** presenta dificultades especiales, que surgen de lo expuesto precedentemente. Las distancias incrementan los riesgos de error y falsedad y esas dificultades se nutren, de manera recíproca, con el insuficiente desarrollo jurisdiccional.*

24. 2. 2. *La **integración** exige un grado de desenvolvimiento de la verdad jurisdiccional mayor que el de la internacionalidad y parecido al del ámbito interno. Para lograrlo es importante contar con un tribunal regional, como el que podría tener el **Mercosur**.*

La no creación del tribunal del Mercosur supone posibilidades mayores para un despliegue de falsedad en el ámbito integrado.

C) DIMENSIÓN DIKELÓGICA DE LA JURISDICCIÓN⁶⁷

1) La justicia y los demás valores en el mundo jurídico⁶⁸

a) La justicia como valor aislado

a") *Concepto, estructura y clases de justicia*

25. 1. La jurisdicción debe existir y es valiosa si se ajusta al **deber ser** del **valor supremo** del Derecho, que es la **justicia**.

Una "juris-dicción" injusta es al fin una contradicción, como lo es en definitiva, en sentido cabal, un Derecho injusto, que sólo puede ser Derecho en las dimensiones sociológica y normológica, pero obviamente no en la dimensión dikelógica.

67. Sobre la Dikelogía, o ciencia de la justicia, v. por ej. GOLDSCHMIDT, "La ciencia ..." cit.: "Introducción ..." cit.

68. Creemos que en general el orden más adecuado para exponer la dikelogía es el que diferencia una parte general y dos partes especiales, una de axiología dikelógica en sentido estricto y otra de axiosofía dikelógica, pero su complejidad no resulta necesaria para este estudio.

La justicia genera el imperativo de la **legitimidad**. El mayor **compromiso** de los protagonistas de la jurisdicción ha de estar, por sobre el régimen y el ordenamiento normativo (con sus respectivos valores de orden y coherencia) con el valor justicia. Más que con la legalidad, que en diversos grados posee el Derecho Positivo, debe haber compromiso con la **legitimidad**.

25. 2. 1. *Como ya señalamos, en el marco **internacional** clásico el reconocimiento de la justicia como valor supremo del Derecho y la apreciación de la jerarquía de la legitimidad han sido muy precarios. La legitimidad ha sido demasiado dominada por las legalidades locales. Sin embargo, en los últimos tiempos se han realizado progresos significativos, entrelazados de modo claro con los avances jurisdiccionales que se han ido generando.*

25. 2. 2. *El proceso **integrador** exige que el reconocimiento de la jerarquía de la justicia y de la legitimidad sea más firme y una de las maneras eficientes para lograrlo es, según lo muestra la realidad europea, la formación de un tribunal propio, como el que podría organizarse en el **Mercosur**.*

En cambio, la inexistencia del tribunal del Mercosur importa peligros para la jerarquización del valor justicia y para el sentido de la legitimidad en la región.

26. 1. 1. La comprensión de la jurisdicción no es cabal si no se tiene en cuenta que la justicia tiene una **estructura pantónoma**, o sea abarca la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, pero además que esa plenitud es inabordable, porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes, de modo que urge **fraccionar** sus influencias.

26. 1. 2. En correspondencia con la pantonomía de la finalidad objetiva, la causalidad, la posibilidad y la verdad, la pantonomía de la justicia es una de las perspectivas de la legitimidad que en principio tienen todos los **puntos de vista** invocados en la jurisdicción.

La jurisdicción permite apreciar influencias de justicia que desde otros puntos de vista no pueden reconocerse, pero para que esa consideración se produzca ha de iluminarse a través de la **sa-**
biduría de poder desfraccionar todo lo que haya que desfraccionar.

Son válidas aquí, desde el punto de vista de la justicia, las consideraciones de atención al pasado, el presente y el porvenir efectuadas respecto de la finalidad objetiva de los acontecimientos.

La jurisdicción es una función específica de ciertos órganos mas también, en algún sentido, una tarea **permanente de todos** los sectores sociales. De algún modo todos decimos y hacemos realidad el Derecho y en particular la justicia. La jurisdicción es más cabal si es acompañada de una "jurisdicción difusa" del complejo de los integrantes de la sociedad. De aquí que de cierta manera hay jurisdicciones desde el pasado, el presente y el porvenir. Cada caso viene siendo juzgado, es juzgado y será juzgado en jurisdicciones proyectadas desde toda la temporalidad.

Desde estas perspectivas se comprende mejor el significado del "**tribunal de la historia**". Desde el futuro se está más lejos del complejo absorbente de los casos y se pueden apreciar más influencias de justicia, descubiertas o sobrevenidas, aunque también existen las perspectivas negativas de una menor posibilidad de valorar los detalles y un mayor compromiso con las consecuencias. Tampoco hay que olvidar que casi siempre la historia la hacen y la escriben los vencedores.

26. 1. 3. A su vez, sin embargo, vale considerar que la jurisdicción se realiza en base a **fraccionamientos** imprescindibles en el Derecho y en los hechos y, en definitiva, en la justicia, de modo que la justicia humana es siempre **limitada**.

La jurisdicción decide qué es lo que se tendrá o no se tendrá en cuenta, qué es lo que se hará o no se hará. En general, como ya señalamos, los hechos y el Derecho resultan "construidos" por quienes la ejercitan. No obstante, también hay que considerar que los órganos jurisdiccionales están limitados en sus posibilidades, de modo que a su respecto es valiosa la noción de repartos

“**justificados**”, o sea, los repartos más justos que pueden realizar quienes no pueden efectivizar la mayor justicia posible.

Los fraccionamientos de la justicia producen **seguridad jurídica** y a través de los cortes de la realidad, sobre todo de las influencias del futuro, la jurisdicción es una importante generadora de seguridad. La necesidad de fraccionamiento conduce al habitual recurso a la **cosa juzgada**, que de alguna manera cierra las influencias del porvenir.

Sin embargo, es fácil que en base a los fraccionamientos jurisdiccionales se produzca una apariencia de justicia que en la realidad no existe. El brillo de la delimitación establecida por vía jurisdiccional es uno de los grandes peligros de **enajenación** de la sociedad. La pantonomía de la justicia, sólo abordable mediante fraccionamientos, contribuye a explicar los inevitables pero combatibles “**errores judiciales**”⁶⁹.

Para que la jurisdicción sea más propiamente tal es importante que quienes la ejercitan puedan ser “imparciales” porque no reciben sus **consecuencias** y no integran el **complejo** personal, temporal y real de los casos. Vale recordar los riesgos de las jurisdicciones ejercidas por quienes están muy “com-prometidos” con la realidad que juzgan.

26. 2. 1. 1. *En la jurisdicción **internacional** se pueden desfraccionar despliegues de justicia que los Estados locales no consideran, y de aquí que la jurisdicción en ese marco sea menos segura, pero al propio tiempo se imponen fraccionamientos de influencias de justicia que en los casos nacionales se está en mejores condiciones de tratar y estos cortes son generadores de seguridad para los integrantes de los Estados pero a veces agreden a los “extraños”.*

En función del carácter “externo” al complejo personal local y por la dificultad de los grandes números los derechos de los individuos suelen ser sometidos a fuertes fraccionamientos que los sacrifican al conjunto. Los esfuerzos para lograr el respeto a los “ele-

69. Puede v. por ej. GIURIATI, Domingo. “Los errores judiciales”, trad. A. Posada, Madrid, La España Moderna.

mentos extranjeros” y a los derechos humanos de todos los hombres, prescindiendo de las fronteras, figuran entre los grandes títulos del Derecho Internacional⁷⁰.

26. 2. 1. 2. En lo internacional la construcción de los hechos y del Derecho es más amplia, pero a su vez posee especiales limitaciones. Es poco lo que se sabe y lo que se puede y, a veces, menos lo que se quiere saber y se quiere poder respecto de la justicia.

En la internacionalidad clásica la “audiencia” y la jurisdicción difusas suelen estar fracturadas y el tribunal es con frecuencia el de los vencedores. Sin embargo, la internacionalidad actual, auxiliada por los desarrollos técnicos, va permitiendo más posibilidades de juzgamiento por todos, ampliando las perspectivas para el desfraccionamiento y generando una “audiencia” y jurisdicción mundiales.

En la problemática generalísima de la jurisdicción internacional, el fuero de atracción es una muestra de desfraccionamiento y la consideración de la litispendencia y la cosa juzgada en el espacio significan fraccionamientos de la justicia. El otorgamiento de jurisdicción es una vía para el desfraccionamiento, mas a su vez la reserva de no denegación de justicia es un “desfraccionamiento del desfraccionamiento” que produce la apertura de otra norma jurisdiccional. Para el desfraccionamiento de la justicia es crecientemente necesaria la cooperación jurisdiccional.

En el campo internacional es particularmente difícil conseguir jueces no comprometidos por las consecuencias y no integrantes del complejo de los casos, de modo que, como hemos señalado, la imparcialidad suele buscarse a través de la acumulación de “parcialidad”.

26. 2. 2. La **integración** requiere mejorar los alcances de justicia de la jurisdicción internacional, aproximándola a los que puede tener la jurisdicción interna, pero sin ceñirla a los límites de ésta. De cierto modo, la jurisdicción de la integración debe superar “dialécticamente” la jurisdicción nacional y la jurisdicción

70. V. por ej. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo”, Madrid, Tecnos, 1995; ARBUET VIGNALI, Heber, “Derecho Internacional Público”, Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1995, págs. 85 y ss. También, v. gr., la ponencia de Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE presentada al XIX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, “Anuario”, t. 13, págs. 99 y ss.

internacional. Los logros de la Unión Europea al respecto son evidentes.

*En la formación del tribunal del **Mercosur** habría que poner especial cuidado en tener jueces dotados de sabiduría y capaces de hacer que la construcción de los hechos y del Derecho sea representativa de lo que en justicia corresponde considerar. Hay que evitar la reproducción de lo que sucede en algunos espacios locales, donde la crisis de la jurisdicción se ha convertido en causa de una casi insoportable enajenación.*

La "jurisdicción" del tribunal del Mercosur sería más cabal si su desempeño estuviera acompañado de una "jurisdicción difusa" del complejo de todos los habitantes de la región. Urge formar una conciencia de justicia mercosureña, y el tribunal propio puede ayudar a su vez a su desarrollo. Dado que no tenemos consolidado un pasado en común vale que la jurisdicción integradora se construya atendiendo al futuro a compartir.

La integración requiere considerar los desfraccionamientos del fuero de atracción de manera amplia, consolidar la seguridad que se logra con la atención a la litispendencia y la cosa juzgada, y desplegar los fraccionamientos que impone la no denegación de justicia. Se necesita, con particular intensidad, la cooperación jurisdiccional.

Importa que los jueces del tribunal del Mercosur no estén demasiado comprometidos por las consecuencias o por los complejos personal, temporal y real, aunque tal vez para ello resulte necesario equilibrar sus "partialidades".

La integración exige, en suma, una amplia proyección vital común, que debe superar las limitaciones de la jurisdicción internacional.

Sin desconocer las dificultades e incluso los riesgos del proceso de formación de la nueva jurisdicción judicial, creemos que la inexistencia del tribunal del Mercosur significa fraccionamientos indebidos de la justicia que aseguran a intereses ilegítimos.

27. 1. 1. En cuanto a las **clases de justicia**, entendidas como vías para el descubrimiento de este valor, la jurisdicción, de mo-

do particular cuando es judicial, se vincula sobre todo con la justicia **extraconsensual** (apreciada con prescindencia del acuerdo) y **sectorial** (referida al área del caso), diferenciada de la justicia consensual e integral (dirigida al conjunto).

Asimismo en la jurisdicción judicial se presentan perspectivas de justicia **gubernamental** (proveniente del todo), diversa de la justicia "parcial"; de justicia **dialogal** (de diversas razones de justicia, correspondientes a las partes), distinta de la justicia monolocal y de justicia **relativa**, por la dependencia con el Derecho a "decir" y hacer realidad.

Pese a que por su "posición" la "jurisdicción" tiene normalmente ese sentido de justicia relativa, también puede asumir rasgos de justicia absoluta, de modo principal cuando los órganos jurisdiccionales producen "carencias" en el Derecho Positivo aplicable y, sobre todo, cuando elaboran las respuestas atendiendo a lo intrínsecamente justo.

Aunque hay referencias mayores o menores a la justicia particular o a la justicia general (que se dirige al bien común) según la materia de que se trate, también se desenvuelve cierto sentido de justicia **general** por la función que para el bien de la sociedad tiene la propia existencia del órgano jurisdiccional, en especial cuando tiene carácter judicial. La necesidad y el requerimiento de justicia de la comunidad toda respecto a que haya jurisdicción la constituyen, en cierto aspecto, en un **servicio público**. La jurisdicción puede ser caracterizada o no como un poder del gobierno, pero es siempre en alguna medida un servicio público.

Esos caracteres de justicia no excluyen, obviamente, la frecuente legitimidad de las soluciones más consensuales, parciales (provenientes de un área social, que pueden ser incluso las mismas partes) y particulares, muy presentes, v. gr., en la jurisdicción arbitral.

En tanto no se emplea la justicia consensual (que se descubre desde los puntos de vista de los propios interesados) es especialmente importante que el **puesto** del órgano jurisdiccional sea de imparcialidad, y para esto es relevante que sea "**imparcial**" (en el sentido de diferenciarse de las partes). Así se hace evidente la

trascendencia de la actuación jurisdiccional de **terceros** (en el sentido de no ser parte, no de ajenos).

Dada sobre todo la pantonomía de la finalidad objetiva de los acontecimientos, nadie puede ser perfectamente “no parte” de un caso, pero es significativo que el protagonista de la jurisdicción lo sea en la mayor medida posible.

27. 1. 2. La jurisdicción puede plantearse —en el Derecho continental de manera excepcional— como “previa” a la producción de casos concretos, constituyéndose en vía para la justicia “rectora”, mas normalmente se desarrolla con referencia “posterior”, de modo que es senda para la justicia **“correctora”**. Se dice y se hace realidad el Derecho para corregir una situación que debe cambiar.

Dada la proximidad con los casos, la jurisdicción está en especiales condiciones para efectivizar la **equidad**, como justicia del caso particular⁷¹.

Los caracteres de la jurisdicción judicial respecto de las clases de justicia la hacen de alguna manera imprescindible para la realización plena del valor en la comunidad.

*27. 2. 1. La jurisdicción **internacional** requiere más ingredientes de justicia consensual, pero afronta dificultades para la justicia dialogal; tiene más sentidos de “partialidad” y de sectorialidad y posee poca presencia de una auténtica justicia general referida al bien común de todas las comunidades interesadas, en este sentido, con el consiguiente riesgo de incremento excesivo de la justicia general local.*

En la jurisdicción internacional las dificultades para la imparcialidad se hacen notorias, resultando a menudo imprescindible el recurso más o menos moderado a la “partialidad”. Disminuyen, en general, las diferencias entre la judicialidad y la arbitralidad.

La deficiencia en los alcances de la jurisdicción para cumplir

⁷¹ Es posible v. nuestro estudio “Comprensión jusfilosófica de la equidad”, en “El Derecho”, t. 155, págs. 685 y ss.

con las clases de justicia necesarias es uno de los rasgos relevantes de las carencias de justicia que suele presentar la internacionalidad.

27. 2. 2. En la **integración** esos caracteres de la internacionalidad deben disminuir; o sea, han de lograrse avances diversos en la justicia extraconsensual, dialogal, gubernamental, integral y general. La integración requiere, asimismo, el incremento de las posibilidades de la justicia correctora y de la equidad.

En caso de evitar las desviaciones que pueden amenazarla, la organización del tribunal del **Mercosur** se convertirá en componente valioso para la realización de las clases de justicia propias de la jurisdicción integrada, que acabamos de señalar.

La no creación del tribunal mercosureño es una vía de atraso para el descubrimiento y la realización de la justicia en la región.

b'') Fuentes de la justicia

28. 1. La problemática de las fuentes de la justicia requiere aclarar si éste y los demás valores son "**naturales**" o "**fabricados**" y si de alguna manera poseen un origen **objetivo** o **subjetivo**. Un valor natural es siempre objetivo, pero los valores fabricados pueden adquirir cierta "objetividad social". La existencia de una "dimensión dikelógica", diversa de la sociológica, significa cierto reconocimiento de naturalidad de la justicia, aunque advertimos que a medida que se asciende en la tabla de valores se aprecia que tal naturalidad es, al menos, difícil de demostrar.

Los caracteres de naturalidad o fabricación y de objetividad o subjetividad que se atribuyan a la justicia están hondamente relacionados con el comportamiento social y con el desenvolvimiento jurisdiccional. Aunque tradiciones culturales pueden llevar a las posiciones subjetivistas a opciones de respeto a los derechos humanos, parece que éstos obtienen más fundamentación con posiciones objetivistas y sobre todo naturalistas. La creencia en la naturalidad de la justicia brinda una concepción enérgica de la jurisdicción, pero también suele servir para ponerle límites. La subje-

tividad de la justicia puede dar a la jurisdicción extremos de afirmación o de duda. Esto último es lo que suele suceder, en tiempos como el nuestro, con la jurisdicción penal.

28. 2. 1. *En los hechos la **internacionalidad** tradicional se manejó con criterios de subjetividad de la justicia que permitieron crecientes crueldades. Los avances de la organización internacional al servicio de la paz y de los derechos humanos y los progresos de la jurisdicción han correspondido a ciertos adelantos de la idea de objetividad de la justicia, sobre todo evidenciados a partir de la "Segunda" Guerra Mundial. Vale recordar, a título de ejemplo, que la elaboración goldschmidtiana de la "Dikelogía", basada en la afirmación de la naturalidad de la justicia, se debió en gran medida a la repugnancia que le originaron los atentados contra los derechos humanos ocurridos durante la "Segunda" Guerra Mundial.*

28. 2. 2. *Un proceso de **integración** necesita apoyarse en ciertas concepciones firmes acerca de la justicia y ellas están correlacionadas con la existencia de un tribunal como el que podría constituirse en el Mercosur.*

c") Funcionamiento de la justicia

29. 1. 1. 1. La justicia funciona a través del reconocimiento y la realización de los tres despliegues que posee como valor: valencia (deber ser ideal puro: la justicia debe ser), valoración (esto justo o injusto debe o no debe ser) y orientación (constituido por criterios generales que favorecen las valoraciones). Por su mayor relación con casos concretos, la jurisdicción está en mejores condiciones que la constitucionalización y la legislación para superar los criterios generales orientadores y realizar **valoraciones**.

En la jurisdicción se vive la tensión entre los criterios generales de justicia, sobre todo en cuanto están plasmados en el Derecho a decir y hacer realidad, y las valoraciones que permiten los casos. El abandono de los criterios generales tiene cierto sentido de **crisis**, pero ésta no es siempre un sendero de injusticia y, por

el contrario, puede permitir un avance en el valor. No obstante, la mentalidad de los protagonistas jurisdiccionales tiene a veces una tendencia al apego a los criterios generales, que simplifican y "aseguran" su labor.

29. 1. 1. 2. En plenitud, la realización de los valores, en nuestro caso la realización de la justicia a través de la jurisdicción, requiere su funcionamiento mediante tareas de **reconocimiento, asunción y ejecución**, que están cargadas de muchas dificultades.

29. 1. 2. El funcionamiento de la justicia y la jurisdicción sólo son cabalmente posibles cuando se cuenta en la sociedad y en sus protagonistas con una **ética** específica. La posibilidad de órganos jurisdiccionales desarrollados de manera plena está fuertemente condicionada por tales proyecciones éticas.

El compromiso ético jurisdiccional debe tener, por lo menos, **virtud intelectual**, o sea conciencia de que se hace lo valioso del Derecho. Con tal propósito se han de procurar todos los instrumentos de instrucción y de control para que ella sea suficiente, por ejemplo, a través de la vigilancia de los otros poderes del Estado.

Sin embargo, el valor tiene más posibilidades cuando asimismo se cuenta con **virtud moral**, es decir, no sólo se sabe que se hace lo valioso, sino se lo hace por amor al valor, en este caso, del Derecho. Cuando una sociedad tiene una crisis de valores y en particular una crisis de justicia, es al fin muy difícil que haya una buena jurisdicción. En este sentido, mucho hay que hacer para lograr la formación respectiva en los protagonistas de la jurisdicción y en la sociedad en general⁷².

Los jueces y la sociedad en su conjunto deben tener compromisos intelectuales y morales con el orden y la legalidad, pero sobre todo con la legitimidad.

29. 2. 1. *En el ámbito **internacional** la afinidad de la jurisdicción con las valoraciones completas se hace más urgente y a la vez*

⁷². En relación con el tema v. los trabajos de las Jornadas Nacionales de Ética de la Abogacía.

más dificultosa. Las barreras culturales son a menudo muy fuertes para la comprensión más amplia de los despliegues del valor que es propia de la valoración. El reconocimiento, la asunción y la ejecución de los valores son especialmente difíciles.

En lo internacional, el control que promueve la virtud intelectual y la comprensión en que se apoya la virtud moral tienen muchos obstáculos. Formar un juez internacional es tarea enfrentada a problemas de especial intensidad.

29. 2. 2. La **integración** necesita siempre un grado mayor de atención a las valoraciones completas. Hay que superar los criterios generales locales e internacionales y el funcionamiento de la justicia ha de ser más expedito.

La novedad de las circunstancias integradoras requiere jueces especialmente idóneos para el funcionamiento de la justicia y, como lo evidencia la experiencia europea, la existencia de un tribunal propio es relevante para tal logro. Lo propio hay que procurar en el tribunal del **Mercosur**.

En el tribunal de la integración se han de instrumentar, con el necesario esfuerzo creativo, todos los medios posibles para que los jueces tengan, al menos, virtud intelectual de justicia, aunque no hay que olvidar la importancia que, en última instancia, siempre posee la respectiva virtud moral. Urge encarar de modo cabal la formación de toda la magistratura del Mercosur⁷³.

73. A propuesta inicial del autor de este estudio participantes en el Seminario Unión Europea y Mercosur "El papel de los órganos jurisdiccionales en los procesos de integración" organizado por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay y la Embajada de España en ese país suscribieron una declaración cuyos puntos a) y b) sugieren respectivamente: recomendar la formación en el Derecho y la problemática general de la integración en los hombres de Derecho y en toda la población y recomendar que en la designación de los magistrados y funcionarios jurisdiccionales se tenga en cuenta la conciencia integradora de los mismos (Asunción, 3 de abril de 1997).

d'') Productos de la justicia

30. 1. Las referencias axiológicas (sobre todo juicios axiológicos) generan **materializaciones** personales y no personales que integran el mundo de la **cultura** y, entre ellas, al Derecho le interesan en particular las materializaciones de la justicia. A menudo las materializaciones dikelógicas coinciden, por recepción que en general parte de las referencias valorativas y es admitida en las normas, con las materializaciones normológicas. Con frecuencia entre las materializaciones comunes se encuentran el juez, el secretario, el abogado, la sentencia, etc., que asimismo figuran, también con carácter ambivalente, en el mundo jurisdiccional, pero en ciertas circunstancias, como las actuales, las materializaciones de las referencias a valores y en particular a la justicia difieren de modo considerable de las materializaciones normológicas, como ocurre con los "jueces", las "víctimas", los "victimarios" y los "procesos" que se producen a través de los medios de comunicación de masas.

El grado de coincidencia o discrepancia entre las materializaciones jurisdiccionales normológicas y dikelógicas de una sociedad es expresión de la coincidencia o discrepancia entre la jurisdicción orgánica y la jurisdicción difusa que se produce en ese medio. Sería muy grave, por ejemplo, que un juez tuviera para las normas un sentido de justicia y según las valoraciones de la población un mero sentido de poder. El porvenir de las materializaciones normológicas depende habitualmente de su correspondencia con materializaciones axiológicas que las sustenten.

El estudio de las materializaciones axiológicas en general es un soporte fundamental del conocimiento cultural profundo que requieren la jurisdicción y el Derecho todo⁷⁴.

30. 2. 1. *En razón de las discordias entre sus integrantes, la vida **internacional** se ha caracterizado a menudo por grandes ten-*

⁷⁴. En relación con el tema pueden v. nuestras "Bases jusfilosóficas ..." cit. Vale recordar: GOLDSCHMIDT. "Justicia y verdad" cit., págs. 84 y ss. ("La idealidad adyacente y sus secuelas políticas").

siones entre las materializaciones de las normas y de las valoraciones, proyectadas también en el campo jurisdiccional. De aquí que ha sido dificultoso el proceso para establecer órganos jurisdiccionales, sobre todo en el ámbito público.

En concordancia con los requisitos básicos para la existencia de la comunidad internacional, las diversidades de los Estados, reflejadas en las normas jurisdiccionales, les daban alcances diversos y menores que las relaciones económicas, religiosas, científicas, etc. en que se apoyaban las valoraciones⁷⁵. Sin embargo, las materializaciones normativas de la vida privada fueron logrando con frecuencia más coincidencia con las materializaciones axiológicas, en parte en relación con la difusión del sistema capitalista.

30. 2. 2. La **integración** exige que las materializaciones normológicas y axiológicas coincidan en mayor medida que en la internacionalidad y para ello se requiere un tribunal que goce de prestigio, como sucede en el ámbito europeo. La constitución del tribunal del **Mercosur** debe tener en cuenta estas exigencias. El no establecimiento del tribunal mercosureño significa un riesgo de discrepancia entre las materializaciones normológicas y las materializaciones dikelógicas en la región.

b') La justicia en el complejo axiológico

a") *Concepto, estructura y clases de complejos axiológicos*

31. 1. 1. Por su referencia al Derecho y a los hechos la jurisdicción, plantea un **complejo axiológico** muy rico y significativo.

Por el lado del Derecho el plexo valorativo jurisdiccional se remite más a la **justicia**, el más alto de los valores jurídicos, y por el lado de los hechos apunta más a la **eficacia**. Estos requerimientos se entrelazan, de modo que en los casos concretos que motivan la jurisdicción resulta más posible el descubrimiento de la justicia y los casos poseen un último significado que les brinda la justicia.

75. V. párrafo 7. 2. 1. y nota 22.

Las exigencias de justicia y eficacia están vinculadas por la relación entre medios y fines que presenta la **utilidad**. La jurisdicción ha de ser útil, pero la diferenciación de una mayor referencia a la justicia o a la utilidad es uno de los puntos esclarecedores de la distinción entre jurisdicción y administración⁷⁶.

Según hemos señalado, por su referencia a la realidad del Derecho y de los hechos, la jurisdicción requiere un aporte de **verdad**.

Al fin todos los valores particulares, entre los que nos interesan los valores jurisdiccionales más específicos —justicia, eficacia, utilidad y verdad—, han de contribuir a la realización del más alto valor a nuestro alcance, en el que de cierto modo todos ellos se originan, que es la **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser).

31. 1. 2. En relación con la **estructura** del complejo axiológico, cabe señalar que en la medida que hay valores que siempre deberían valer, como la justicia y la humanidad, y otros que deben depender de valores diferentes, según ocurre con el poder y la cooperación, cabe diferenciarlos como **“absolutos”** y **“relativos”**.

La correcta ubicación de los valores se logra mejor a través de **denominadores comunes** y **particulares**. Entre los primeros se destacan la justicia y la humanidad, en tanto otros valores, como la salud o la utilidad, pueden intervenir más como particulares.

La jurisdicción debe poner especial cuidado en responder a todo el complejo axiológico del Derecho.

31. 1. 3. Respecto a las **clases** de complejos axiológicos, cabe diferenciarlos según tengan pretensión de **totalidad**, abarcando todos los valores, o sean sólo **parciales**. El complejo de valores de una sociedad global pretende ser más total que el de una sociedad anónima. Aunque la jurisdicción de una sociedad global ha de tener un sentido relativamente total, puede diferenciarse en parcialidades, v. gr. según las materias.

⁷⁶. Acerca del control jurisdiccional de los actos de gobierno es posible v. por ej. MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”. Bs. As., Abeledo-Perrot, t. II, 1966, págs. 783.

31. 2. 1. En la vida **internacional** el complejo axiológico ha sufrido notorias tensiones, en mucho porque, como es evidente, su expansión no respondió en realidad tanto a razones de justicia como a móviles de poder y utilidad. De aquí que la jurisdicción haya contado con poco espacio para desenvolverse de modo cabal y se haya desarrollado primariamente en el ámbito privado.

El marco internacional se ha caracterizado por una mayor búsqueda de valores que resultan "relativos", por ejemplo el poder, y cierta debilidad de los valores absolutos. El reconocimiento de los comunes denominadores de justicia y humanidad para los valores de todos los hombres aún soporta resistencias. De aquí que también la jurisdicción ha tenido un desarrollo relativamente débil, sobre todo en el área pública.

Existe una relación estrecha entre la relativa vacancia jurisdiccional de la internacionalidad, que dificulta el hallazgo de denominadores comunes axiológicos, y la guerra.

En los últimos tiempos, el incremento del complejo de valores abarcado en la jurisdicción internacional es grande, en mucho a través del reconocimiento de los derechos humanos.

31. 2. 2. Aunque la **integración** responde en principio a propósitos económicos, debe incorporar todo el complejo de valores que se muestra en relación con la jurisdicción y para eso, como surge con claridad de la experiencia europea, es legítimo el establecimiento de un tribunal propio.

La integración necesita un mayor respeto a la estructura del complejo axiológico, con la pertinente sujeción de valores como el poder e incluso la utilidad a la justicia y la humanidad. Por esto requiere una organización jurisdiccional propia a su servicio. La formación del tribunal del Mercosur sería un aporte importante para la estructura del complejo axiológico de la región.

La inexistencia del tribunal mercosureño significa un planteo incompleto del complejo axiológico que corresponde realizar en la región.

b'') Fuentes del complejo axiológico

32. 1. Según su origen, los complejos axiológicos pueden ser "**positivos**" o **hipotéticos** o bien **teológicos**, **antropológicos** o **cosmológicos**. Según la primera perspectiva los complejos axiológicos son "puestos" por alguien, por ejemplo, por una divinidad; conforme a la segunda se apoyan en meras hipótesis. Una perspectiva considera, por ejemplo, que el hombre debe ser porque Dios lo dispuso y de allí extrae consecuencias axiológicas; la otra entiende que "si el hombre debe ser" surgen tales consecuencias axiológicas. La primera concepción suele tener raíces metafísicas, la segunda responde habitualmente a raíces agnósticas". La tensión entre ambas ha dado lugar a que los críticos de la primera la consideren a veces "fundamentalista" y los críticos de la segunda la denuncien en ciertos casos como "sofista".

La jurisdicción tiene intensidades mayores o menores según se participe de una u otra posición respecto del origen del complejo de valores.

32. 2. 1. *En el marco eurocéntrico en que se inició la comunidad **internacional** se ha desenvuelto una concepción relativamente hipotética del origen del complejo axiológico, pero en general viene prevaleciendo una tendencia positiva, reflejada en la fundamentación de los derechos humanos.*

32. 2. 2. *La **integración** es más sólida cuando se piensa en un complejo axiológico positivo y es notorio que al hilo del él el tribunal propio adquiere más fundamentación.*

c'') Funcionamiento del complejo axiológico

33. 1. El complejo axiológico ha de funcionar principalmente en relaciones de **coadyuvancia** entre los valores, en el caso

77. Una importante clasificación de las corrientes jusnaturalistas puede v. por ej. en GOLDSCHMIDT. "Filosofía, Historia y Derecho". Bs. As., Abeledo, 1953, págs. 143 y ss.

de la jurisdicción mediante la coadyuvancia entre la justicia, la eficacia, la utilidad, la verdad y la humanidad. Las jerarquías de los valores mencionados nos llevan a sostener que la justicia, la eficacia, la utilidad y la verdad han de **integrarse** entre sí de modo horizontal y en sentido vertical han de **contribuir** con la humanidad.

Sin embargo, las relaciones entre los cinco valores son difíciles y a menudo —con muy diversa frecuencia según las distintas circunstancias— unos ocupan ilegítimamente el lugar que corresponde a otros. Así se observa, por ejemplo, en la admisión, producción y apreciación de la **prueba**. No toda prueba, aunque sea “eficaz”, “útil” y “veraz”, es justa y humanista.

La **arrogancia** de la utilidad sobre la justicia y en consecuencia su **subversión** respecto de la humanidad conducen con frecuencia a la **corrupción** jurisdiccional en sentido amplio, en la que el órgano deja de servir a los fines que ha de cumplir.

33. 2. 1. *La jurisdicción **internacional** debe afrontar dificultades especiales en cuanto a la verdad por la diversidad del Derecho y los hechos; respecto de la justicia, también por la complejidad de los casos y del Derecho necesario, y acerca de la eficacia y la utilidad, por los obstáculos en lograr los fines apetecidos. Incluso la humanidad afronta riesgos, sobre todo por la subversión de los valores de intereses locales. Durante milenios fue difícil reconocer siquiera la condición humana del extranjero, y esta falencia acompañó de modo oculto a ciertas manifestaciones de la “comunidad internacional”.*

La corrupción de la jurisdicción, mediatizada muy a menudo para fines distintos de los que debe servir, es rasgo frecuente en la internacionalidad.

33. 2. 2. *La **integración** requiere que esos caracteres relativamente negativos de la jurisdicción internacional sean superados. Mucho es lo que ha hecho la judicialidad europea en tal sentido.*

*El establecimiento de un tribunal del **Mercosur** debe inspirarse en todos los valores de la jurisdicción, procurando que la justi-*

cia, la eficacia, la utilidad, la verdad y la humanidad coadyuven entre sí en la mayor medida posible.

Se ha de poner cuidado en que el tribunal resulte exento de los desvíos de corrupción, a veces reales, pero dañosos incluso cuando son imaginarios, que suelen señalarse en la región.

La falta del tribunal del Mercosur incrementa los riesgos de arrogancia y de subversión utilitarias en la zona y facilita el empleo corrupto de otros órganos, jurisdiccionales o no.

2') Consideración especial de los contenidos de la justicia

a') La justicia de los repartos y las normas aislados

a'') *La justicia en el concepto, la estructura y las clases de repartos y normas*

34. Aunque el contenido de la justicia es especialmente discutible, en mucho por la pantonomía del valor, creemos que puede resumirse en un **principio supremo** según el cual se ha de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en "**persona**" en sentido axiológico. Con referencia a tal principio pueden hacerse avances en el reconocimiento de la justicia de los repartos y las normas aislados y del orden de repartos y el ordenamiento normativo. Esto significa que la jurisdicción ha de satisfacer ese principio brindando la pertinente libertad para la personalización de los individuos en todas las perspectivas de referencia.

a''') *Concepto, estructura y clases de repartos*

35. 1. 1. Es muy discutible la cuestión acerca de si es preferible que las adjudicaciones provengan de repartos o de distribuciones. A nuestro parecer, ante una hipotética **igualdad de resultados**, son preferibles las **distribuciones**, porque creemos en una "sabiduría del mundo" que puede romper el equilibrio a favor de la naturaleza, de las influencias humanas difusas e incluso

del azar. En dicha hipótesis creemos preferibles las distribuciones a la jurisdicción⁷⁸.

35. 1. 2. 1. 1. Desde el punto de vista de la **estructura** del reparto justo y en cuanto a la legitimidad de los **repartidores**, por el saber que requiere acerca de los hechos y el Derecho y por el compromiso "moral" que necesita, la legitimación jurisdiccional suele ser **aristocrática**, o sea, estar basada en una superioridad científica o técnica. A veces esto llega a consagrar el principio de que el juez "sabe" el Derecho, pero no lo supone, porque lo importante es que, por sí o con intervención ajena, lo "sepa" en el momento de decirlo y hacerlo realidad. La legitimación aristocrática también puede referirse a una superioridad moral, y generalmente ésta es exigida para el desempeño jurisdiccional.

Esa legitimación aristocrática no excluye la legitimación "**paraautónoma**", por acuerdo de todos los interesados, que tienen los árbitros y de alguna manera los jueces de jurisdicciones pactadas, ni la legitimación "**sinautónoma**" formada por los jueces "parciales" o la legitimación "**infraautónoma**", que se apoya en la mayoría a través de la democracia para la designación de los jueces. En última instancia, a veces hay que buscar también, al menos, la legitimación "**criptoautónoma**" poseída por quienes tendrían el acuerdo de los interesados en caso que éstos supieran los repartos que realizan.

La comprensión de la importancia de la legitimidad de los repartidores es más nítida si se considera que cuando carecen de ella son meramente "antiautónomos", o en justicia "de facto". Una jurisdicción axiológicamente "de facto" es una profunda contradicción. Entre los interrogantes más significativos para reconocer la justicia de una jurisdicción está el referido al **derecho a juzgar**.

Los repartidores de cada jurisdicción pueden poseer títulos de

78. Con cierto "optimismo cósmico", estimamos que no es sin razón que —pese a haber suscitado muchas polémicas— ha tenido éxito la frase de los fisiócratas "Laissez faire, laissez passer" (V. en cuanto a su origen por ej. GIDE, Carlos - RIST, Carlos, "Historia de las doctrinas económicas", trad. C. Martínez Peñalver, 2ª. ed., Madrid, Reus, págs. 1 y ss.).

legitimación diversos, que constituyen un complejo legitimante específico. Un juez puede ser un repartidor altamente legítimo, sobre todo por sus fundamentos más aristocráticos o democráticos, pero también un mero repartidor de facto.

Los "**consejos de la magistratura**" suelen ser vías para distanciar el poder de la jurisdicción respecto de los otros poderes y para acentuar la aristocracia, mas a su vez alejan la proyección de la democracia que puede al menos emerger de los otros poderes. La composición de esos consejos posee especial significación en toda la cultura jurisdiccional y jurídica de que se trate.

Es esclarecedor recordar que desde la antigüedad se ha sostenido que el derecho a participar en las funciones judiciales es una característica del ciudadano⁷⁹.

35. 1. 2. 1. 2. Siempre es esclarecedor saber en **nombre** de quién se hace y se dice y hace realidad el Derecho, surgiendo en esta perspectiva referencias jurisdiccionales de legitimación **teocéntricas**, **antropocéntricas** o incluso **cosmocéntricas** que guardan relación con las fuentes del complejo axiológico.

En el segundo caso, las invocaciones pueden ser, por ejemplo, individuales, tradicionalmente de tipo autoritario "monárquico" o autónomo "contractual", o remitidas a la autoridad del todo social, es decir "democráticas".

La jurisdicción judicial tiende a excluir el nombre contractual pero no lo elimina totalmente (por ej. en los acuerdos de prórroga de jurisdicción); en cambio, el nombre contractual se desarrolla más en la jurisdicción arbitral.

35. 1. 2. 1. 3. Como todos los repartos, los de la jurisdicción generan una **responsabilidad** que puede reconocerse en todos los elementos: quién responde, ante quién responde, con qué se responde, cómo se establece la responsabilidad y por qué se responde.

En el aspecto de **por qué** se responde, hay que apreciar que

⁷⁹ ARISTOTELES. "Política" cit., pág. 1454 (Libro III. Capítulo I: 1274 b/ 1275 a).

todos los repartos, también los de jurisdicción, son generadores de **responsabilidad “interna”** (o “intrínseca”), por lo que se hace en ellos, y **“externa”**, por el régimen en su conjunto, cuando resulta “desvalioso”, que por lo menos corresponde a los supremos repartidores.

Hay una responsabilidad jurisdiccional “interna”, por lo que los protagonistas dicen y hacen realidad, y otra externa, por el Derecho aplicado y por el régimen en su conjunto cuando es en su saldo “desvalioso”. En este caso, la responsabilidad existe sobre todo cuando su desempeño proviene de una función encomendada por el propio régimen, como sucede con los jueces, por lo menos cuando se trata de la suprema jurisdicción.

Además ese **por qué** de la responsabilidad abarca los alcances de lo que debe hacerse en cuanto al **reparto en sí** o en cuanto al **régimen**. En todos los repartos, también en los jurisdiccionales, se produce una responsabilidad **“civil”**, con relación a lo que debe hacerse en el reparto aislado, y otra **“política”** por lo que debe hacerse con miras al régimen justo.

Entre las manifestaciones más claras de la responsabilidad jurisdiccional se encuentran el **enjuiciamiento de magistrados**, una de cuyas expresiones más importantes es el juicio político.

La responsabilidad ante los jueces (activa) y de los jueces (pasiva) es una de las características de la **república**⁸⁰.

35. 1. 2. 2. Desde el punto de vista de la legitimidad de los **receptiendarios**, todo hombre, por el hecho de ser tal, tiene **derecho al Derecho** en la mayor plenitud posible, porque tiene derecho a los valores y en particular a la justicia; de aquí surge que todo hombre **merece** una jurisdicción.

Una de las maneras más esclarecedoras de designar a los receptiendarios de la jurisdicción es la que se produce con la expresión **“justiciable”**. Al fin siempre debe haber una jurisdicción ac-

80. Es posible v. por ej. MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros (rec.). “Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1986; AGUERO, Mirta Noemí. “Responsabilidad del Estado y de los Magistrados por Error Judicial”. Bs. As., Ad-Hoc, 1995.

cesible convocada a intervenir, para evitar la denegación de justicia.

A través de su recurso a los órganos jurisdiccionales judiciales, los recipiendarios tienen cierta vía de elevación a la jerarquía **aristocrática** y de **participación “democrática”**. Desde Ihering sabemos con especial claridad de la trascendencia fáctica, normativa y axiológica de la **“lucha por el Derecho”**, en este caso ante los órganos que lo dicen y lo hacen realidad⁸¹.

35. 1. 2. 3. Una jurisdicción está legitimada para intervenir en un caso en la medida que se halla en mejores condiciones para satisfacer el derecho al Derecho, vinculando el Derecho en su plenitud con los hechos en que ha de realizarse.

La jurisdicción brinda **libertad** respecto del mero hecho, porque lo limita refiriéndolo al Derecho e incorpora **racionalidad** en la vida, también por remitirse a un Derecho hecho, que no es puro hecho. El derecho al Derecho, la libertad y la racionalidad son **objetos** repartideros, porque poseen dignidad para ser adjudicados.

Como el Derecho es vida y una de las expresiones más valiosas de la vida es la creación, la jurisdicción ha de asumirse con un sentido no rutinario, sino **creativo**. Un enfoque que vale destacar en el pensamiento jurisdiccional es éste de la **“jurisdicción creadora”**.

35. 1. 2. 4. Como todo reparto autoritario, para ejercerse con cabal justicia la jurisdicción debe recorrer la forma **procesal**, caracterizada sobre todo por la **“audiencia”** real a los interesados.

El **derecho al proceso** se hace particularmente relevante en la medida que las otras legitimidades resultan más cuestionables o sus problemas más graves, como sucede en el marco penal.

35. 1. 2. 5. Dentro del marco de los repartos en general, el re-

81. IHERING, Rodolfo von. “La lucha por el Derecho”, trad. Raffaele Mariano - Luis M. de Cádiz. Bs. As., Atlántida, 1954.

parto jurisdiccional se destaca entre los que más han de contar con **fundamentación**.

Una fundamentación legítima ha de vincular debidamente el Derecho, culminante en los requerimientos de justicia, con los hechos. Todo ser humano, en mucho por ser racional, tiene **derecho a la fundamentación**.

35. 1. 3. En cuanto a las **clases** de repartos, los **autónomos** tienen preferencia respecto de los autoritarios porque respetan más la esfera de libertad de los beneficiarios y hacen presumir que el resto de los aspectos de su estructura también es justo. En términos de valores: la cooperación es preferible al poder, pero ambos valen en relación a la justicia. Esto significa que, en principio, ha de evitarse la jurisdicción dando oportunidad a la autonomía real de las partes.

35. 2. 1. *La jurisdicción **internacional** clásica ha sido con frecuencia el reinado de repartidores antiautónomos. En general, tiene menos posibilidades de desarrollar y hacer valer la legitimación aristocrática y requiere más despliegue de una legitimación autónoma que suele ser, a su vez, difícil de lograr. Esas menores posibilidades se deben en mucho a la crisis del saber acerca del Derecho y los hechos y a la crisis moral emergente de la "distancia" vital entre los países. Por eso es que en el marco internacional a menudo se recurre a la "sinautonomía" de jueces "parciales" y a la paraautonomía de los árbitros.*

Pese a los grandes esfuerzos hechos para superar la situación, en la jurisdicción de la internacionalidad clásica el derecho al Derecho, a la libertad y a la racionalidad han tenido escasa satisfacción.

En la jurisdicción internacional tradicional el proceso y la fundamentación han afrontado dificultades, porque la audiencia y el diálogo encuentran muchos obstáculos.

35. 2. 2. *La **integración** requiere un mayor desarrollo en la legitimación de los repartos jurisdiccionales y en particular de los*

jueces. Esa legitimación se incrementa, en especial, cuando se cuenta con tribunales propios. La alta legitimidad de los repartos jurisdiccionales lograda en la Unión Europea es una muestra de lo que, sin ignorar diferencias a veces inevitables, podría lograrse en el **Mercosur**.

La designación de los jueces del posible tribunal del Mercosur ha de atender a los títulos aristocráticos y autónomos (democráticos, y aunque sea sinautónomos) que deben legitimarlos. Si se cumple con tales requisitos los "mercosureños" ganaremos en elevación aristocrática y participación. Sin embargo, las grandes dificultades que se evidencian en ciertos ámbitos de la región para la designación de jueces legítimos son uno de los mayores motivos que pueden invocarse para dudar respecto de la constitución del tribunal.

Los jueces, los gobiernos y las poblaciones del Mercosur han de estar atentos al cumplimiento de la responsabilidad jurisdiccional en el posible tribunal mercosureño y en los tribunales locales, aunque la novedad del tribunal y del proceso integrador quizás haga difícil, por exceso o defecto, la concreción del control respectivo. La responsabilidad judicial activa y pasiva es una exigencia de justicia para que el Mercosur sea, más profundamente que un "mercado", una "república".

El tribunal mercosureño podría ser un gran instrumento para satisfacer el derecho al Derecho, a la libertad y a la racionalidad. Para que los repartos del tribunal mercosureño sean cabalmente justos, hay que dotarlo de un verdadero soporte procesal, sobre todo dando amplia audiencia efectiva a los interesados y eficacia a las decisiones, y sus pronunciamientos han de ser debidamente fundamentados.

Sabemos que es difícil que el tribunal del Mercosur sea mucho mejor que el "promedio" de los tribunales locales, pero el esfuerzo en ese sentido puede arrojar resultados legítimos. Poco se ganaría, en cambio, si se reprodujeran defectos que se observan en las jurisdicciones de algunos países de la región.

b''') Concepto, estructura y clases de normas

36. 1. 1. El reconocimiento de la norma como captación lógica neutral de un reparto proyectado evidencia la vinculación profunda entre la **norma** y la **realidad social**, contribuyendo a aclarar la situación de los individuos que deben convertirse en personas.

Las concepciones de las normas que se apartan de la realidad social, como procura hacerlo en gran medida la teoría "pura" del Derecho, alejan conscientemente a las normas de los hombres "de carne y hueso" que han de constituir la problemática central del Derecho.

De aquí que la comprensión de la jurisdicción se enriquece cuando se la entiende como instrumento de realización de las normas así concebidas.

36. 1. 2. La **estructura** de las normas, constituidas por un antecedente y una consecuencia jurídica, con respectivas características positivas y negativas, es un aporte para comprender mejor los **caminos de justicia** (características positivas) y los **desvíos de injusticia** (características negativas) en la solución de los casos.

La jurisdicción se enriquece cuando se remite a la comprensión de las normas en la integridad estructural recién referida. Los órganos jurisdiccionales han de superar las meras referencias a las disposiciones y deben ser hábiles constructores de normas.

36. 1. 3. La **clasificación** de las normas que las diferencia según sean generales o individuales es una manera de apreciar la pantonomía de la justicia de las soluciones en sentidos más **futurizos** o referidos al **pasado**. La predecibilidad y la inmediatez son para la justicia. El equilibrio entre las clases de normas equilibra también la comprensión de la justicia, y la jurisdicción se desenvuelve mejor cuando se la integra en ese panorama.

36. 2. 1. *La realización de la justicia en la comunidad **internacional** puede enriquecerse si se desenvuelve una jurisdicción esclarecida por los aportes de relación con la realidad social y de equilibrio material y temporal recién referidos.*

36. 2. 2. La **integración** está particularmente necesitada de contar con soluciones justas en cuanto a los tres puntos de vista señalados, y para lograrla la creación de un tribunal propio, que no mutile las relaciones con la realidad social y no se desvíe en lo material o lo temporal, es de gran importancia.

Dejar al Mercosur en las condiciones actuales es desperdiciar importantes posibilidades para enriquecer desde el punto de vista lógico las posibilidades de la justicia.

b'') La justicia en el origen de los repartos y de las normas

a''') La justicia en el origen de los repartos

37. 1. La apreciación de las distintas tareas del origen de los repartos ha de hacerse desde el punto de vista de la mayor justicia posible en cada momento.

La consideración de las relaciones de compenetración y alternativa de los repartos permite comprenderlos mejor en el grado de justicia que poseen unos **en relación** con los otros. La jurisdicción se enriquece a la luz de este panorama, pero su racionalidad puede contribuir a apreciarlo mejor o a oscurecerlo.

37. 2. 1. Mucho se debe hacer en el enfoque **internacional** de la justicia para realizarla en las etapas de formación de cada reparto y descubrirla en las verdaderas relaciones de compenetración y alternativa que lo vinculan con otros repartos. Es importante que la independencia y la soberanía se jerarquicen como libertad personalizante. La jurisdicción ejercida en profundidad puede ser un aporte para la justicia internacional también desde esas perspectivas.

37. 2. 2. El marco de la **integración** necesita tener claros los alcances de la formación y la ubicación de cada reparto para no quedar en las meras normas y para realizar al fin la justicia en los niveles concretos.

La disponibilidad de un tribunal de hécido desempeño puede contribuir a constituir y delimitar con justicia el ámbito de la integración.

b''') La justicia en el origen de las normas

38. 1. La comprensión de las fuentes formales como autobiografías de los repartos consolida la relación de las **normas** que surgen de ellas con el resto de la **realidad social**. De ese modo contribuye, en principio, a la satisfacción de la justicia mediante la personalización de los hombres concretos.

La elaboración de las fuentes formales es un **reparto en sí**, que debe ser evaluado en términos de justicia, por ejemplo, por la **participación** que brinde a los interesados en la producción de la formalización.

Si bien las fuentes formales tienen una jerarquía formal y otra sociológica (por la primacía real de los repartos respectivos), también poseen una **jerarquía dikelógica**. En última instancia, más allá de las jerarquías normológica y sociológica corresponde realizar la que es pertinente en justicia.

Las fuentes formales de la jurisdicción, y en particular las sentencias, deben ser más justas a la luz de las consideraciones dikelógicas que anteceden.

*38. 2. 1. Las fuentes formales **internacionales** que tienen participación de los Estados suelen ser elaboradas con una participación limitada, que restringe sus posibilidades de justicia. Aunque tienen un valor participativo relativamente alto en relación con la mera fuerza, los tratados, fuentes formales arquetípicas de la internacionalidad clásica, significan de modo habitual un limitado grado de participación, ya que los parlamentos sólo los aprueban o desaprueban. Las fuentes legales se hacen, en los mejores casos, con una participación unilateral.*

Un alto grado de participación se produce notoriamente en los contratos, pero su alcance es necesariamente limitado. Las sentencias de los pleitos entre Estados poseen restricciones semejantes a las de los tratados; en cambio, las de los pleitos en que son partes particulares poseen mayor participación.

*38. 2. 2. En justicia el marco de la **integración** requiere una*

mayor participación formalizadora, que en la Unión Europea se va incrementando pero en el Mercosur deja falencias significativas. Las sentencias de un tribunal de la integración son vías idóneas para incrementar la participación de los particulares.

b) La justicia del orden de repartos y del ordenamiento normativo
a") *La justicia en el concepto, la estructura y las clases de órdenes de repartos*

39. 1. 1. 1. Para que un régimen sea justo ha de ser **humanista**, es decir, debe tomar a cada hombre como fin y no como medio. Esto significa que la jurisdicción, como parte del régimen, ha de ser **para el hombre**, no éste para la jurisdicción. La jurisdicción debe ser un **medio**, y sus decisiones nunca han de perder la conciencia de tal carácter.

39. 1. 1. 2. Para ser humanista, el régimen debe satisfacer la **unicidad**, la **igualdad** y la **comunidad** de todos los hombres, que respectivamente suelen requerir el **liberalismo político**, la **democracia** y la "**res publica**" (cosa común). La jurisdicción posee siempre ciertos sentidos de resguardo a la unicidad, la igualdad y la comunidad de los interesados. Ante los órganos jurisdiccionales cada hombre es en alguna medida único, relativamente igual a los demás y parte de una comunidad.

Sin embargo, las diversas manifestaciones de la jurisdicción poseen contenidos distintos al respecto. La jurisdicción judicial, sobre todo cuando sus protagonistas son designados democráticamente, es más **igualitaria** que la arbitral, que se apoya más en la unicidad. La intervención judicial posee además, con frecuencia, una perspectiva de "**cosa común**", que conduce a la jurisdicción "republicana". A su vez, la noción de jurisdicción que se ha alcanzado hasta la actualidad se ha enriquecido en el contexto del liberalismo político, la democracia y la "res publica" (como cosa común).

39. 1. 2. 1. En cuanto a la **estructura** del régimen justo, hay

que considerar en primer término la preferencia que, como vía de respeto a los repartidores y por contar con cierta presunción de justicia en cuanto su contenido, tiene en principio la **ejemplaridad** sobre el plan de gobierno en marcha. La solidaridad es preferible a la previsibilidad, mas ambas, y el propio valor orden, valen al fin en relación con la justicia. En la medida que el orden se encamina a la justicia pacífica. La jurisdicción ha de desenvolverse teniendo en cuenta estos rasgos de justicia, que exigen, por ejemplo, una alta consideración de la jurisprudencia.

39. 1. 2. 2. La realización del régimen de justicia, del que ha de formar parte la jurisdicción, exige la **protección** del individuo contra todas las amenazas que pueden afectarlo, provenientes de los demás **individuos** como tales y como régimen, de **sí mismo** y de todo **“lo demás”** (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). La jurisdicción es habitualmente un instrumento idóneo para resguardar al individuo en todos esos frentes.

Con particular frecuencia lo ampara contra los demás individuos, pero también, en especial cuando es una pieza de la división del poder, lo resguarda contra el propio régimen. Aunque las consecuencias no hayan sido las deseadas, en cuanto a la importancia general de la “división de poderes” vale recordar que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano llegó a afirmar que “Toda sociedad, en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución”. Asimismo la jurisdicción es un medio especialmente calificado para proteger al individuo respecto de sí mismo, aunque puede constituirse también en instrumento de opresión.

Hay que resguardar al individuo **mediante** la jurisdicción y **contra** la jurisdicción. En el primer sentido se ha de amparar a la propia jurisdicción frente a las agresiones de los otros individuos poderosos y del mismo régimen. La estabilidad de los jueces y sus remuneraciones son factores de gran significación. Por otra parte, las reglas procesales y de fondo y el control de la actividad de los jueces por el resto del gobierno y la población en general son expresiones del amparo contra la jurisdicción.

En definitiva, se ha de realizar una **estrategia** de medios tendientes al resguardo del individuo y en ella la jurisdicción, de modo relevante la jurisdicción judicial, ocupa un lugar destacado. La jurisdicción judicial es una de las tareas que un régimen de justicia no puede abandonar de manera legítima.

39. 1. 2. 3. La jurisdicción es un **complejo de posibilidades** que de cierto modo forma parte del gran plexo de medios para la **solución de controversias** y todo régimen ha de tener un complejo de medios de solución de controversias que incluya a la jurisdicción, incluso la jurisdicción judicial⁸².

39. 1. 3. 1. El régimen humanista puede ser **abstencionista** o **intervencionista**. Debe ser preferentemente **abstencionista** pero, en caso de no resultar esto legítimamente viable, ha de ser intervencionista. La jurisdicción posee siempre cierto carácter **intervencionista**, que es más intenso en la variante judicial, pero debe responder a la preferencia del abstencionismo, reconociendo que, en principio, salvo circunstancias especiales como las de la imposición de la pena, debe ser subsidiaria del abstencionismo.

La intervención judicial se ha de producir en cuanto haya individuos que la necesitan porque por sí mismos no pueden alcanzar su debida personalización, mas la excepcionalidad de la intervención no debe llevar a ignorar que es al fin en alguna medida **inevitable**.

39. 1. 3. 2. Aunque, como señalamos, dentro del panorama jurisdiccional la vertiente judicial es especialmente intervencionista (la arbitral es más abstencionista) esa cualidad es mayor cuando se

82. Es posible c. nuestros artículos "La necesidad de la "complejidad pura" de la jurisdicción judicial y arbitral", en "Zeus", t. 69, págs. D-83/84 y "Comprensión jusfilosófica de la negociación, la mediación y el arbitraje", en "Investigación y Docencia", N° 27, págs. 17 y ss. En cuanto a los modos alternativos de solución de conflictos v. el material del encuentro internacional de Derecho Comparado de Damas llevado a cabo los días 5 a 8 de octubre de 1996 en "Revue internationale de droit comparé", año 49, N° 2, págs. 311 y ss.

utilizan los principios **inquisitivo** y de la **oficialidad**. Los principios acusatorio y dispositivo son, en cambio, más abstencionistas.

39. 1. 3. 3. Las dos grandes clases de humanismo provocan los consiguientes riesgos de que, desbordados sus caracteres, se llegue al individualismo o el totalitarismo, en que los individuos son mediatizados con miras a otros individuos o al todo. A veces el intervencionismo de la jurisdicción judicial se desvía con ese sentido **totalitario**, por ejemplo, mediatizando a los individuos en aras del interés de los propios jueces o de otros individuos, que se oculta bajo la invocación del bien de los supuestos protegidos o de la sociedad.

39. 2. 1. *Mucho le ha costado a la **internacionalidad** asumir al hombre como fin en sí y aún lo hace con demasiadas limitaciones. Si bien el Derecho Internacional Privado posee una brillante historia de respeto al individuo, el Derecho Internacional Público ha vacilado mucho antes de reconocer al hombre como sujeto de su juridicidad. Hoy esta tendencia pública se ha invertido, generándose un importante Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que penetra en el Derecho Interno y enriquece sus contenidos.*

En la comunidad internacional hay mayor división del régimen que en el ámbito interno y consecuentemente más protección externa del individuo en ese aspecto, al punto que a veces se produce una jurisdicción inoperante o hay vacancia jurisdiccional, pero existen asimismo más riesgos de que los individuos no sean escuchados y a veces el régimen busca incluso "compensaciones" internas ilegítimas que sacrifican a los individuos (v. gr. por vía de retorsión). La estructura del régimen internacional no está pensada en términos de división de poderes como sucede en los regímenes estatales.

En ciertos aspectos, en la jurisdicción internacional aumenta el peligro de agresiones de los demás individuos y lo demás (por ejemplo, respectivamente por demandas abusivas y por falta de recursos para hacerse escuchar). Sin embargo, vale destacar los

grandes progresos que se van produciendo en el marco de la cooperación internacional, especialmente en el espacio privado, pero también en el ámbito público.

El complejo de medios de solución de controversias en la comunidad internacional es considerablemente diverso del plexo interno, ocupando la jurisdicción judicial un lugar mucho menor. Por ejemplo: en la solución de las controversias públicas y privadas de la comunidad internacional se espera más del protagonismo de las partes. En la comunidad internacional la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres es afectada por la presencia de los Estados, de modo que también las posibilidades de la jurisdicción son modificadas por esos caracteres especiales.

39. 2. 2. La **integración** requiere caracteres más semejantes a los de los regímenes internos. Es necesario acentuar el humanismo, ampliar el respeto a la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres y producir un complejo de solución de controversias con una importante vertiente jurisdiccional. En modelos como los de la Unión Europea y el **Mercosur**, requiere asimilación organización judicial.

La constitución del tribunal del Mercosur será legítima si es humanista y no termina mediatizando a los individuos en aras de intereses diversos. El tribunal no debe ser un fin, ni un medio para otros fines distintos de los individuos.

El tribunal mercosureño tendría que estar al servicio de la unicidad y sobre todo de la igualdad y la comunidad de todos los hombres de la región, aunque a su vez sólo será plenamente posible si el régimen integrado respeta esas exigencias de la justicia.

El órgano judicial a crear debería servir en especial para amparar a los individuos contra los demás y respecto de los gobiernos. Habría que ponerlo al resguardo de las amenazas gubernamentales y de los grandes poderes económicos, ideológicos, etc., por ejemplo, mediante la acertada designación y una apropiada estabilidad de los jueces, y a su vez se debería resguardar a los individuos contra los excesos de la jurisdicción a través de un adecuado régi-

men procesal y de fondo y el pertinente control sobre los jueces.

El lugar de funcionamiento del tribunal, con un mayor o menor equilibrio entre las fuerzas de los países partes y un mayor o menor clima jurisdiccional, sería un índice inicial muy significativo del acierto o el error en la constitución de la jurisdicción judicial del Mercosur.

La existencia del tribunal es imprescindible para que el complejo de medios de solución de controversias de la región satisfaga las exigencias de nuestra integración.

b'') La justicia en el concepto, la estructura y las clases de ordenamientos normativos

40. 1. 1. La noción de ordenamiento normativo vinculada al orden de repartos es otra perspectiva de la apertura a su relación con la justicia. Un aspecto especialmente interesante de la vinculación con este valor es la referencia de la fidelidad a la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado. La jurisdicción debe ser comprendida, en este punto de vista, como una pieza del ordenamiento que también ha de tender a la justicia.

40. 1. 2. La **estructura** vertical y horizontal del ordenamiento debe ser apreciada en relación con su contribución, con una destacada **perspectiva lógica**, a la realización de la **justicia**. Subordinación, infalibilidad, concordancia y coherencia son al fin valiosas en la medida que satisfagan los requerimientos dialógicos. Cuando la coherencia se encamina a la justicia es armonía. La jurisdicción ha de ser asimismo reconocida como un despliegue estructural del ordenamiento que de alguna manera se encamina a la justicia.

40. 1. 3. Entre las clases de ordenamiento normativo, el más abierto al desfraccionamiento de la justicia es el sistema material, en tanto el orden y el sistema formal se valen, por diferentes vías, de recortes que producen seguridad, para los gobernantes o los

gobernados. Las posibilidades de la justicia son en principio mayores con el más amplio despliegue de la jurisdicción que permite el sistema material.

40. 2. 1. *En el marco **internacional** los diversos ordenamientos estatales y el ordenamiento propio de la comunidad internacional forman un panorama que al propio tiempo exhibe diferentes "lógicas" de la justicia, su pautonomía y su fraccionamiento. En ese panorama de diversas lógicas quedan importantes "lagunas" dikelógicas que obstaculizan la labor del jurista. La jurisdicción internacional resulta así especialmente difícil, porque debe inscribirse en un ámbito de distintas y a veces insuficientes maneras de razonar el valor.*

40. 2. 2. *La **integración** exige la formación de una sola lógica de la justicia, que supere a la internacional, y para eso en la práctica es casi imprescindible contar con un tribunal propio. La lógica de la justicia comunitaria europea debe mucho a la jurisdicción europea. El tribunal del **Mercosur** es una necesidad de la lógica de la justicia en la región. Un proceso con una insuficiente lógica de la justicia integradora corre mayor riesgo de desintegración.*

2) LA JURISDICCIÓN EN RELACIÓN CON LAS RAMAS DEL MUNDO JURÍDICO

41. 1. La **autonomía jurisdiccional** de un área jurídica, que se concreta cuando está dotada de tribunales propios, se nutre recíprocamente con su autonomía científica. Además, ambas se "interalimentan" también con la autonomía legislativa y la autonomía académica.

Todas estas autonomías deben remitirse, al fin, a la autonomía material que, manifestada en particularidades del área en las tres dimensiones del Derecho, tiene su último apoyo en especiales requerimientos de justicia.

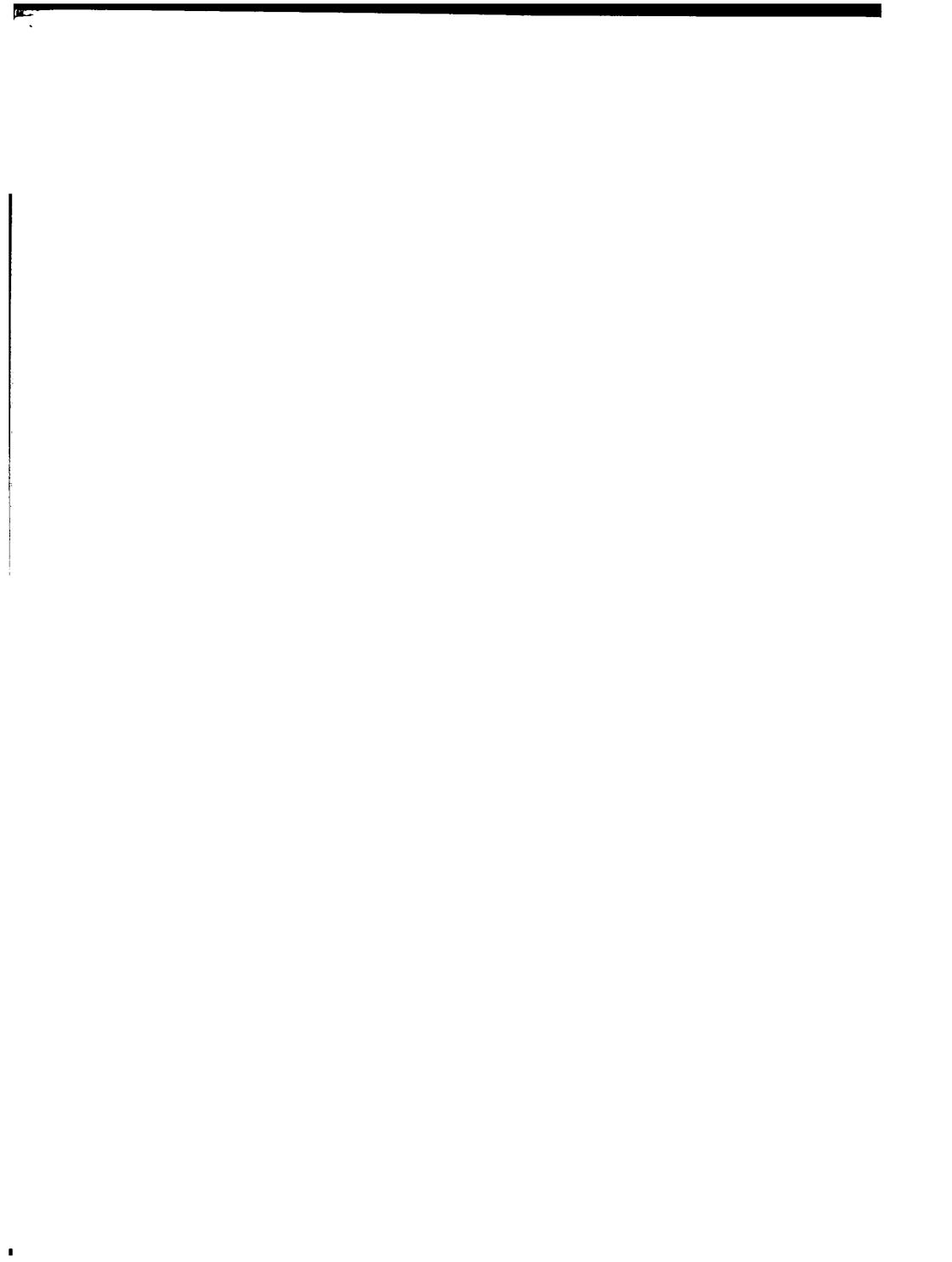
Como lo fueron comprendiendo Jellinek, A. Merkel y James

Goldschmidt, entre otros, la jurisdicción judicial permite otra comprensión de las ramas jurídicas, que constituye el “Derecho Justicial”⁸³.

41. 2. 1. *La jurisdicciones especiales para el **Derecho Internacional Público** y el **Derecho Internacional Privado** tienen alta significación para las restantes autonomías de estas materias.*

41. 2. 2. *A semejanza de lo que ha ocurrido en la **integración europea**, la autonomía jurisdiccional constituida con la creación del tribunal del **Mercosur** sería un aporte relevante para el reconocimiento y el desarrollo de la autonomía material, legislativa, científica y académica del Derecho de la Integración en nuestra región.*

83. V. por ej. GOLDSCHMIDT, James (Prof.). “Derecho justicial Material”, trad. Dra. Catalina Grossmann, obra publicada conjuntamente con GOLDSCHMIDT, Roberto (Prof.). “Derecho Justicial Material Civil”. Bs. As., EJEA, 1959; también es posible c. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel. “Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Justicial Internacional Privado”, en “Doctrina Jurídica”, 17 y 24:XI y 1 y 9:XII/1972; “Nuevas reflexiones sobre Derecho Justicial Internacional Privado”, en “El Derecho”, t. 48, págs. 823 y ss.; “Derecho Justicial Internacional Privado: el funcionamiento del proceso ejecutivo internacional privado”, en “La Ley”, t. 155, págs. 1103 y ss.; “Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción internacional)”, en “La Ley”, t. 1975-A, págs. 1047 y ss.



CAPITULO III

HORIZONTE HISTORICO Y COMPARATIVO

42. 1. 1. 1. Cada **estilo** de Derecho y de cultura produce y requiere un tipo de jurisdicción diverso. Cada manifestación jurisdiccional y cada **cultura** tienen un complejo axiológico que las identifica, más o menos correspondiente con los valores del Derecho que se aplica, de modo que, sin perjuicio de que toda jurisdicción debe ser **justa**, hay jurisdicciones más referidas a este valor, **jurisdicciones "útiles"**, **jurisdicciones "santas"**, etc.

La jurisdicción es una manera de **recomponer** el tejido jurídico y cultural y los diversos estilos de Derecho y de cultura la practican de maneras diferentes. Una sociedad tiene el Derecho que ella misma va generando a través de toda su composición, incluso jurisdiccional.

Tal vez podría sostenerse que cada sociedad posee los jueces que "merece", aunque el funcionamiento de la jurisdicción modifica a su vez las condiciones del conjunto social.

42. 1. 2. 1. Ampliando el panorama **histórico** ya parcialmente iniciado, cabe señalar que la **recepción** del Derecho Romano justinianeo en la Alemania **medieval** se debió en gran medida a la formación de los estudiosos y a la tarea de los jueces⁸⁴. El De-

84. Pueden v. nuestras "Perspectivas Jurídicas". Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, pág. 147.

recho de Alemania fue lo que los jueces creyeron que era. Este fenómeno es un descollante testimonio de la influencia que, sobre todo en el marco de una estatalidad débil, como la del Sacro Imperio, puede tener el papel jurisdiccional.

42. 1. 2. 2. En los tiempos “**modernos**”, que comienzan en la Edad Moderna y concluyen con la Edad Contemporánea, a menudo se circunscribió la función jurisdiccional como tarea del Estado⁸⁵. No es posible comprender cabalmente el hobbesiano monopolio del poder en manos del gobierno, los sentidos de la libertad de Locke, Montesquieu y Kant y la democracia rousseauiana sin entender sus proyecciones en la formación, liberalización y democratización de la jurisdicción estatal moderna. Tampoco es viable comprender la jurisdicción estatal moderna sin recurrir a esos fenómenos históricos.

La iniciación del período **contemporáneo** continental se caracterizó —como ya señalamos— por la tendencia exegética francesa de aherrojar a los órganos jurisdiccionales para imponer los criterios de la burguesía que alcanzó el poder. Cuando la clase dominante tomó confianza en los jueces, se desarrolló —por ejemplo— la concepción kelseniana que atribuye un amplio espacio al desempeño “juris-diccional”.

42. 1. 2. 3. 1. En la época actual de la **postmodernidad**, signada por **fracturas de superficie** pero un férreo **monopolio profundo del sentido económico** y por el avance del protagonismo empresario con la relativa marginación del Estado, ni la elaboración del Derecho ni la jurisdicción son en gran medida patrimonio estatal⁸⁶.

En la actualidad la jurisdicción gana protagonismo en relación con el legislador por la importancia creciente que tiene la referen-

85. V. en relación con el tema de la vinculación de la jurisdicción con el Estado v. gr. CHIOVENDA, págs. 339 y ss.

86. Puede v. nuestro artículo “Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)”, en “Investigación y Docencia”, Nº 26, págs. 20 y ss.

cia a lo **concreto**, pero al propio tiempo se transforma por el avance de la vía **arbitral**. Es más: la crisis postmoderna del "saber" acerca del Derecho y en particular respecto de la justicia y la permanente vocación de presente que reduce el interés por el Derecho ya hecho significan cierta crisis de la idea misma de jurisdicción, a veces en aras de la actividad ejecutiva.

La postmodernidad realiza en gran medida las predicciones **sansimonianas** de la sustitución del gobierno de los hombres por la **administración** de las cosas y del reemplazo del mando de los militares, los sacerdotes y los abogados por los **acuerdos** de los propios productores (en sentido amplio), de modo que los jueces como juristas pierden gravitación y en su lugar lo gana la menor o mayor administración de los árbitros, de los propios interesados e incluso de los "productores" de "comunicación" ⁸⁷.

La jurisdicción actual resulta con frecuencia demasiado **difusa**, quizás pueda decirse **disuelta**. Esto se debe en mucho a que la ejercen los comunicadores y sectores de la población en general. A menudo los litigios son planteados por los comunicadores y por los propios interesados a través sobre todo de la radio y la televisión, sea proponiendo respuestas o transfiriendo el juicio a la multitud de oyentes o televidentes.

En nuestros días se evidencian crecientes avances del "pre-juzicio" de la "pre-procesalidad" de los medios de comunicación de masas. Es comprensible, aunque a nuestro parecer no aceptable, que cuando enormes masas de capital se desplazan en decisiones informáticas casi instantáneas no se quiera esperar el lento desenvolvimiento del proceso judicial.

Hoy muchas veces la legitimación activa para acudir a los órganos jurisdiccionales resulta también difusa. La sociedad, en mucho relativamente indiferenciada, es parte y juzga. Acentuando incluso las vías de solución no judiciales, se incrementan los recursos a la mediación.

87. V. por ej. SAINT-SIMON, "Catecismo político de los industriales", trad. Luis David de los Arcos, 2a. ed. en B. I. F. Buenos Aires, Aguilar, 1964.

El carácter difuso de la postmodernidad se encuentra, además, en la mezcla de juicio **moral** y **jurídico** que se efectúa, v. gr., a través de los juicios masivos. El descrédito conjunto de lo moral y lo jurídico es frecuente.

La burguesía formó al Estado en alianza con los reyes, luego lo fue debilitando pero ahora pretende deshacerse de él. La jurisdicción va reflejando esa evolución. Por eso los jueces estatales van perdiendo parte del protagonismo que se les brindó con anterioridad.

Como dijimos, la postmodernidad se caracteriza por fracturas culturales de superficie pero un hondo monopolio del sentido utilitario impuesto por el proceso económico, de modo que se diversifican los medios de solución de controversias, pero respondiendo a una orientación última hacia la **respuesta útil**. Para muchos, exagerando una perspectiva que no deja de tener cierta legitimidad, la jurisdicción es sólo parte del negocio.

La república, la democracia profunda e incluso la unicidad están en **crisis** y también lo está la jurisdicción estrechamente relacionada con ellas. La utilidad no es brillante y su **opacidad** se manifiesta también en la moral y lo jurídico, incluyendo a la jurisdicción.

42. 1. 2. 3. 2. El apogeo de la jurisdicción tradicional estuvo vinculado a la presencia de **sujetos** relativamente definidos y fuertes, pero la postmodernidad presenta sujetos de cierto modo **indefinidos y débiles**.

Así como en el marco comunicativo se ha pasado de la carta al diario y de éste a la radio, la televisión e Internet y en el plano moral se ha ido, en gran medida, de la "transferencia confesional" del catolicismo a la "transferencia profesional" de la terapia psicológica y de ésta a la actual "transferencia televisiva" a las masas mediatas, en el marco jurídico se pasa, con frecuencia, del planteo jurisdiccional tradicional, predominantemente judicial, al juicio relativamente anónimo de las multitudes a través de los medios de comunicación de masas.

La **razón débil** de la postmodernidad dista de compartir el sentido de la razón fuerte que en la modernidad jerarquizó a la jurisdicción judicial e incluso ésta va perdiendo los caracteres que la jerarquizaron en la etapa anterior.

Los **problemas** de este tiempo de la privatización con sus grandes significados en la estructura económica y existencial y de los desafíos tecnológicos proyectados incluso sobre la vida de la especie misma (posibilidades de la genética humana) son en ciertos sentidos demasiado **particulares** y **enormes** para la jurisdicción judicial.

Nuestra comprensión de la jurisdicción judicial en la actualidad no está legitimada para desentenderse de la posible impugnación de que podría tratarse de una **“función obsoleta”**, pero tampoco debe desconocer que es una **función imprescindible**.

42. 1. 3. 1. En el marco del **Derecho Comparado** la relación de la jurisdicción con el conjunto del Derecho y la cultura se evidencia, por ejemplo, en el carácter más **estatal** que han tenido los órganos judiciales en el Derecho continental **“romano-germánico”** y el sentido más **“social”** que los caracterizó en el **“common law”**⁸⁸.

Saliendo del marco **“occidental”** estricto, plenamente enraizado en la herencia griega, romana y judeocristiana, vale tener en

88. El gran desarrollo que entre los anglosajones ha tenido el juicio por jurados es una de las manifestaciones de lo expresado en el texto.

Es posible v. nuestros estudios “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación ...” cit., Nº 30, págs. 95 y ss.; “Una parte altamente significativa del “Derecho Universal” de nuestro tiempo: el Derecho de Familia japonés”, en “investigación ...” cit., Nº 20, págs. 99 y ss.; “Lineamientos filosóficos del Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, en esp. págs. 194/5 y la bibliografía citada en ellos. También, sobre todo en cuanto al papel de la jurisprudencia en la recepción de influencias occidentales, por ej. LOSANO, Mario G., “Los grandes sistemas jurídicos”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, págs. 284/5. Asimismo, cabe recordar, v. gr., ENSOR, R. C. K., “Jueces y tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania”, trad. Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935.

cuenta, v. gr., el carácter más **político y administrativo** que tuvo la jurisdicción en el horizonte de la cultura ruso-soviética y el carácter más **religioso** que posee, en despliegue ya lejano a ese curso occidental, en el sistema musulmán⁸⁹.

Es también relevante recordar, por ejemplo, que la cultura **japonesa** tradicional, fuertemente cohesionada en la superación de los conflictos y en cierto rechazo de fondo a los modelos jurídicos importados, se ha hecho célebre por su bajo grado de recurso a la jurisdicción que, en cambio fue en ciertos momentos incluso vía para el ingreso de influencias occidentales.

42. 1. 3. 2. También es importante aclarar las vinculaciones profundas de la jurisdicción con los distintos sistemas **económicos, filosóficos**, etc. que se van presentando en el tiempo y en el espacio.

No es la misma una jurisdicción **feudal o capitalista**, más **empírica o racional**, etc. Ya hemos señalado que cuando los sistemas están en crisis la jurisdicción también lo está. Tal vez a esto respondan muchas de las dificultades jurisdiccionales en nuestra región.

De cierto modo, la historia y el mapa de la jurisdicción representan la historia y el mapa del Derecho y la cultura toda⁹⁰.

42. 2. 1. *En nuestro tiempo la **internacionalidad** está en crisis. Sobre todo por el impulso de la economía y de la tecnología se producen la **globalización** pero también la **marginalidad**⁹¹, de modo que el mundo se estratifica con la diferenciación de quienes*

89. V. por ej. ESTEVEZ BRASA, Teresa M., "Derecho Civil Musulmán". Bs. As., Depalma, 1981, págs. 529 y ss.

90. En cuanto a la historia de la jurisdicción puede c. por ej. MORTARA, Ludovico, "Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile", vol. I. "Teoria e sistema della giurisdizione", 5a. ed., Milán, Vallardi, 1923, págs. 2 y ss. Con referencia al vínculo entre jurisdicción y evolución histórica v. por ej. FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", trad. Enrique Lynch, 2a. reimp., Barcelona, Gedisa, 1984.

91. Puede v. nuestro artículo "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., N° 25, págs. 25 y ss.

forman parte del utilitario nivel globalizado del capitalismo mundial y quienes resultan ajenos a él. En consecuencia, en nuestra época los jueces pueden cumplir una importantísima función tratando de evitar la fractura de la humanidad y de conducir a una “universalización” que en la mayor medida posible “integre” el Planeta con todas sus diversidades.

42. 2. 2. *Los países de América Latina (quizás sea más apropiado referirse específicamente a América Ibérica), incluyendo los del Mercosur, son en gran medida herederos de un Occidente diverso del de los países centrales, de una occidentalidad no sólo de cierto modo instalada en el pasado, sino con cierta idiosincrasia diferente.*

Para los países de nuestra región, herederos de la cultura hispánica, la existencia de tribunales judiciales es particularmente significativa. En su obra inmortal sobre las Aventuras de Don Quijote de la Mancha, tal vez la más profunda comprensión de la cultura española, Cervantes nos muestra la sed de justicia que aparece reiteradamente en la cultura de su pueblo, aunque se trate de una justicia abstracta, desviada de la realidad por las sendas de la locura⁹². El gran desafío que surge al fin del planteo del novelista genial es la integración de los ideales de Don Quijote con la realidad de Sancho Panza, y es relevante que al no poder integrarse las dos dimensiones suelen desviarse por las sendas de la ineficiencia y de la corrupción. “Fuenteovejuna”, “El mejor alcalde el rey” y “El Alcalde de Zalamea” son otros de los títulos con los que la literatura clásica española ha evidenciado su preocupación por los problemas de la justicia y de la jurisdicción.

Sin embargo, en países como los de nuestra región es frecuente que la jurisdicción formal tenga grandes dificultades por las fallencias en la jurisdicción difusa. Muy a menudo por la indisciplina, por la falta de sanción para las agresiones pequeñas o gran-

92. Es posible c. nuestras “Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote”, en “Boletín ...” cit., Nº 9, págs. 19 y ss.

des contra los demás y al fin por las injusticias cotidianas, la jurisdicción carece del contexto de aseguramiento que le es imprescindible para cumplir su papel en plenitud.

*La **integración** del Mercosur no puede realizarse auténticamente prescindiendo de la vocación judicial, a veces desviada, pero siempre firme de los pueblos de la región. La empresa, sin embargo, no está exenta de dificultades*⁹³.

93. En relación con el tema pueden v. además nuestros estudios "Aportes filosóficos para la elaboración de normas del Mercosur", en "Investigación ..." cit., Nº 22, págs. 9 y ss.: "Hacia la comprensión plena de la elaboración de las normas", en "Investigación ..." cit., Nº 18, págs. 23 y ss.: "Bases para los regimenes de jurisdicción y ley aplicable en la integración del Mercosur", en "Investigación ..." cit., Nº 21, págs. 7 y ss.: "Comprensión básica de las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional", en "Investigación ..." cit., Nº 24, págs. 9 y ss. (también en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba", Vol. 2, Nº 2, 1994, Nueva Serie, págs. 11 y ss.): "Aportes para la comprensión jusfilosófica de la armonía en la jurisdicción y en el reconocimiento y la eficacia de sentencias y laudos en la integración", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 15 y ss.: "Jurisdicción internacional en materia matrimonial", en "Investigación ..." cit., Nº 16, págs. 49 y ss.

V. asimismo, en el horizonte sociológico, CARBONNIER, Jean, "Flexible droit", 4ª ed., Paris, L.G.D.J., 1979, pág. 319 y ss. En el horizonte metodológico CUETO RUA, Julio C., "Judicial Methods of Interpretation of the Law", Louisiana State University, 1981 (existe traducción parcial al español de Ciro Ciliberto Infante, en "Boletín..." cit., Nº 8, págs. 37 y ss.).

INDICE

CAPITULO I

LA NOCION BASICA DE JURISDICCION JUDICIAL 7

CAPITULO II

LA JURISDICCION JUDICIAL EN EL MUNDO JURIDICO Y EN EL MERCOSUR

1) LA JURISDICCION EN EL MUNDO JURIDICO EN GENERAL

A) DIMENSION SOCIOLOGICA DE LA JURISDICCION

- a) Las adjudicaciones aisladas
 - a'') *Concepto, estructura y clases de repartos aislados* 15
 - b'') *Origen de los repartos* 28
 - c'') *Funcionamiento de los repartos*..... 32
- b) El orden y el desorden de las adjudicaciones
 - a'') *Concepto, estructura y clases de órdenes de repartos*.. 40
 - b'') *Fuentes del orden de repartos* 47
 - c'') *Funcionamiento del orden de repartos* 48
- c) Las categorías básicas de la realidad social del Derecho.. 51

B) DIMENSION NORMATIVA DE LA JURISDICCION

- a) Las normas aisladas
 - a'') *Concepto, estructura y clases de normas - Sistemática estructural de la jurisdicción* 57
 - b'') *Fuentes de las normas* 63
 - c'') *Funcionamiento de las normas*..... 65
 - d'') *Productos de las normas (jueces, tribunales, expedientes, institucionalidad, negociabilidad, etc.)*..... 72
- b) El ordenamiento normativo
 - a'') *Concepto, estructura y clases de ordenamiento normativo* 75
 - b'') *Origen del ordenamiento normativo* 80
- c) La categoría básica de las normas y el ordenamiento normativo..... 80

C) DIMENSION DIKELOGICA DE LA JURISDICCION

1') La justicia y los demás valores en el mundo jurídico	
a') La justicia como valor aislado	
a'') <i>Concepto, estructura y clases de justicia</i>	82
b'') <i>Fuentes de la justicia</i>	90
c'') <i>Funcionamiento de la justicia</i>	91
d'') <i>Productos de la justicia</i>	94
b') La justicia en el complejo axiológico	
a'') <i>Concepto, estructura y bases de complejos axio- lógicos</i>	95
b'') <i>Fuentes del complejo axiológico</i>	98
c'') <i>Funcionamiento del complejo axiológico</i>	98
2') Consideración especial de los contenidos de la justicia	
a') La justicia de los repartos y las normas aislados	
a'') <i>La justicia en el concepto, la estructura y las cla- ses de repartos y normas</i>	100
a''') <i>Concepto, estructura y clases de repartos</i> ..	100
b''') <i>Concepto, estructura y clases de normas</i>	107
b'') <i>La justicia en el origen de los repartos y de las normas</i>	
a''') <i>La justicia en el origen de los repartos</i>	108
b''') <i>La justicia en el origen de las normas</i>	109
b') La justicia del orden de repartos y del ordenamien- to normativo	
a'') <i>La justicia en el concepto, la estructura y las cla- ses de órdenes de repartos</i>	110
b'') <i>La justicia en el concepto, la estructura y las cla- ses de ordenamientos normativos</i>	115

2) LA JURISDICCION EN RELACION CON LAS RAMAS DEL MUNDO JURIDICO	116
--	-----

CAPITULO III HORIZONTE HISTORICO Y COMPARATIVO	119
--	-----

Este libro se terminó de imprimir el 5 de marzo de 1998 en la Escuela de Artes Gráficas del Colegio Salesiano San José. Pte. Roca 150 - 2000 Rosario - Argentina