

ALGUNAS APLICACIONES DE LA TEORÍA DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI ^(*)

Resumen: Se desarrollan aplicaciones de la teoría de las respuestas jurídicas considerando tridimensionalmente, con especial referencia trialista, sus alcances, dinámica y situaciones. Se tratan las respuestas del matrimonio y la filiación, los espacios civil y comercial y las fuentes del Derecho.

Abstract: We develop the applications of the theory of legal responses considering three dimensions, with particular trialistic reference, its scope, dynamics and situations. They explore the marriage and filiation legal responses, civil and commercial spaces and the sources of law.

Palabras clave: Respuestas jurídicas. Alcances. Tridimensionalismo. Trialismo. Dinámica. Situaciones. Matrimonio. Filiación. Derecho Civil. Derecho Comercial. Fuentes.

Keywords: Legal Responses. Scopes. Three-dimensionalism. Trialism. Dynamic. Situations. Marriage. Filiation. Civil Law. Commercial Law. Sources.

I. Ideas básicas

1. A la luz de los contactos de respuestas jurídicas del *Derecho Internacional Privado* ha sido posible desarrollar una *teoría general* denominada *teoría de las respuestas jurídicas y vitales*¹. Esa teoría se

^(*) Profesor titular de la Universidad Nacional de Rosario y emérito de la Universidad de Buenos Aires (e-mail: mciuro@fder.unr.edu.ar).

¹ Cabe c. nuestros "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en "Investigación y Docencia", N° 37, págs. 85 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/959/793>, 11-11-2015. Asimismo "Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la

nutre con la propuesta *integrativista tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico*², que incluye dimensiones sociológica, normológica y dikelógica y se diferencia en cuanto a los alcances materiales, espaciales, temporales y personales, su dinámica y sus situaciones.

problemática bioética en la postmodernidad", en "Bioética y Bioderecho", N° 3, págs. 83 y ss.; "Aportes desde la teoría de las respuestas jurídicas y vitales al Derecho de la Educación", en "Investigación..." cit., N° 38, págs. 51 y ss.

- ² Acerca del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5ª ed., Bs. As., Depalma, 1976; "La ciencia de la justicia. Dikelogía", Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed., Bs. As., Depalma, 1986); "Justicia y verdad", Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/961/795>, 6-10-2015; "Metodología Dikelógica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1003/883>, 6-10-2015; "Estudios Jurídicos del Bicentenario", Rosario, UNR Editora, 2010, Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1360/1556>, 6-10-2015; "Distribuciones y repartos en el mundo jurídico", Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 6-10-2015; "Bases del pensamiento jurídico", Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 27-11-2015. Es posible v. asimismo por ej. DABOVE, María Isolina, "El derecho como complejidad de saberes diversos", en "Ideas y Derecho", Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, III, 3, págs. 95 y ss.; BENTOLILA, Juan José (coord.), "Introducción al Derecho", Bs. As., La Ley, 2009; BANCHIO, Pablo R., "Introducción a la Filosofía del mundo jurídico", Universidad de Belgrano, <http://repositorio.ub.edu.ar:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3214/3956%20-%20introducci%C3%B3n%20a%20la%20filosof%C3%ADa%20del%20mundo%20jur%C3%ADdico%20-%20banchio.pdf?sequence=1>, 30-10-2015. En general, v. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 6-10-2015; Facultad de Derecho de la Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, http://www.cartapacio.edu.ar/index.cgi?wid_seccion=2&wid_item=3, 6-10-2015.

2. Según la referida composición del trialismo, los *alcances*, siempre tridimensionales, pueden ser materiales, espaciales, temporales³ y personales. Los alcances de las respuestas se desarrollan en las mismas líneas que las especificidades jurídicas. Cuando se trata de la *materialidad*, cabe atender a *ramas del mundo jurídico*. En su particularidad básica las ramas se presentan en la *Teoría General del Derecho* referida a lo *común* a lo jurídico y en su *conjunto* han de ser consideradas en la *Teoría General del Derecho abarcadora* de todas ellas⁴. Las respuestas jurídicas pueden

³ Es posible *ampliar* en nuestro trabajo "El cambio de era histórica desde la teoría de las respuestas jurídicas", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 24, págs. 65 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/571/469>, 11-11-2015.

⁴ Los alcances *espaciales* son abordados en el Derecho Comparado y el Derecho Internacional; los despliegues *temporales* son considerados en la Historia del Derecho y el Derecho Transitorio y los alcances *personales* son tratados en la Personalidad y la Interpersonalidad del Derecho. La Teoría General del Derecho abarcadora -que en cierto grado de avance sería denominable sistemática- podría ser llamada asimismo Enciclopedia Jurídica; la referida a lo común suele ser considerada Introducción al Derecho. En lo profundo, hay despliegues relevantes que puede tratar, por ejemplo, la Antropología Jurídica.

En cuanto a la Teoría General del Derecho abarcadora, es factible *ampliar* en nuestros trabajos "La nueva "Teoría General del Derecho" y las tendencias del porvenir", en "Investigación..." cit., N° 20, págs. 45 y ss. (1992); "Las fuentes formales de las normas en la Teoría General del Derecho como sistema jurídico", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 20, págs. 69 y ss.; "Una nota de Teoría General del Derecho: comparación entre el Derecho Civil y el Derecho Penal por la noción de delito", en "Boletín del Centro de Investigaciones..." cit., N° 16, págs. 53 y ss.; "La Teoría General del Derecho como sistema jurídico. Urgente necesidad de la ciencia jurídica occidental", en "Boletín del Centro de Investigaciones..." cit., N° 23, págs. 35 y ss. (1998), Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/555>, 27-11-2015; "La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas", en "Investigación ..." cit., N° 32, págs. 25/6 (1999), Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/822/0>, 27-11-2015; "Lecciones de Teoría General del Derecho", en "Investigación..." cit., N° 32, págs. 33/76 (1999), Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/824/1439>, 27-11-2015; "Interrogantes y comentarios de Filosofía y Teoría General del Derecho respecto del proyecto de Código Civil Argentino", en "Revista del Centro..." cit., N° 23, págs. 31/40, (también v. "Jurisprudencia Argentina", 15/III, número especial "El Proyecto de Código Civil de 1998" (Primera Parte), págs. 10/16); "La Teoría General del Derecho ante la Filosofía del Derecho", en "Revista del Centro..." cit., N° 25, págs. 49/58, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/587/0>, 27-11-2015; "Perspectivas de Teoría General del Derecho", en "Investigación..." cit., N° 35, págs. 29/31;

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

tener *dinámicas* de “*plusmodelación*”, “*minusmodelación*” y *sustitución* ⁵. A su vez pueden presentarse *situaciones* de *aislamiento*, *coexistencia*, *dominación*, *integración* y *desintegración* ⁶. Los alcances, la dinámica y las situaciones se identifican mejor según las posibilidades de *calificación*, *fraude*, *reenvío* y *rechazo* ⁷ de las respuestas.

Para sistematizar más el planteo, cabe decir que es posible construir una Teoría General del Derecho referida a lo *común* a todo lo jurídico y otra *abarcadora* de su conjunto. Cada una de ellas puede remitirse a lo que el Derecho tiene en *general* en su tridimensionalidad y en sus posibilidades de *especificidades* materiales, espaciales, temporales y personales. A su vez, es posible señalar los alcances, la dinámica y las situaciones de las *respuestas*.

3. La teoría de las respuestas jurídicas viabiliza una mejor *estrategia jurídica*, que es una de las exigencias mayores del Derecho de nuestra época ⁸.

“Despliegues tácticos de Teoría General del Derecho de la Constitución de 1853 y su reforma de 1860 y de los códigos civiles de 1869 y 2014”, “Investigación...” cit., N° 49, págs. 107 y ss., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD496.pdf>, 27-11-2015; en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNÁNDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCHI, Alfredo M. SOTO y Jorge STÄHLI, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, págs. 859 y ss.

⁵ Cabe *ampliar* en nuestro trabajo “Notas de la disertación de apertura: “eclipse” y “emersión” de las ramas jurídicas” (Jornadas de Teoría General del Derecho “Nuevas fronteras de la juridicidad”), en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit. N° 21, págs. 91 y ss. (1996).

⁶ Es posible considerar también las respuestas *conexas*; *originales* y *derivadas*, etc. Se puede *ampliar* por ej. en nuestro trabajo “Los contratos conexos. En la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999. Tal vez en la cultura jurídica argentina el matrimonio sea una respuesta original y la unión convivencial derivada.

⁷ Correspondiente al “orden público”.

⁸ Se puede *ampliar* en nuestros trabajos “Estrategia Jurídica”, Rosario, UNR Editora, 2011, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/Estrategia/ESTRATEGIA%20JURIDICA1.pdf>, 27-11-2015; “La estrategia en las ramas jurídicas en la Argentina”, en “Investigación...” cit., N° 45, págs. 135 y ss., http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD45_8.pdf, 27-11-2015; “Aportes conceptuales a la estrategia jurídica: en especial, la oportunidad”, en “Investigación...” cit., N° 47, págs. 13 y ss., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD47/IyD474.pdf>,

En la evolución del Derecho Civil argentino desde el Código Civil al Código Civil y Comercial⁹ cabe referir diversos *ejemplos* de alcances, dinámica y situación de las respuestas¹⁰.

II. Desarrollos

1) Alcances y dinámica de la respuesta matrimonial¹¹

27-11-2015; “Acerca de la estrategia jurídica”, en “La Ley”, 2014-C, págs. 784/798, Cita on line: AR/DOC/1215/2014; “Nuevas ramas jurídicas como parte de la estrategia de los derechos humanos”, en “Microjuris”, 12-dic-2013, MJ-DOC-6531-AR | MJD 6531. El número 46 de “Investigación y Docencia” es monográfico sobre Estrategia Jurídica, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (<http://www.centrodefilosofia.org.ar/investigacionydocencia46.htm>, 27-11-2015).

⁹ V. por ej. Infoleg, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>, 1-10-2015. También se pueden c. v.g. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Código Civil y Comercial de la Nación”, Bs. As., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 5ª reimp., 2015; Infojus, Código Civil y Comercial de la Nación, <http://www.infojus.gov.ar/codigo-civil-comercial-nacin-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacin-lb000066-2014-10/123456789-0abc-defg-g66-0000blsorbil>, 11-11-2015; “Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente”, 2ª reimpresión, Bs. As., Astrea – Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario, 2015 (incluye palabras del Decano de la Facultad de Derecho doctor Marcelo Vedrovnik); GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. y otros (dir.), “Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado”, Bs. As., Astrea, 2015; Nuevo Código Civil, <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>, 11-11-2015 (abarcando abundante documentación referida al proceso de elaboración). Se trata de la ley 26994, de 2014.

¹⁰ En gran medida impulsados por las circunstancias culturales, en nuestros días de la “posmodernidad” (por ejemplo, en el despliegue del espectáculo: c. v. gr. Nuevos casamientos: del *stand up* improvisado a la *performance tech*, en La Nación, <http://www.lanacion.com.ar/1846705-novios-argentinos-protagonistas-casamientos-animado-res-eventos>, 18-11-2015).

En relación con las respuestas en la familia cabe c. por ej. GROSMAN, Cecilia P. – MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio: ley y creencias. Problemas y soluciones legales”, Bs. As., Universidad, 2000.

¹¹ Cabe c. KRASNOW, Adriana N. (dir.), “Tratado de Derecho de Familia”, Bs. As., La Ley, 2015. Se puede *ampliar* también en nuestro artículo “Nuevas fronteras del “Derecho de Familias”, un desafío para la judicialidad”, en “Investigación...” cit., N° 49, págs. 141 y ss., <http://centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD497.pdf>, 24-11-2015.

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

a) En lo material

a') Minusmodelación material en la dimensión normológica

4. Según el art. 198 del Código Civil los esposos se debían mutuamente *fidelidad*, asistencia y alimentos¹². El art. 202 establecía entre las causas de separación personal, y correlativamente de divorcio, al *adulterio*, de cierto modo una infidelidad “potenciada”¹³.

Inversamente, el Código Civil y Comercial *solo establece*, en el art. 435, que el matrimonio se disuelve por: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; c) divorcio declarado judicialmente. En caso de infidelidad el cónyuge puede solicitar o no el divorcio según su libre criterio. La fidelidad es en principio una exigencia solo moral. Se trata así de una minusmodelación material normológica¹⁴.

b') Minusmodelación material en la dimensión sociológica

5. En cuanto al divorcio sanción con referencia a la infidelidad, antes del Código Civil y Comercial llegó a hacerse remisión a la “crónica de una muerte anunciada”¹⁵. En los hechos, la fidelidad era especialmente

¹² Artículo sustituido por art. 1° de la ley n° 23.515 b.o. 12/6/1987.

¹³ La relación de importante afinidad entre la infidelidad y el adulterio generaba algunas tensiones que no es necesario detallar en este caso. No siempre la infidelidad constituía adulterio. Suele decirse que el adulterio es infidelidad en el matrimonio. También que la infidelidad no exige sexo que, en cambio, requiere el adulterio. Incluso se afirma en ciertos casos que el adulterio significa formar pareja. En algunos supuestos el adulterio requiere habitualidad. Es posible v. por ej. CAMACHO, Javier Martín, “Fidelidad e infidelidad en las relaciones de pareja”, <http://www.fundacionforo.com/pdfs/archivo42.pdf>, 24-11-2015; URMAN, Alejandro, “Las múltiples caras de la infidelidad”, Psi 21, <http://www.psi21.com.ar/Las-multiples-caras-de-la.html>, 24-11-2015.

¹⁴ Aunque, como veremos, en lo personal hay una importante plusmodelación. Son significativas la modificación del régimen patrimonial (arts. 446 y ss.) y la admisión de las uniones convivenciales (arts. 509 y ss.) en el Código Civil y Comercial.

¹⁵ Vale tener presente, por ej., RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, “Algunos aspectos medulares del divorcio-sanción en los tiempos de la reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación. Crónica de una muerte anunciada”, en “Jurisprudencia...” cit., 2014-I, págs. 729 y ss. (comentario a fallo C.N.Civ., Sala M., 31/10/2013, “D., J. A., v. S., L. A., “Jurisprudencia...” cit., 2014-I, págs. 725 y ss.). En términos de difusión se puede v. por ej. SORIANO, Fernando, “En el nuevo Código Civil se elimina el deber de fidelidad en el matrimonio. Ser fiel quedará

requerida a la mujer, pero quizás con una fuerza decreciente. El mayor empleo de métodos anticonceptivos fue una vía de gran importancia para la crisis de la fidelidad¹⁶.

Los objetos (alcances materiales) de los repartos matrimoniales tenían cada vez menos fuerza “moral”. Los límites psíquicos restringían el desenvolvimiento de la materialidad del matrimonio tradicional. Las personas, situadas donde el capitalismo lo exige, tenían ubicaciones distanciadas que producen más orientación a la infidelidad.

c') Minusmodelación material en la dimensión dikelógica

6. Aunque no sostenemos ni la naturalidad ni la objetividad con que Werner Goldschmidt¹⁷ se refirió al valor justicia¹⁸, con carácter de *construcción*¹⁹ proponemos el mismo principio de adjudicar a cada individuo la esfera de *libertad* necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para hacerse *persona*. Según los despliegues que conforme a nuestro parecer pueden obtenerse de ese principio, en el campo jurídico los individuos deberíamos poseer la amplia *libertad sexual* manifestada en el abandono de la exigencia de fidelidad. Esto no excluye que los cónyuges que se consideren agredidos por la infidelidad soliciten el divorcio vincular.

b) En lo temporal

a') Minusmodelación temporal en la dimensión normológica

7. Las leyes 2393 y 17.711 coincidieron en mantener la indisolubilidad del matrimonio entre vivos, aunque la última facilitó la separación

restringido exclusivamente a lo moral”, en “Clarín”, 16/08/12, Clarín.com, http://www.clarin.com/sociedad/Codigo-Civil-elimina-fidelidad-matrimonio_0_756524435.html, 10-11-2015.

¹⁶ Antes del Código Civil y Comercial se puso en práctica la idea de que “la infidelidad se mide en pesos”, de modo que se dictaron fallos que condenaban hasta con \$ 100.000, una suma relevante, al cónyuge declarado culpable por daño moral (La Nación, domingo 3 de abril de 2011, <http://www.lanacion.com.ar/1362506-cuando-la-infidelidad-se-mide-en-pesos>, 9-11-2015). Vale tener presente, por ej., RODRÍGUEZ ITURBURU, op. cit.).

¹⁷ Fundador del trialismo.

¹⁸ Es posible v. “La ciencia de la justicia (Dikelogía)” cit.

¹⁹ Se puede c. por ej. GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento”, Bs. As., Colihue, 2004.

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

de cuerpos ²⁰. En un breve período intermedio, el art. 31 de la ley 14.394, de 1954 (dejado en suspenso por el decreto 4.070/56) había establecido el divorcio vincular. La ley 23.515, de 1987, restableció el *divorcio vincular*, mantenido y facilitado en el Código Civil y Comercial. El divorcio vincular significa una minusmodelación temporal en lo normativo.

b') Minusmodelación temporal en la dimensión sociológica

8. Pese a la fuerza ejercida por la Iglesia Católica Apostólica Romana ²¹, en la dimensión sociológica la presión hacia el divorcio vincular era muy grande, al punto que antes de la ley 23.515 se venían reconociendo más ampliamente efectos al concubinato “adulterino” ²² y la jurisprudencia llegó a establecer, de modo muy relevante en el caso Sejean c/Sejean, que era inconstitucional que el derecho a casarse se agotara con su ejercicio ²³.

Aunque el pronunciamiento recién referido nos merece dudas en cuanto a su acierto normativo, consideramos que el divorcio vincular era imperioso por los límites psíquicos que surgían de la realidad social.

c') Minusmodelación temporal en la dimensión dikelógica

9. Según el principio supremo de justicia que adoptamos, consideramos ²⁴ que el divorcio vincular corresponde a la autonomía que debe tener la persona para organizar su propia vida.

c) En lo espacial

*a') Minusmodelación y plusmodelación espacial
en la dimensión normológica*

²⁰ Es posible c. v. gr. FERRER, Francisco A. M., “Divorcio por presentación conjunta: art. 67 bis de la ley 2393”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1448/8.pdf>, 9-11-2015.

²¹ REYES VIZCAÍNO, Pedro María, “La indisolubilidad del matrimonio. El matrimonio goza, por voluntad del Señor, de la indisolubilidad”, Catholic.net, <http://es.catholic.net/op/articulos/22947/la-indisolubilidad-del-matrimonio.html>, 10-11-2015.

²² V. gr. en el área previsional.

²³ De la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=91307>, 17-11-2015.

²⁴ A diferencia de Goldschmidt.

10. También en lo espacial los avances del divorcio vincular fueron produciendo minusmodelación del matrimonio. La inexistencia de divorcio vincular en la dimensión normológica del Derecho argentino hacía que en un mundo crecientemente divorcista nuestra unión padeciera en el extranjero una relevante minusmodelación espacial²⁵. El matrimonio indisoluble por divorcio vincular según el Derecho argentino encontraba limitación espacial por divorcio en el extranjero y el matrimonio extranjero basado en divorcio vincular de matrimonio no divorciable según el Derecho argentino hallaba minusmodelación espacial en la Argentina.

Imperaba en nuestro país un orden público antidivorcista establecido en la ley 2.393 y mantenido en la ley 17.711, de modo que durante mucho tiempo la Argentina libró una batalla legislativa, jurisprudencial y doctrinaria muy difícil, crecientemente claudicante y exclusiva, por mantener una solución de indisolubilidad contraria a los criterios y las prácticas muy mayoritarios en el mundo. La fuerza del rechazo argentino era cada vez menor. Cabe recordar que la ley 2393 tuvo un régimen que defendía, sobre todo, la indisolubilidad del matrimonio celebrado en la Argentina.

En la ley 23.515 el orden público antidivorcista pasó a ser, de cierto modo, un orden público divorcista²⁶. El nuevo equilibrio del matrimonio logrado con la incorporación del divorcio vincular permitió una plusmodelación espacial de las soluciones matrimoniales argentinas y extranjeras. El matrimonio igualitario establecido en la Argentina puede generar minusmodelación espacial en los países que no lo admitan. Con el mismo sentido general de admisión del divorcio vincular del régimen anterior, pero sin “orden público divorcista”, el Código Civil y Comercial²⁷ mantiene el alivio de la tensión espacial matrimonial.

*b') Minusmodelación y plusmodelación espacial
en la dimensión sociológica*

11. En la dimensión sociológica era muy frecuente el *fraude a la ley* contra la indisolubilidad por divorcio y las parejas al margen de la ley

²⁵ Es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la teoría pluralista del mundo jurídico”, 10a. ed. actualizada por Alicia Perugini Zanetti (y colab.), Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009, págs. 419 y ss. esp. 460 y ss.

²⁶ V. art. 161 del Código Civil.

²⁷ Arts. 2621 y ss.

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

argentina eran numerosísimas. Para defender la posición argentina se llegó a invocar la inexistencia de matrimonios celebrados en fraude a nuestra ley. La inexistencia ampliaba el marco de posibilidades de ataque contra el matrimonio fraudulento que brindaba la nulidad.

*c') Minusmodelación y plusmodelación espacial
en la dimensión dikelógica*

12. Según nuestra construcción axiológica puede sostenerse que la minusmodelación espacial de las pretensiones de los matrimonios argentinos o extranjeros causaba en las vidas de los cónyuges perjuicios valorativamente insostenibles.

d) En lo personal

a') Plusmodelación personal en la dimensión normológica

13. En lo personal tiene gran relevancia el establecimiento del *matrimonio igualitario*, que amplía las posibilidades matrimoniales de numerosos individuos. A diferencia del Código velezano, de la ley 2393 y de la ley 17.711, la ley 26618 estableció en una cláusula complementaria, como artículo 42 “*Aplicación*. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. - Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. - Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.”

En la línea de la ley 26618 el Código Civil y Comercial establece en el artículo 402 “*Interpretación y aplicación de las normas*. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.”

b') Minusmodelación personal en la dimensión sociológica

14. Los alcances personales del matrimonio han ido socialmente en retroceso. Según información de la Dirección General de Estadística y Censos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en 1990 hubo 21.966 y en 2013 11.642²⁸.

Como complemento de esa información cabe referir que, también de acuerdo con cifras oficiales, en la ciudad de Buenos Aires hubo en el año 2012 5.866 divorcios, menos que en 2010, y los casamientos, también en caída, fueron 12.667. La mayoría se separa después de los veinte años de casados²⁹.

Las estadísticas aproximadas de matrimonio igualitario entre 2010 y 2015 que se citan respecto de la Argentina indican que no ha tenido la frecuencia que solía predecirse³⁰.

c') Plusmodelación personal en la dimensión dikelógica

15. La propia denominación del “matrimonio igualitario” expresa que, para quienes desarrollamos el principio de justicia referido, partiendo de un sentido fuerte de libertad la posibilidad del matrimonio entre homosexuales es una plusmodelación dikelógica. Condenar a los individuos a una privación de su realización sexual como surja de ellos mismos parece una grave agresión. Una de las exigencias del régimen de justicia es amparar contra la soledad.

2) Situaciones recíprocas de las respuestas matrimonial y filiatoria

²⁸ https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2015/04/ir_2014_763.pdf, 8-11-2015.

²⁹ Página 12, 6 de septiembre de 2013, <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-228410-2013-09-06.html>, 20-02-2016. Es posible v. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010, Análisis de datos, Parejas convivientes del mismo sexo, Indec, http://www.censo2010.indec.gov.ar/cuadrosDefinitivos/informe_parejas_convivientes.pdf, 24-11-2015.

³⁰ LÓPEZ PEREYRA, Daniel, “Gay Marriage is 5 years old in Argentina”, July 15 2015, Mirada-H, <http://www.mirada-h.com/en/matrimonio-igualitario-cumple-5-anos-en-argentina/>, 26-11-2015. Se indica: “Since 2010 got married in the country 9423 couples. In Buenos Aires province, 2998; in Buenos Aires city (Capital of the Nation) 2278, followed by Córdoba with 970 marriages, Santa Fe with 895, Mendoza with 415.”

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

a) *Dominación y coexistencia del matrimonio respecto de la filiación en lo personal*

a') *Dominación y coexistencia en la dimensión normológica*

16. Durante muy largo tiempo la disciplina de la vida sexual se obtuvo sometiendo la filiación a la *dominación* personal del matrimonio. Ejemplos de la dominación normológica del matrimonio se pueden mostrar en el Código Civil (según la ley 340) en los arts. 246, 311, 324 y 338.

El art. 246 decía que eran hijos *legítimos* los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución, ... El art. 311 disponía que los hijos nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse, aunque fuera con dispensa, quedaban legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres. Según el art. 324 los hijos designados en el art. 311 eran hijos naturales. El art. 338 establecía que el hijo adulterino era el que procedía de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio, porque una de ellas, o ambas estaban casadas. La buena fe del padre o de la madre que vivían en adulterio sin saberlo, la violencia misma de que hubiera sido víctima la madre, no mudaban la calidad de la filiación, y en uno y otro caso el hijo quedaba adulterino.

El matrimonio *calificaba* enérgicamente a la filiación y para evitar cualquier intento de *fraude* y abroquelar el orden público *rechazando* todo desafío el art. 338 descartaba la influencia que surgiera de la buena fe de los padres y la violencia misma de que hubiera sido víctima la madre. En el horizonte jurilingüístico la dominación matrimonial trataba de forzar la formación de un *nosotros* familiar más sólido³¹.

La filiación se liberó normológicamente del matrimonio, entrando en una relación de *coexistencia*, a través de la ley 14.367 cuyo art. 1 dispuso “Suprimáanse las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos de las personas nacidas de personas unidas entre sí por matrimonios y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que la

³¹ Cabe *ampliar* en nuestro artículo “El lenguaje desde la perspectiva jurídica (Con especial referencia a los pronombres)”, en “Revista del Centro...” cit., N° 31, págs. 55 y ss., Cartapacio, El lenguaje desde la perspectiva jurídica, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1313/1449>, 27-11-2015.

legislación vigente establece respecto a estos últimos. ...”.³² Desde entonces la condición de la pareja dejó de calificar a la filiación y no hubo oportunidades de fraude ni de rechazo.

17. En cuanto a la *adopción*, se ha evolucionado en el sentido de una relativa *coexistencia* del matrimonio y la filiación³³. En una coexistencia parcial el art. 3 de la ley 13.252 dispuso que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges, aunque no se exige esta condición cuando el cónyuge sobreviviente adopta al hijo adoptado de su esposo o esposa. Según el texto dispuesto por la ley 24.779³⁴ el art. 315 del Código Civil decía que podría ser adoptante toda persona que reuniera los requisitos establecidos en el Código cualquiera fuese su estado civil. El art. 320 expresaba que las personas casadas sólo podrían adoptar si lo hicieran conjuntamente, con excepciones establecidas en el mismo.

De acuerdo con el art. 599 del Código Civil y Comercial los niños, niñas o adolescentes pueden ser adoptados por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. Según la regla general del art. 602, las personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente. El art. 603 manifiesta que la adopción por personas casadas o en unión convivencial puede ser unipersonal si: a) El cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para este acto. En este caso, debe oírse al Ministerio Público y al curador o apoyo y, si es el pretense adoptante, se debe designar un curador o apoyo ad litem; b) Los cónyuges están separados de hecho.

b') Dominación y coexistencia en la dimensión sociológica

18. El matrimonio ha sido durante mucho tiempo el medio donde,

³² Se puede v. por ej. TERÁN LOMAS, Roberto A. M., “Los Hijos Extramatrimoniales”, Bs. As., TEA, 1954; D’ANTONIO, Daniel Hugo, “Derecho de Menores”, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1980, v. gr. págs. 88 y ss., se puede c. <http://www.libreroonline.com/argentina/libros/45863/dantonio-daniel-hugo/derecho-de-menores.html>, 22-11-2015.

³³ De cierto modo la adopción es resultado cultural de un reenvío de la filiación biológica.

³⁴ Cabe tener en cuenta también la ley de adopción “intermedia” 19.134.

como a veces se ha dicho, se ha producido el hombre mismo³⁵. En la realidad social las relaciones de dominación del matrimonio sobre la filiación³⁶ eran especialmente duras³⁷. Las expresiones “bastardo”³⁸ e “hijo de puta”³⁹ tenían e incluso de cierta manera tienen hoy significados muy despectivos⁴⁰. Hasta la ley 14.367 solamente se consiguieron soluciones parciales e insuficientes⁴¹ y la equiparación requirió un camino difícil. La tendencia es que haya menos casamientos y más hijos nacidos fuera del matrimonio⁴².

Es muy tenso el reclamo de parejas para obtener filiación adoptiva.

-
- ³⁵ Según Engels el orden social en que viven los hombres en una época y en un país dados está condicionado por dos especies de producción: el grado de desarrollo del trabajo por una parte y de la familia de la otra (ENGELS, Friedrich, “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, trad. Ediciones Progreso, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1986, por ej. pág. 28; en cuanto a la sujeción de la familia a las relaciones de propiedad, c. v. gr. pág. 29).
- ³⁶ Diversas de la dominación a veces cambiantes dentro de la pareja. Cuando la mujer es quien domina suele hacerse referencia a la condición de dominatrix.
V. asimismo la ley 23.849 que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm> -22-11-2015- y el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.
- ³⁷ Se puede v. por ej. COSSE, Isabella, “Ilegitimidades de origen y vulnerabilidad en la Argentina de mediados del siglo XX”, en “Nuevo Mundo. Mundos Nuevos”, 09/12/2007, <http://nuevomundo.revues.org/12502>, 11-11-2015.
- ³⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, “bastardo,da”, <http://dle.rae.es/?id=5BTZ46N&o=h>, 14-11-2015, “hijo,ja bastardo,da”, 14-11-2015.
- ³⁹ Íd., “hijo,ja de puta”, <http://dle.rae.es/?id=KOGiy39#90GkpE9&o=h>, 14-11-2015.
- ⁴⁰ Esto no excluye, obviamente, que en la historia haya hijos no matrimoniales que tuvieron enorme influencia. Con distintos niveles cabe hacer referencia por ej. a Leonardo; Erasmo de Rotterdam; Alejandro Dumas (h) autor de una de las novelas sobre la filiación natural, y Eva Perón. Las familias de la realeza solían tener hijos “ilegítimos” que ocupaban importantes lugares en la política. Belgrano, Urquiza y Sarmiento son próceres argentinos que tuvieron descendencia “ilegítima”. Es relevante el relato acerca del testamento de Belgrano, quien se declaró de estado soltero, sin ascendiente ni descendiente, y no habría podido dejar la totalidad de sus bienes a su hija “ilegítima” (Todo Argentina, Manuel Belgrano, <http://www.todo-argentina.net/biografias/belgrano/927testamento.htm>). Se puede v. asimismo por ej. Bastardos con suerte, abc color, <http://www.abc.com.py/articulos/bastardos-con-suerte-1085065.html>, 14.11.2015.
- ⁴¹ Es posible c. el proyecto de la ley 14.367 elaborado por el diputado Antonio J. Benítez y otros y diferentes detalles de su trámite legislativo en “Anales de Legislación Argentina”, t. XIV-A, 2ª ed., págs. 165 y ss.
- ⁴² Los papeles cada vez importan menos, <http://www.pagina12.com.ar/1999/99-01/99-01-21/pag19.htm>, 24-11-2015.

c') Dominación y coexistencia en la dimensión dikelógica

19. El desarrollo del principio supremo de justicia que hemos construido lleva a pensar que la legitimidad de todos los hijos por igual tiene sólida fundamentación. Nadie debe recibir las consecuencias reprochadas del obrar ajeno. Todos los individuos han de ser respetados en su igualdad de oportunidades.

En la adopción intervienen exigencias de justicia muy complejas, que hacen a la protección del adoptado, de la familia de origen⁴³ y de la familia adoptante⁴⁴.

*b) Dominación en lo personal de la filiación sobre el matrimonio**a') Dominación en la dimensión normológica*

20. La filiación domina normológicamente al matrimonio constituyéndose en fuerte *impedimento dirimente*. Así surgía del Código Civil cuando en el art. 166 decía que eran impedimentos para contraer matrimonio: 1. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación. 4. La afinidad en línea recta en todos los grados. En su art. 403 el Código Civil y Comercial dispone que son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados. La fuerza de *rechazo* del matrimonio por la filiación es intensa.

b') Dominación en la dimensión sociológica

21. Salvo circunstancias excepcionales, a veces relacionadas con diversidades culturales⁴⁵, el impedimento matrimonial por filiación, con-

⁴³ V. por ej. El Impacto de la Adopción en los Padres Biológicos, Child Welfare Information Gateway, <https://www.childwelfare.gov/pubs/impactobio/>, 22-11-2015.

⁴⁴ Se puede c. Fundación Adoptar, <http://www.adoptar.org.ar/2009/11/como-se-adoptar-un-nino-en-la-argentina/>, 22-11-2015.

En la realidad social argentina ha hecho grandes progresos el reconocimiento del derecho a la identidad.

⁴⁵ En cuanto al debate acerca del tema v. por ej. Argentina: ¿Abuso sexual en la etnia Wichi? Expertos e indígenas debaten, 26 October 2012, Cosecha Roja, <http://cosecha.roja.org/argentina-abuso-sexual-en-la-etnia-wichi-expertos-e-indigenas-debaten/>, 23-11-2015; Sexualidad en las Culturas Aborígenes de América. C-Chile, Amazonia.

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

cebido como una manera específica del incesto, funciona con exactitud ⁴⁶. El perjuicio que produce el incesto ⁴⁷ tiene alcances culturales como empobrecimiento de las posibilidades de la multiculturalidad ⁴⁸ y a largo plazo puede generar riesgos biológicos ⁴⁹.

c') Dominación en la dimensión dikelógica

22. Según nuestra construcción de la justicia, el incesto no es en sí mismo reprobable e injusto, sino por los posibles perjuicios que señalamos en el párrafo anterior.

*c) Aislamiento del matrimonio y la filiación
y posible desintegración de la filiación tradicional*

*a') Aislamiento y posible desintegración
en la dimensión normológica*

23. Abandonada la calificación relacionada con el matrimonio, es frecuente que la legislación habilite filiaciones biológicas o culturales (adopciones) sin relación con el matrimonio. El art. 558 del Código Civil y Comercial dice que “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. - La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos,

Amazonia. Yáñez y Arancibia, CFI, http://www.formacion-integral.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=158:sexualidad-en-las-culturas-aborigenes-de-america-c-chile-amazonia&catid=7:sexualidad-y-educacion-sexual&Itemid=3, 23-11-2015; SALAMANCA HUENCHULLÁN, María del Rosario, “El Derecho en la sociedad mapuche: un análisis de acuerdo a los estudios publicados previos”, <http://200.10.23.169/trabajados/rosario.pdf>, 23-11-2015.

⁴⁶ Es decir, las normas se cumplen.

⁴⁷ “Ataque a la castidad”.

⁴⁸ Se dice que la prohibición del incesto corresponde al paso de la humanidad desde el estado de naturaleza al de cultura (v. por ej. LÉVY-STRAUSS, Claude, “Las estructuras elementales del parentesco”, trad. Marie Therese Cevasco, Barcelona, Paidós, 1981, se puede v. <http://www.heortiz.net/CPM/levi-strauss-claude-naturaleza-y-cultura-incesto-endogamia-y-exogamia.pdf>, 27-11-2015).

⁴⁹ Es posible v. BARFIELD, Thomas (ed.), “Diccionario de Antropología”, trad. Victoria Schussheim, México, Siglo Veintiuno, 2000, <https://books.google.com.ar/books?hl=es&id=TyTdBonVdzMC&q=incesto#v=snippet&q=incesto&f=false>, 27-11-2015; Incesto, Wikipedia, <https://es.wikipedia.org/wiki/Incesto>, 26-11-2015.

conforme a las disposiciones de este Código. - Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.” El art. 559 establece que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

La “matrimonialidad” domina en la penumbra a la filiación. Se preserva la “numeralidad” de la paternidad rechazando el desafío a la cantidad de progenitores tradicional. En este sentido, según el art. 562 del Código recién mencionado los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos. El art. 563 dispone que la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. Por su parte, el art. 564 establece que a petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

El art. 575 dispone que en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Indica que cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, *no se genera vínculo jurídico alguno* con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena⁵⁰.

Los casos en que la filiación no se relaciona con el matrimonio van abriendo camino no solo a la *coexistencia* sino al relativo *aislamiento* de las dos respuestas. Si en ciertos supuestos (como consideramos necesario y justo) las personas nacidas a través de técnicas de reproducción humana

⁵⁰ Los arts. 582, 589 y 591 a 593 protegen este criterio.

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

asistida pueden conocer la identidad del donante, es notorio que se va produciendo una *desintegración* de la filiación tradicional ⁵¹.

*b') Aislamiento y posible desintegración
en la dimensión sociológica*

24. Los hechos reflejan el aislamiento e incluso la posibilidad de desintegración de la filiación que de cierto modo surgen de las normas. Muchas son las familias de padres solteros ⁵². Las técnicas de reproducción no tradicionales generan la posibilidad de *paternidades dobles del mismo sexo* por donación de óvulos o de esperma.

Aunque está ubicado en el momento tecnológico en que son posibles la gestación por sustitución y la reproducción humana post mortem, el texto definitivo del Código Civil y Comercial no las consideró. La Justicia argentina ha autorizado dos casos de inscripciones a favor de padres biológicos-procreacionales ⁵³. Una problemática relevante es si se podrá lograr que no se lesione a las madres gestantes (subrogadas o portadoras) comercializando sus cuerpos, por ejemplo, a través de la exigencia de que sea *cesión* y no alquiler de vientre, condición asegurada por vínculos de parentesco.

Las aspiraciones procreacionales y las necesidades económicas pueden constituir *límites* necesarios a toda normatividad que se les opongan.

*c') Aislamiento y posible desintegración
en la dimensión delictológica*

25. Consideramos que en las condiciones actuales el aislamiento del matrimonio y la filiación puede generar ciertos desajustes necesarios pero en cierta medida riesgosos a asumir con cuidado. También hay que recorrer, con decisión y más atención, la vía de la desintegración de la

⁵¹ También se puede advertir la desintegración del matrimonio tradicional con la reconstitución familiar en las denominadas familias ensambladas.

⁵² La familia de padres solteros y la familia actual, American Psychological Association, <http://www.apa.org/centrodeapoyo/monoparental.aspx>, 17-11-2015.

⁵³ Telam, <http://www.telam.com.ar/notas/201507/113309-inscripcion-padres-biologicos-procreacional-maternidad-subrogancia.html>, 16-11-2015. Se puede consultar asimismo por ej. Un caso de vientre subrogado divide las aguas del Poder Judicial rosarino, La Nación.com, <http://www.lanacion.com.ar/1849038-un-caso-de-vientre-subrogado-divi-de-las-aguas-del-poder-judicial-rosarino>, 27-11-2015.

filiación. Al fin es importante que las personas puedan desplegar en las relaciones familiares y sociales en el curso del *amor*. Además del respeto total de la autonomía, es relevante el amor⁵⁴.

Estimamos que las técnicas de maternidad subrogada deberían resolverse con el mayor respeto a todos los protagonistas, admitiendo incluso la doble maternidad y no excluyendo las relaciones entre la madre portadora y la persona de cuyo nacimiento se trate. Hasta ahora no obstante viene prevaleciendo el rechazo al número de progenitores tradicional. Creemos que es una problemática afín a la adopción simple y al reconocimiento a la persona de cuya filiación se trata del derecho a conocer su origen. Este marco problemático presenta la necesidad de evitar la explotación de mujeres de pocos recursos, limitando los espacios personales de quienes puede participar. Consideramos que la cuestión es relativamente análoga a la cesión de órganos. También estimamos que es legítimo admitir la doble paternidad en cuanto al proveedor de gametos y el titular de la voluntad reproductiva. A nuestro parecer, todas las partes tienen *composiciones jurídicas complejas* que deben ser evaluadas y apoyadas con la mayor interdisciplinariedad posible⁵⁵.

3) *Ejemplos de alcances, dinámica y situación en el Código Civil y Comercial*

a) *El Código Civil y Comercial en la dimensión normológica*

26. El Código Civil y Comercial es en ciertos aspectos una muestra de plusmodelación material de la materia civil y de relativa integración de lo civil y comercial, con cierta desintegración de este último ámbito. La integración de lo civil y comercial estaba ya presente en la codificación del siglo XIX, por ejemplo en cuanto las reglas jurídicas básicas y la teoría general de las obligaciones estaban en el Código Civil que, por otra parte, de este modo, ejercía cierta dominación sobre lo comercial. Antes de la

⁵⁴ COOPER, David, “La muerte de la familia”, trad. Javier Alfaya, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1986, pág. 29. En cuanto al amor cabe *ampliar* también en nuestro “Derecho y política” cit.

⁵⁵ Las dinámicas de plusmodelación, minusmodelación y sustitución y las distintas situaciones son siempre referibles a otras respuestas, por ejemplo, en la condición del matrimonio con referencia al contrato.

reciente recodificación el fideicomiso y el leasing eran a la vez civiles o comerciales conforme quiénes fueran las partes, salvo el fideicomiso financiero. Un importante detalle de la tendencia unificadora de lo civil y lo comercial puede v., por ej., en la nota de elevación del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998⁵⁶, en el que se inspiró en gran medida el Código Civil y Comercial⁵⁷.

En el Código Civil y Comercial el Título Preliminar común, referido al Derecho, la Ley, el Ejercicio de los derechos y los Derechos y bienes, es una expresión de avance integrador con cierto predominio de la materia civil⁵⁸. Si bien el fuerte resguardo de los derechos de incidencia colectiva (art. 14), de bienes como el cuerpo humano, los genes, etc. (art. 17) y de los derechos de las comunidades indígenas (art. 18), así como la atención a los derechos y actos personalísimos (arts. 51 y ss.) son muestras de avances del sentido civilista tradicional, la posibilidad de los interesados de referirse a los usos, prácticas y costumbres (art. 1)⁵⁹ es una expresión más comercialista⁶⁰. Tal vez la muestra mayor de integración sea el régimen de protección al consumidor, apoyado en el Derecho Comercial y el Civil.

Quizás no quede mucho de la especificidad del Derecho Comercial, pero se argumenta que el Código ha causado una especie de “comercializa-

⁵⁶ Documentos a texto completo, Departamento de Biblioteca y Centro de Documentación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/recursos-codigos.html>, 26-11-2015.

⁵⁷ En cuanto a la influencia de Atilio A. Alterini y de la obra de 1998 en el Código Civil y Comercial puede v. por ej. el número 51 de “Investigación...” cit., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD511.pdf>, 25-11-2015.

⁵⁸ Es posible *ampliar* en nuestros artículos “El capítulo “Derecho” en el Código Civil y Comercial”, en “Investigación...” cit., N° 49, págs. 63 y ss., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD494.pdf>, 25-11-2015 y “Nuevamente sobre el Derecho en el Código Civil y Comercial”, en “Investigación...” cit., N° 50, págs. 179 y ss., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD%205010.pdf>, 25-11-2015.

⁵⁹ Incluyendo la *lex mercatoria*.

⁶⁰ Un panorama de lo incluido y no incluido, con sentidos más civiles o comerciales, puede v. en KEMELMAJER de CARLUCCI, “Pautas para interpretar el Código” en la edición de Astrea y la Facultad de Derecho de la UNR cit., págs. 7/8. También hay cierta integración con aspectos *procesales* (arts. 705 y ss.). Un despliegue de integración con ciertos sentidos de dominación es la inclusión como título IV del Libro Sexto del *Derecho Internacional Privado*, que debió tener un Código aparte.

ción del derecho civil”⁶¹. Como dice Marcelo Vedrovnik, el Código Civil y Comercial genera una especie de teoría general del derecho entendida como sistema y recomposición de la unidad de las ramas jurídicas en un todo, por ejemplo, al derecho del consumidor con el del medio ambiente, al hablar del acceso al consumo sustentable; en el desarrollo de la teoría general de los títulos valores; en la introducción de partes generales para cada libro, entre otros casos⁶².

Se afirma que la “...apuntada desaparición de toda referencia al “acto de comercio”, al “comerciante” y a lo “comercial” en el nuevo Código y en la ley 26.994, constituye (a nuestro juicio) un “pecado nominalista” ya que no obstante ello, con otras denominaciones y con un método impreciso, lo cierto es que el Derecho Comercial tal como lo hemos conceptualizado, y más allá de la apariencia, en la realidad subsiste y se expande en el nuevo Código, ...”⁶³ La ley especial de sociedades⁶⁴ es una muestra de un criterio de coexistencia de lo civil y comercial, tal vez con relativa desintegración de lo comercial.

El equilibrio entre las respuestas pretendido en el Código Civil y Comercial tiene un importante medio en la inadmisibilidad del fraude a la ley y el rechazo de la violación del orden público (art. 12). La dominación

⁶¹ KEMELMAJER de CARLUCCI, op. cit., pág. 14.

⁶² VEDROVNIK, Marcelo, Prof. Dr., “Palabras del Decano” en la edición del Código Civil y Comercial de Astrea y la Facultad de Derecho de la UNR cit., pág. 2.

⁶³ FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “La Derogación del Derecho Comercial Por el Nuevo Código Civil: Apariencia y Realidad”, Favier Dubois & Spagnolo, <http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-derogacion-del-derecho-comercial-por-el-nuevo-codigo-civil-apariencia-y-realidad/>, 25-11-2015. En las conclusiones se hace referencia a la subsistencia y la expansión del Derecho Comercial.

“En mi opinión, se ha producido una unificación legislativa que no implica que ambas ramas del Derecho pierdan su autonomía científica. Es más, el mantenimiento de la vigencia de algunas leyes especiales en materia comercial, avalan totalmente esta afirmación; así ocurre, por ejemplo, con la normativa sobre Sociedades Comerciales (ley 19.550), letra de cambio y pagaré (dec. ley 5965/63), cheques (ley 24.452), Concursos y Quiebras (ley 24.522), etc.” (BARBIERI, Pablo Carlos, “¿Desde dónde analizar el derecho comercial luego de la sanción del Código Civil y Comercial?”, Infojus, <http://www.infojus.gov.ar/pablo-carlos-barbieri-desde-donde-analizar-derecho-comercial-luego-sancion-codigo-civil-comercial-dacfl50211-2015-03-11/123456789-0abc-defgl120-51fcantircod, 23-11-2015>).

⁶⁴ “LEY GENERAL DE SOCIEDADES N° 19.550, T.O. 1984”.

de las fuentes superiores se muestra en su predominio en la interpretación, que ubica en el neoconstitucionalismo ⁶⁵.

b) El Código Civil y Comercial en la dimensión sociológica

27. Pese a la relativa “civilización” de la codificación, en profundidad el mundo *capitalista* tiende a mostrar un claro debilitamiento de todas las fronteras que separen de lo comercial ⁶⁶. Se suele hacer referencia a la cada vez más notoria conversión del mundo en mercadería. Las respuestas comerciales son crecientemente dominantes.

La nota de elevación del Proyecto de Código Civil de 1998, de gran influencia en la legislación de 2014, decía “En la realidad de las cosas, la unificación sustancial del Derecho civil y del Derecho comercial se ha producido hace mucho en el Derecho vivo -esto es, con palabras de Santini, en el que prescinde de los objetos jurídicos muertos aunque se hallen todavía legislados-, y está en vías de dejar de ser una *vexata quaestio* para los juristas.” ⁶⁷

c) El Código Civil y Comercial en la dimensión dikelógica

28. Aunque la tendencia a la unificación civil y comercial tiene

⁶⁵ A través del Código Civil y Comercial se refuerza la tarea integradora que cumple el bloque constitucional.

⁶⁶ En cuanto a la destrucción de todos los otros estilos de vida por el capitalismo, puede recordarse por ej. K. Marx & F. Engels, “Manifiesto del Partido Comunista”, <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>, 27-11-2015.

⁶⁷ Nota de elevación del Proyecto de 1998 cit. Decía la nota: “El resultado de nuestro trabajo surge del material que acompañamos, el cual contiene el proyecto de Código Civil y Comercial unificado; un proyecto separado de Ley de Derecho Internacional Privado deberá ser tratado simultáneamente con aquél.”

En cuanto al Derecho Internacional Privado, los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial expresan “Se han tenido presentes las soluciones jurisprudenciales y las reflexiones de la autorizada doctrina que enriquece día a día la materia; también, y muy especialmente, el *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003*, pues en buena parte recoge las reformas anteriores, sin obviar el Proyecto Goldschmidt de Código de Derecho Internacional Privado y el Proyecto de Reformas al Código Civil (Comisión Decreto 468/92), entre otros valiosos esfuerzos. (Se puede v. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, 25-11-2015).

numerosos argumentos favorables, sobre todo en nuestro tiempo de predominio del capitalismo, y pese a que el equilibrio entre ambos despliegues puede confiarse al bloque constitucional, consideramos que la *coexistencia diferenciada* de los dos ámbitos puede ser relevante para lograr la difícil integración de los valores *justicia y utilidad* al servicio del supremo valor *humanidad* (el deber ser básico y cabal de nuestro ser).

A nuestro parecer, los proyectos vitales más civiles o comerciales son legítimamente diferenciables. En la legitimidad de los beneficiarios civiles pueden imperar más la justicia con consideración de personas⁶⁸, asimétrica (de difícil comparación de las potencias e impotencias), espontánea (con “contraprestación”) y de participación y la justicia por título de necesidad (merecimientos). En cambio, en la legitimación de los beneficiarios comerciales son más viables la justicia sin consideración de personas (de roles), simétrica (de fácil comparación, generalmente monetaria, de las potencias y las impotencias), conmutativa (con “contraprestación”) y de aislamiento y la legitimación por la conducta (los méritos). No es fácil asimilar, por ejemplo, a Pierre Curie⁶⁹ y Henry Ford⁷⁰.

4) Ejemplos de alcances, dinámica y situación en las fuentes

a) Alcances, dinámica y situación de las fuentes en la dimensión normológica

⁶⁸ No solo de roles.

⁶⁹ Pierre Curie murió en un accidente la mañana del 19 de abril de 1906, mientras iba al laboratorio, al ser atropellado por un coche cuyo(s) caballo(s), asustado(s), le pasó (pasaron) por encima. “El 19 de abril de 1906 era un día lluvioso. A las 14 y 30 Pedro Curie salía de la Facultad de Ciencias y, cuando cruzaba distraídamente la Rue Dauphine, se encontró de pronto frente a un gran carro que se le venía encima. Sorprendido, intentó tomarse de la pechera del caballo, pero resbaló sobre el pavimento mojado y cayó bajo las ruedas; el carro, con su peso de seis toneladas, le pasó por encima, causándole la muerte.” (Vida y obra de Marie Curie – Biografía Curie Esposos Curie, Temas Científicos, http://historiaybiografias.com/una_vida_para_imitar/, 25-11-2015; asimismo v. ESPINAR, Jaime, “María Curie”, 3ª. ed., Bs. As., Atlántida, 1946, págs. 97/8).

⁷⁰ Fundador del “fordismo”. En cuanto al sentido práctico de Ford v. por ej. LUIS, Julián Alfonso, “Las negras historias del automóvil... La otra cara de Henry Ford”, La Guía del Motor, <http://www.guiamotor.com/DetalleNoticia.aspx?noticiald=10605>, 26-11-2015.

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

29. Otro despliegue atendible de las respuestas es el que se produce en relación con las *fuentes*. El Código Civil y Comercial significa cierta delegación de la ley en cuanto a contenidos que se tomarán más directamente de la Constitución, los tratados, especialmente de derechos humanos, los usos, las prácticas y las costumbres, los acuerdos de los interesados, los principios y los valores, a concretar en las sentencias. Hay una minusmodelación de la ley y una plusmodelación dominante de las otras fuentes.

*b) Alcances, dinámica y situación de las fuentes
en la dimensión sociológica*

30. En el nuevo panorama de las fuentes confluyen influencias de la *globalización*⁷¹ y el *neoconstitucionalismo*⁷², motivados en gran medida

⁷¹ Es posible ampliar en nuestro trabajo "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en "Revista del Centro de Investigaciones..." cit., N° 24, págs. 41 y ss. Cabe c. ALTERINI, Atilio A. – NICOLAU, Noemí L. (dir), "El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani", Bs. As., La Ley, 2005.

⁷² Se pueden c. por ej. POZZOLO, Silvana, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", trad. Joseph M. Vilajosana, en "Doxa", 1998 II, págs. 339 y ss., www.cervantesvirtual.com/.../neoconstitucionalismo.../0072d38a-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf, 9-11-2015; CARBONELL, Miguel (ed.), "Neoconstitucionalismo(s)", 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009; "Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos", Madrid, Trotta – UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, cabe c. por ej. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/23/rb/rb14.pdf>, 5-11-2015; CARBONELL, Miguel y otros (coord.), "Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, IV, 2, Biblioteca Jurídica Virtual, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3845>, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/35.pdf>, 5-10-2015; El neoconstitucionalismo en América Latina, https://www.youtube.com/watch?v=AkRfOTt6R_M, 10-10-2015; VIGO, Rodolfo, "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias", Bs. As., Educa, 2015, además Biblioteca Jurídica Virtual, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/33.pdf>, 10-10-2015; "Entrevista al Dr. Luis Prieto Sanchís (España). Neoconstitucionalismo", <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/22/entrevista-al-dr-luis-prieto-sanchis-espana-neoconstitucionalismo/>, 9-10-2015; ZAGREBELSKY, Gustavo, "Constitucionalismo", trad. Francisco Javier Ansuátegui, en "Derechos y Libertades", 17, 29, II época, págs. 19 y ss., <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19935/DyL-2013-29-zagrebelky.pdf?sequence=1>, 20-10-2015; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, "El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano", en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", 45, 133, Scielo, <http://www.scielo.org>.

por la relación a menudo tensa entre la expansión y la resistencia local de la economía y la cultura en general.

*c) Alcances, dinámica y situación de las fuentes
en la dimensión dikeológica*

31. Desde nuestro punto de vista acerca de la justicia, consideramos que es importante que los individuos seamos atendidos en la unicidad, la igualdad y la pertenencia a la comunidad. Por eso creemos valioso que las fuentes superen la globalización en la *universalización* que reconoce e integra las particularidades.

org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332012000100003&script=sci_arttext, 11-10-2015; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Dura lex*, <http://garciamado.blogspot.com.ar/2010/08/prologo-sobre-neoconstitucionalismo.html>, 10-10-2015; Juan Antonio García Amado, *Crítica al neoconstitucionalismo en 5 minutos*, <https://www.youtube.com/watch?v=XNqBnz8CIQM>, 10-11-2015; COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo. Un análisis metateórico”, trad. Miguel Carbonell, en “Isonomía”, 16, págs. 89 y ss., se puede v. http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf, 11-10-2015; SALAZAR UGARTE, Pedro, “El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente”, <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/239.pdf>, 10-10-2015; Mario Chaumet, *El neoconstitucionalismo y su relación con la Teoría General del Proceso*, <https://www.youtube.com/watch?v=5dNvMRtp5og>, 11-10-2015; Guido Aguila, *Parábola del Neoconstitucionalismo, auge y decadencia de un nuevo mito jurídico*, <https://www.youtube.com/watch?v=eOWhyplNZc8>, 10-10-2015. En el neoconstitucionalismo en sentido amplio concurren posiciones iusnaturalistas, “no-positivistas” y positivistas. Con el neoconstitucionalismo se pasa de la referencia al Estado de Derecho “legal” al Estado de Derecho constitucional. En esta línea de pensamiento hay coincidencias con el denominado “activismo judicial” (es posible v. MARANIELLO, Patricio Alejandro, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>, 9-10-2015; MANILI, Pablo, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en “La Ley”, 2006-D, págs. 1285 y ss., http://www.pablomanili.com.ar/art_activismo.doc, 10-10-2015).

V. sin embargo CHAUMET, Mario E. – MEROI, Andrea A., “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, en “La Ley”, 2008-D, págs.717 y ss.; “Constitucionalización del derecho y remodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho un juego de los jueces?”, en [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf), 9-11-2015. C. además REDONDO, M. B., “Due process in the Neoconstitutionalism”, en e-universitas | U.N.R. Journal // Year 08// Volume 01 //Nov. 2015, www.e-universitas.edu.ar, 9-11-2015.

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

Valdrá considerar si el predominio directo de los tratados de derechos humanos y la Constitución, subrayado en el Código Civil y Comercial, brinda resultados más justos.