



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

CENTRO DE INVESTIGACIONES  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL

# INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA

Nº 37



FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

**enero / diciembre 2004**

©

Registro de la Propiedad Intelectual Registro N° 305618, Formulario N° 08253

**Propietaria: Fundación para las Investigaciones Jurídicas**

San Lorenzo 1155, 8° “A”, Rosario (Código Postal 2000), Argentina

CUIT 30-68913973-2

---

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Córdoba 2020, 2000 Rosario - Argentina

Salvo indicación expresa “Investigación y Docencia” no se identifica necesariamente con las opiniones y los juicios que los autores sustentan.

**Director responsable:** Doctor Miguel Angel Ciuro Caldani

Tirada: 150 ejemplares.

## **AUTORIDADES**

### **UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO**

**Rector:** Dr. CP Ricardo Suárez

### **FACULTAD DE DERECHO**

**Decano:** Dr. Ricardo I. Silberstein

**Vicedecano:** Dr. Carlos Hernández

#### **Consejeros Directivos**

##### **Consejeros Docentes**

Daniel Erbetta  
Ernesto Granados  
Alfredo Althaus  
Mario Chaumet  
María Cristina Vélez  
José María Lombardero  
Miriam Pasquinelli  
Jorge Stähli  
Martha Andrada  
Daniel Boccoli

##### **Consejero No Docente**

Ricardo Torrano

##### **Consejeros Estudiantiles**

Cristian Orbe  
Lucas Giandomenico  
Julieta Calogero  
Malena Corvalán  
Mauricio Malano  
Gastón Garetto  
Ignacio Baldarenas  
Leticia Faccendini

##### **Consejero Graduado**

Edgardo D'Agostino

### **CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL**

**Director:** Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani (Investigador del Conicet)

**Subdirectora:** Dra. María Isolina Dabove (Investigadora de la UNR)

**Secretario Técnico:** Dr. Walter Birchmeyer (Docente de la Facultad)

**Responsable Area Derecho de la Educación:** Dr. Gonzalo Alvarez.

**Docentes adscriptos:** Dra. Erika Nawoiczuk y Dr. Mariano Morelli.

**Árbitros científicos ad-honorem**

Dr. Germán José Bidart Campos (†)

Dr. Roberto H. Brebbia

Dra. Noemí L. Nicolau

Dra. Alicia M. Perugini

Dr. Nelson Saldanha

Dr. Jean-Marc Trigeaud

# INDICE

## IN MEMORIAM

*Profesor Doctor German J. Bidart Campos.....7*

## DOCTRINA

BENTOLILA, Juan José

*Contenidos jusfilosóficos en “Don Carlos” de  
Giuseppe Verdi.....13*

CIURO CALDANI, Miguel Angel

*Aportes de análisis económico del Derecho para la teoría trialista  
del mundo jurídico .....21*

*Bases para la comprensión profundizada de la parte especial del Derecho  
Internacional Privado (con especiales referencias a la capacidad y el estado  
de las personas físicas y la validez intrínseca de los contratos).....39*

*Nuevas reflexiones sobre la bases y la evolución del Derecho Internacional  
Privado, con especial referencia al Derecho Internacional Privado argentino....49*

*Reflexiones de Derecho de la Cultura, Derecho Universal y Derecho  
Internacional Privado en relación con la guerra de Irak .....55*

GALATI, Elvio

*Karl Popper y el falsacionismo falsado (aportes al mundo jurídico desde  
la filosofía de la ciencia).....65*

## REEDICION

CIURO CALDANI, Miguel Angel

*Aportes para una teoría de las respuestas  
jurídicas.....85*



## **IN MEMORIAM: PROFESOR DOCTOR GERMAN J. BIDART CAMPOS**

El 3 de septiembre de 2004 falleció en Buenos Aires a los setenta y seis años el profesor doctor Germán José Bidart Campos, uno de los árbitros científicos de “Investigación y Docencia” y la “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”. Había nacido en la misma ciudad el 9 de diciembre de 1927 y se había recibido de abogado en 1949 y de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en 1953, en la Universidad de Buenos Aires.

Bidart Campos dejó una importantísima obra científica y docente. Entre las decenas de libros que escribió, se encuentran “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, “Grupos de presión y factores de poder”, “El Orden Socioeconómico en la Constitución”, “La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos”, “Teoría General de los Derechos Humanos”, “El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa”, “Filosofía del Derecho Constitucional”, “Teoría del Estado” y “Las Transformaciones Constitucionales en la Posmodernidad”. Muchos centenares de artículos completan la gigantesca producción del gran jurista fallecido. Dirigió el diario “El Derecho”, brindándole con su desempeño una orientación amplia profundamente arraigada en lo que consideramos el núcleo del pensamiento cristiano.

El profesor Bidart Campos se desempeñó en diversas Universidades. Luego de muchos años de docencia en la Casa de su graduación, fue designado profesor emérito de la misma en 1995. Durante varios años dirigió el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la citada Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dejó una gran cantidad de discípulos, muchos de ellos continuadores de su gran brillo. Actuó como asesor en la Convención Constituyente de 1994.

Con la apertura mental y vital que suele caracterizar a los verdaderos maestros, Bidart Campos adoptó constantes actitudes integradoras: del Derecho Constitucional en el Derecho; de éste en la historia y en la Cultura toda; de la alegría y la amistad en la persona y de la persona en el universo en su conjunto. Fue un maestro del Derecho Constitucional, del Derecho y de la vida. Su personalidad es un desafío de preguntas y respuestas para nuestra construcción vital.

Más que un especialista, Bidart fue un filósofo del Derecho Constitucional, y a través de su interés por la profundidad de esta rama jurídica alcanzó la problemática del Derecho todo. Fue director del Registro Civil de la Capital, tarea documentada en el libro “Resoluciones y dictámenes del Registro Civil de la Capital Federal”, en la que evidenció que esa orientación principal al Derecho Constitucional era complementada con la comprensión honda de muchos otros ámbitos jurídicos, incluso el Derecho Internacional Privado.

Su comprensión del Derecho, inscripta en la construcción integrativista y en gran

medida inspirada en la teoría trialista del mundo jurídico fundada por Werner Goldschmidt, le permitió abarcar ese objeto con perspectivas normativas, sociales y valorativas de gran interés y facilitó que su personalidad abierta y profunda se expresara en plenitud.

Bidart refirió las normas a la realidad social de los proyectos de adjudicación de las que emergen, los repartos. Aunque tuvo clara conciencia de las dificultades para conceptuar la vida, las nociones de “potencia” e “impotencia” le significaron relevantes aperturas a lo que la favoreciera o la perjudicara. Al considerar la realidad social, tuvo conciencia de los límites de la conducción y prefirió en principio que ésta fuera autónoma y no autoritaria, incluso que su orden fuera espontáneo y no planificado. Al tratar las normas, no sólo se ocupó de interpretarlas sino tuvo en cuenta su cumplimiento y las sujetó a consideraciones de valor. Al fin, siempre procuró que las normas y las adjudicaciones fueran justas. Con firmeza, concretó, en cada momento, una profunda vocación humanista. Su empeño en afirmar los valores de la Constitución en la realización práctica, vinculándolos con el contexto internacional de los derechos humanos, fue francamente destacado.

Ajeno a las abstracciones que aíslan de la realidad, Bidart reconoció y esclareció el sentido histórico del Derecho. Supo acompañar el desarrollo del núcleo del Derecho Público con la inclusión de los derechos humanos. En la tensión entre economía y democracia, muy frecuente en nuestro tiempo, defendió los alcances de esta última. Aunque no fuera, tal vez, la interpretación de la intención concreta de los constituyentes históricos, se pronunciaba por una interpretación amplia de la Carta a favor de la democracia, no del liberalismo económico. Decía, por ejemplo, en un artículo publicado en “El Derecho” en 1986 (t. 117, pág. 761), que “La libertad que la Constitución manda asegurar debe ser liberación económica de la sociedad y de los hombres, liberación de la pobreza, desarrollo”; “... la libertad económica es un haz de la libertad indivisible que hace de tronco y eje de la democracia”.

La sonrisa que con frecuencia iluminaba el rostro del gran jurista era una expresión de la profunda “sim-patía” y la alegría con que su personalidad abierta y cordial se refería a quienes lo rodeaban, a lo que lo rodeaba. Su amistad generosa, honda y duradera con el maestro Goldschmidt es, para nosotros, un título que lo hace merecedor de particular reconocimiento. Con diversas proyecciones humanas, fue amigo cabal de personalidades muy distintas, de modo que pudo serlo del gran universitario germano-hispano-argentino y de Raúl Alfonsín.

El final que eligió para sus restos mortales en el Cementerio de Luján, entregados con humildad y en silencio a la tierra, en espacio compartido con su madre, es otra muestra de la grandeza de su personalidad integrada en el cosmos. El caso de Bidart Campos es uno de los que muestran que, al menos en este mundo, la hora de la muerte puede ser “la hora de la verdad” y de la última gran enseñanza..

Toda la posición teórica de Bidart Campos era una parte hondamente expresiva de su personalidad.



La obra del maestro tuvo amplio reconocimiento internacional y motivó múltiples distinciones, entre las que cabe mencionar sus nombramientos como doctor Honoris Causa por la Universidad de San Martín de Porres de Lima, en 1986; Profesor Distinguido por la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1987; Profesor Honorario por la Universidad Mayor de San Marcos de Lima y Profesor Extraordinario Honorario con distinción de Académico Ilustre por la Universidad Nacional de Mar del Plata, en 1994. Era miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Asimismo era miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid. En 2003 fue declarado ciudadano ilustre de la ciudad de Buenos Aires.

En 1991 Germán Bidart Campos nos hizo partícipes de la dedicatoria del libro “Teoría del Estado” indicando en el texto de referencia: “con entrañable amistad, para elogio de la tarea académica y docente que cumplen con perseverancia y brillo, en la libertad que es atributo de la inteligencia y en la independencia que es fruto de la libertad”. En cuanto nos concierne, creemos que esos rasgos que el gran maestro vio en nosotros fueron realizados, de manera descollante, en su propia personalidad.

La personalidad de Bidart Campos “com-promete”. Hay que seguir desarrollando su obra. El Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario organiza, para marzo próximo, unas “Jornadas de Filosofía de las Ramas del Mundo Jurídico” en su homenaje.

Invito a continuar la trayectoria del gran maestro. Seguramente, como se relata del filósofo antiguo, él dirigiría su brindis, más que a quienes lo sigan, a quienes lo superen ...

Miguel Angel Ciuro Caldani



## DOCTRINA



# CONTENIDOS JUSFILOSOFICOS EN **“DON CARLO”** DE GIUSEPPE VERDI \*

JUAN JOSÉ BENTOLILA \*\*

Con la finalidad de introducir al estudio del tema que nos convoca, hemos decidido comenzar por el encuadre histórico de la ópera “*Don Carlo*” de Giuseppe Verdi (1813-1901). Cabe mencionar que el libreto pertenece a François-Joseph Méry y Camille du Locle. El grandioso tema del “*Don Carlos*” de Schiller, sugirió a Verdi, en 1850, el punto de partida para la presente obra. La primera representación tuvo lugar en el año 1867 en París.

En la actualidad, es usualmente escuchada la versión italiana de cuatro actos, a la cual se le ha suprimido el primer acto de la versión francesa. Esta variación rompe de algún modo el hilo conductor de la historia, generando mayores dificultades en la comprensión de la relación entre Carlos y Elisabetta.

Dos advertencias previas deben hacerse. La primera en torno a la dudosa fidelidad de la obra en relación a los datos históricos. La segunda, destacar que la obra en análisis es, en realidad, una sucesión de diferentes actos con escasa conexión dramático - musical entre

\* Trabajo presentado a la Jornada sobre “*Contenidos jusfilosóficos de la ópera*”, organizada por la Cátedra Interdisciplinaria “*Prof. Dr. Werner Goldschmidt*” del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y el Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario con el auspicio de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 27 de diciembre de 2002.

\*\* Docente de la Cátedra “A” de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

ellos, lo cual, en cierta medida, se revela en el desarrollo de la trama.

## 1. Sinopsis

### Acto I. Escena 1.

*La versión italiana, a la que referiremos, comienza en los claustros del monasterio de San Yuste, Madrid, en 1558.*

Un monje está rezando ante el monumento a Carlos V, abuelo de Don Carlos. Carlos está desesperado porque su padre, Felipe II, ha desposado a Elisabetta de Valois (hija del rey francés). Él recuerda su primer encuentro con ella en el bosque de *Fontainebleu*. Fue amor a primera vista. Haber perdido a Elisabetta hace que su vida no muestre signo alguno de alegría. Él está estupefacto ante la voz del monje, en la cual cree reconocer la de su abuelo muerto.

Rodrigo, Marqués de Posa, entra y los dos amigos se saludan cálidamente. Carlos confía a Rodrigo que él y Elisabetta, hija del Rey de Francia, están enamorados. Rodrigo le aconseja tratar de olvidar esta pasión por la mujer que es ahora su madrastra, y entregar sus energías a ayudar a la gente oprimida de Flandes, que sufren bajo la regla represiva de Felipe II, el padre de Carlos. Carlos acepta.

Carlos y Rodrigo observan cómo Felipe y Elisabetta llegan a rendir culto a la tumba de Carlos V.

Carlos y Rodrigo juran eterna amistad y devoción a la causa de la libertad en Flandes.

### Acto I. Escena 2.

*Un jardín fuera de los claustros.*

Las damas de compañía de Elisabetta están aguardando el regreso de la Reina. Una de ellas, la Princesa Eboli sugiere pasar el tiempo cantando, y los entretiene con la Canción del Velo. La Reina se reúne con ellos, seguida por Rodrigo quien, bajo la excusa de entregar una carta de la madre de la Reina, le da una nota de Carlos.

Mientras Rodrigo ocupa a Eboli con los últimos comentarios de Francia, Elisabetta lee la carta en la cual Carlos requiere una audiencia. Luego de gran duda, y con el aliento de Rodrigo, la Reina acepta ver a Carlos.

Carlos entra, la Reina ha despedido a sus damas y acepta intentar persuadir a Felipe para que mande a Carlos a Flandes como Gobernador. Él la acusa por su indiferencia al amor que él siente, pero ella se muestra decidida a seguir con su deber, lo cual hace que Carlos se desespere.

Felipe arriba del monasterio, y, furioso por encontrar a su esposa sin compañía, se apresura a exiliar a la Condesa de Aremberg, quien debía estar atendiendo a la Reina. Elisabetta consuela a la Condesa.

Mientras todos se van, Felipe llama a Rodrigo y lo conmina a hablarle francamente. Rodrigo ruega al Rey a adoptar una actitud más liberal en relación a Flandes. Felipe, en cambio, advierte a Rodrigo a cuidarse del Gran Inquisidor. Y entonces le confía sus sospechas en relación a la Reina y Carlos, requiriendo a Rodrigo su vigilancia. Alentado por la confianza del Rey, que le hace imaginar que quizás en un tiempo pueda persuadirlo a adoptar un curso de acción más humano en Flandes, Rodrigo acepta el cometido.

### **Acto II. Escena 1.**

*El jardín de la Reina en Madrid.*

Carlos entra, leyendo una carta anónima que él cree ser de la Reina. En ese momento, una mujer cubierta con un velo aparece. Él la abraza y le declara su amor. La dama descubre el velo y Carlos, con dolor, descubre que es la Princesa Eboli. Él intenta disimular, pero Eboli rápidamente se da cuenta de que es a la Reina a quien él ama. Rodrigo llega y trata sin éxito de excusar a Carlos.

Eboli está resuelta a revelar al Rey el amor de Carlos por Elisabetta. Carlos intenta matarla, pero ella escapa luego de una feroz discusión, determinada a tomar venganza.

Rodrigo le pide a Carlos que le entregue cualquier documento incriminatorio que él pudiera tener. Luego de un momento inicial de sospecha de su amigo, quien es ahora íntimo del Rey, Carlos le da un manojo de cartas.

### **Acto II. Escena 2.**

*La plaza de la Catedral de Nuestra Señora de Atocha.*

Una multitud se ha reunido para asistir a un auto de fe y quema de herejes. La procesión real, incluyendo a Elisabetta y Rodrigo, arriba ante la Catedral. Un heraldo anuncia la salida del Rey de la Catedral. Mientras el Rey desciende los escalones de la Catedral, después de su coronación, una comitiva de Flandes, liderada por Carlos, aparece, rogando a Felipe que muestre clemencia. Felipe ordena que sean expulsados. A los continuos pedidos de los representantes, se suman Elisabetta, Rodrigo y el pueblo, con la oposición de los monjes.

Felipe descarta el pedido de Carlos para la Gobernación de Flandes, en respuesta a lo cual Carlos desenvaina su espada en contra de su padre. El Rey, furiosamente, empuña su propia espada y, a los fines de salvar a Carlos, Rodrigo le pide que se rinda. Sorprendido, Carlos así lo hace y la procesión continúa mientras él es llevado bajo guardia.

Unas llamas se levantan en el patíbulo, mientras se escucha una voz celestial dando la bienvenida al paraíso a las almas de los herejes.

### **Acto III. Escena 1.**

*El gabinete del Rey.*

Felipe discurre en soledad sobre su matrimonio sin amor, prediciendo que irá solo a su

tumba. Llega entonces el Gran Inquisidor y el Rey lo consulta sobre cómo actuar en relación a la rebelión de Carlos. El Inquisidor lo impulsa a admitir la muerte de Carlos, y demanda la entrega de Rodrigo al Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición.

Luego de que el Inquisidor se ha retirado, Elisabetta entra reclamando su cofre de joyas que ha sido robado. Éste se encuentra sobre el escritorio de Felipe y él la fuerza a abrirlo. Es entonces que descubre un minúsculo retrato de Carlos. Cuando él llama adúltera a la Reina, ésta se desmaya. Felipe llama por ayuda y entran Eboli y Rodrigo. Allí comienza un extenso cuarteto en el cual todos expresan sus variadas emociones, en tanto la Reina se recobra.

Cuando Eboli es dejada sola con la Reina, confiesa, no sólo que robó el cofre, sino también que ha sido la amante del Rey. Profundamente impactada, Elisabetta le ordena elegir su destino entre las opciones del exilio y la reclusión en un convento. La Reina parte, y Eboli, amargamente arrepentida, maldice el don de su belleza que la ha hecho perder. Decide entrar en un convento, pero no antes de intentar salvar a Carlos de su inminente muerte.

### **Acto III. Escena 2.**

#### *Un calabozo.*

Carlos es visitado por Rodrigo, que ha venido a sacrificar su vida por su amigo y por la causa de Flandes, y quien le cuenta que no tiene mucho tiempo para vivir: ha arreglado para que las cartas incriminantes que ha tomado de Carlos sean encontradas en su poder. Mientras los amigos están hablando, un hombre en uniforme de la Inquisición entra en la prisión y le dispara a Rodrigo.

Rodrigo entonces cuenta a Carlos que la Reina estará esperando por él para despedirlo, en el Monasterio de San Yuste, al día siguiente. Antes de morir, le ruega a Carlos que proteja a Flandes.

El Rey entra con miembros de su corte pero, cuando Felipe intenta abrazar a su hijo, Carlos lo rechaza. Una multitud de ciudadanos irrumpe en la prisión para demandar la liberación de Carlos. En la confusión, Carlos escapa urgido por Eboli. El Gran Inquisidor repentinamente se deja ver.

### **Acto IV.**

#### *Los claustros del Monasterio de San Yuste.*

Elisabetta se encuentra rezando ante la tumba de Carlos V. Cuando Carlos llega, ella le recuerda la promesa de liberación de Flandes que le hizo a Rodrigo. Carlos le asegura que ahora ha sublimado su amor por ella, en su determinación por liberar Flandes.

En ese momento son interrumpidos por la repentina llegada del Rey con el Gran Inquisidor y oficiales de la Inquisición, y el Rey ordena el arresto de Elisabetta y Carlos. Enarbolando su espada, Carlos retrocede hacia la tumba de su abuelo.

El monje a quien tempranamente había oído rezar, aparece, vestido en un traje real y con



la corona de Carlos V, e introduce a Carlos dentro del claustro, mientras el Rey, el Inquisidor y los guardas exclaman que ese monje es, en realidad, Carlos V.

## 2. Contenidos Jusfilosóficos

En relación a los contenidos jusfilosóficos presentes en la ópera que nos ocupa, podemos destacar algunos que, sin pretensión de ser exhaustivos, nos han parecido relevantes.

Utilizaremos para el presente estudio las categorías brindadas por la teoría trialista del mundo jurídico <sup>1</sup>.

2.1. La obra comienza con la fijación de determinados roles familiares que, a través de la *función integradora* de la norma, generan *materializaciones normativas personales* (esposa – madrastra / hijastro).

Éstas producen *límites normológicos* a la relación (reparto autónomo) existente entre Carlos y Elisabetta de Valois. Así, el hecho de que Elisabetta haya desposado a Felipe II, veda toda posibilidad de exteriorización aceptable de los sentimientos existentes entre la madrastra y el hijastro.

La mujer amada se vuelve prohibida (a través del tabú del incesto) por haber pasado a integrar el mismo *totem* que el amante, y todo mediante una conexión netamente normativa.

Como, en realidad, el grado de *fidelidad* y *exactitud* de la norma prohibitiva está en juego, la ordenanza encuentra un límite propio de este tipo de repartos, la desobediencia ante la situación vital. Y si bien la desobediencia no excede de algunos encuentros furtivos, que derivan en mutuas declamaciones de amor sin soslayar el deber, lo cierto es que esta tensión está presente en toda la ópera.

2.2. Quizás esta tensión es la que fija, en cierto modo, la relación antagónica entre Carlos y Felipe, entre hijo y padre; lucha que luego se trasladará al campo político.

En alguna medida, Carlos ve quebrado el acuerdo al que se había llegado, por el cual se suponía que él iba a desposar a Elisabetta, responsabilizando por ello a la autoridad del padre.

Cabe destacar que la obra se halla estructurada (como veremos) en torno a la autoridad, minimizándose las posibilidades de soluciones autónomas. Igualmente, debe decirse que el matrimonio (reparto que, en este particular caso, se construye en función de la autoridad) es una manifestación autoritaria interpenetrada en un marco de autonomía: la necesaria alianza con Francia. Es interesante conocer los despliegues políticos involucrados, en tanto el matrimonio en cuestión aparece en relación de medio a fin con la citada alianza.

2.3. En otro orden de ideas, encontramos referencias a un orden establecido bifronte.

<sup>1</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987. P. v. también CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas – Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

Así, por un lado se resalta la importancia que se le atribuye a la figura de Carlos V (abuelo de Carlos), quien representa el poder del Estado. Y por otra parte, la figura del Gran Inquisidor que simboliza el poder de la Iglesia.

Estos dos elementos se presentan en una *complejidad impura*, y posiblemente por ello es que encontramos intersecciones en los ámbitos de competencia de los diferentes estamentos. En España gobiernan el Estado y la Iglesia y, más aun, se disputan espacios de poder, como puede observarse claramente en la confrontación entre el Rey y el Gran Inquisidor (acto III, escena 1).

Esto nos lleva a delinear una concepción *jerarquizadora* del Derecho, directamente referenciada al jusnaturalismo católico. Así, España aparece regimentada por una mixtura de elementos humanos con elementos divinos.

Inclusive la misma jurisdicción es presentada como concurrente, en ocasión del auto de fe en la plaza frente a Nuestra Señora de Atocha (acto II, escena II). Y no olvidemos que a Rodrigo lo ajusticia “*ilegalmente*” (desde el punto de vista de la norma estatal, que no posiblemente desde la norma divina) la inquisición (acto III, escena 2).

2.4. Lo que llevamos dicho nos conduce directamente al problema de la libertad de cultos. Y es tema recurrente la situación de las colonias protestantes de Flandes.

Carlos se presenta como el abierto defensor de los protestantes de Flandes, al punto de desenvainar su espada contra el Rey (acto II, escena 2).

Rodrigo, por el contrario, muestra una posición ambivalente en lo público, aunque privadamente siga a Carlos. En realidad, esta postura tiene móviles dudosos. Sabemos que Rodrigo es, ante todo, un amigo fiel, pero no sabemos si es un político hábil. Ahora bien, algo es indubitable: el acuerdo de amistad entre ellos y de devoción a la causa de Flandes (acto I, escena 1) enfrenta directamente al Rey, subvirtiéndose la *autonomía* contra el valor *autoridad*.

Lo que sí queda claro es que, desde la óptica de Felipe II, que tiene en sus manos un imperio grandioso al que pretende mantener “*puramente*” católico, es aceptable el sacrificio de los espacios de autonomía en función a la autoridad. Claro está, Felipe encuentra en Carlos, en Rodrigo, y en los protestantes de Flandes, un obstáculo: el *límite psíquico*, el *límite espiritual*. El Derecho (aún el canónico) no se presenta como una herramienta eficaz para modificar determinadas convicciones, más profundas aún. Por el contrario, lo único que suele lograrse con este antagonismo, es el fracaso de la ordenanza en virtud de los límites anteriormente citados.

2.5. Seguidamente, debe destacarse el paralelismo entre dos mujeres: Elisabetta y Eboli. La primera ha sacrificado su vida al deber que la norma conyugal le impuso. La segunda prefiere ocultarse tras un velo (acto I, escena 2; acto II, escena 1). Es que Eboli es, de algún modo, la encarnación de la traición. Y traiciona a Elisabetta, tanto en función del amor no correspondido (Carlos), como de las ansias de poder que la llevan a mantener una relación

ilegítima con el Rey. Es significativo, también, trazar el paralelo entre la lealtad de Rodrigo y la deslealtad de Eboli.

Pero detrás de la deslealtad de Eboli se adivinan mayores lecturas. Se adivina una mujer desgarrada por la ambivalencia, se adivina el anticipo de un Rey que elige sacrificar al hijo y salvar al subordinado fiel (Rodrigo), se adivina el retrato de España. Enriquece significativamente nuestro análisis, el estudio de los móviles que empujan a cada sujeto a la toma de decisiones.

Por otra parte, esto constituye una nueva lectura en el recurrente debate entre autonomía y autoridad. Y Eboli primero sacrifica la autoridad (actuando como Carlos, aunque su propia causa se presente como innoble en relación a la de aquél, por perseguir valores diversos), para después arrepentirse (tomando como modelo a la sumisa Elisabetta) y someterse a los designios de la Reina.

2.6. En relación al Derecho Procesal y a la justicia correctiva, encontramos que el Rey exilia a la Condesa de Aremberg (acto I, escena 2), por haber abandonado a la Reina, soslayando toda posibilidad de *audiencia*. No hay *proceso*, sólo mera imposición.

En cambio, en el caso de la condena a Eboli (acto III, escena 1), la Reina brinda la posibilidad de que sea la condenada quien realice la tarea de *determinación* de la norma (con el objeto de elegir la pena: será entre el convento y el exilio), previa audiencia de la misma. Curioso es que, en este caso, se desplaza la potestad jurisdiccional del Juez natural (el Rey) hacia la víctima de la ofensa (la Reina).

2.7. Ello nos lleva a un problema del Derecho Penal: la adecuada *proporcionalidad* entre el delito y la pena; y a otro de la axiología dikelógica: la cuestión referida a la *justicia distributiva*. Y es que, en verdad, no se comprende del todo el distinto tratamiento entre estos dos casos, que constituye una violación de los principios indicados.

Quizás, en realidad, la solución principie en una concepción de justicia distributiva *con acepción de personas*: Aremberg era condesa, Eboli princesa.

2.8. En fin, la *justicia legal* (como no podía ser de otra manera) termina siendo la protagonista innombrada, pues todos los personajes de la trama (Felipe, Carlos, Rodrigo –quien sacrifica su vida por su ideal-, el Inquisidor, Elisabetta) en realidad tienen como constante móvil el bien común, construido en todos los casos desde diferentes discursos.

2.9. Por último, en relación a la escena final, ella no hace más que reforzar los elementos dramáticos, con una nueva reflexión en torno a la superioridad de la justicia divina por sobre la humana, nueva elección en torno al modelo jusnaturalista.

Así, el espectro de Carlos V, representa, en definitiva, la justicia *pantónoma* que salva a Carlos de la justicia *fraccionada* de Felipe y del Inquisidor. La elección por Carlos también implica en este caso la elección por Flandes y el protestantismo. Como si esa elección justificara y legitimara sin más, desde el más allá omnisciente, la lucha por la libertad de cultos.

Es que, si bien Carlos V simboliza lo sobrenatural irrumpiendo en el devenir humano, aquel elemento no está claramente identificado con la sobrenaturalidad católica, sino con una sobrenaturalidad diversa, construida por el autor del guión quien, claro está, perseguía la difusión de otro mensaje diferente.

3. La complejidad de los despliegues de la trama nos revela la gran tensión entre *autonomía y autoridad*, la confrontación entre derecho divino y derecho terrenal, las diversas clases de justicia en pugna.

En definitiva, la presente ópera reproduce problemas jurídicos que responden a las complejidades presentes en la vida misma.

# APORTES DE ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO PARA LA TEORIA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO

(Con especial referencia a la formación de un fondo de incentivo  
para el rescate de la vida nueva)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*)

## I. Nociones básicas

1. La *teoría trialista del mundo jurídico*, construida dentro de la gran corriente *integrativista* y en el marco del *tridimensionalismo*, propone edificar el objeto de la ciencia del Derecho como un conjunto de repartos de lo que favorece al ser y la vida (“potencia” e “impotencia”) (dimensión sociológica), captados por normas que los describen y los integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica) <sup>1</sup>.

Como lo destacó el fundador del trialismo, Werner Goldschmidt al menos ya en la cuarta edición de su “Introducción al Derecho” (de 1972), el trialismo presenta una *complejidad pura*, integradora de las tres dimensiones y superadora de la complejidad impura que mezcla

(\*)Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNR. Investigador del CONICET.

<sup>1</sup> Es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958; “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; 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.

<sup>2</sup> GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., págs. XVII/XVIII.

<sup>3</sup> Cabe tener en cuenta nuestro estudio “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.

<sup>4</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, “Filosofía, Historia y Derecho”, Bs. As., Abeledo, 1953, págs. 121/2.

las dimensiones pero también de la simplicidad pura que aísla el despliegue jurídico dejando fuera aspectos que nos parecen de enorme interés <sup>2</sup>. Venimos destacando desde hace largo tiempo que el trialismo, filosofía de la complejidad pura, presenta un sistema abierto a la integración de *aportes* de otras investigaciones <sup>3</sup>. El maestro Goldschmidt subrayaba que el hombre filósofo, como ser “cosmocéntrico”, rima “*et-et*”, no “*aut-aut*” <sup>4</sup>.

En este marco de una teoría “abierta” para mentes “abiertas”, el trialismo puede enriquecerse con múltiples contribuciones de otro origen y, en nuestro caso, sin desconocer las diferencias entre las dos corrientes, nos referimos a las posibilidades de nutrir el despliegue trialista con desarrollos que, luego de la fundación del trialismo (en 1958), ha venido produciendo el *análisis económico del Derecho* <sup>5</sup>.

2. Suele decirse que lo común y definitorio del análisis económico del Derecho es la “aplicación de la teoría económica en la explicación del Derecho” y que este análisis “tiene

<sup>5</sup> Panoramas generales del análisis económico del Derecho pueden v. por ej. en MERCADO PACHECO, Pedro, “El análisis económico del derecho”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994; DURAN Y LALAGUNA, Paloma, “Una aproximación al análisis económico del Derecho”, Granada, Comares, 1992; también c. por ej. “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, N° 21, “Derecho y Economía”, especialmente v. gr. TAVANO, María Josefina, “¿Qué es el análisis económico del Derecho?”, págs. 11 y ss.; LORENZETTI, Ricardo Luis, ““Análisis económico del Derecho”: valoración, crítica”, págs. 61 y ss.; GONZALEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, “El análisis económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación”, en “Doxa”, 15-16, II, págs. 929 y ss., [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01837097549026051654435/cuaderno15/volIII/doxa15\\_24.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01837097549026051654435/cuaderno15/volIII/doxa15_24.pdf) (14-7-2004); HIERRO, Liborio, “La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)”, en “Doxa”, 15-16, II, págs. 945 y ss., [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01837097549026051654435/cuaderno15/volIII/doxa15\\_25.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01837097549026051654435/cuaderno15/volIII/doxa15_25.pdf) (14-7-2004); BAYON, Juan Carlos, “Eficacia e inalienabilidad”, en “Doxa”, 15-16, II, págs. 971 y ss.; [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01837097549026051654435/cuaderno15/volIII/doxa15\\_26.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01837097549026051654435/cuaderno15/volIII/doxa15_26.pdf) (14-7-2004); CRACOGNA, Dante, “Aproximación al análisis económico del Derecho”, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, t. 12, págs. 257 y ss. Cabe c. por ej. POSNER, Richard, “The Economics of Justice”, 6ª. ed., Cambridge, Massachussets – Londres, 1996; CALABRESI, Guido, “Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law”, Syracuse, Syracuse University Press, 1985; COASE, R. H., “La empresa, el mercado y la ley”, trad. Guillermo Concome y Borel, Madrid, Alianza, 1994. Es posible v. nuestro estudio “Notas sobre Economía y Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 23, págs. 43 y ss. Cabe c. The Journal of Law, Economics, & Organization, <http://jleo.oupjournals.org/> (9-7-2204); Berkeley Center for Law, Business and the Economy, [http://www.law.berkeley.edu/institutes/law\\_econ/](http://www.law.berkeley.edu/institutes/law_econ/) (9-7-2004); Encyclopedia of Law and Economics, <http://encyclo.findlaw.com/> (9-7-2004); “Los economistas” de ecobachillerato. com, Ronald H. Coase, <http://www.educa.aragob.es/iespgaza/ecobachillerato/economistas/coase.htm> (10-7-2004); msn. Encarta, Ronald H. Coase, [http://es.encarta.msn.com/Ronald\\_H\\_Coase.html](http://es.encarta.msn.com/Ronald_H_Coase.html) (10-7-2004); Ronald Harry Coase, 1991, <http://www.cddhcu.gob.mx/camdip/ecoleg/addem12.htm> (10-7-2004); Yale Law School Faculty, Guido Calabresi, <http://www.law.yale.edu/outside/html/faculty/gc3/profile.htm> (9-7-2004); The University Of Chicago, The Law School, Richard A. Posner, <http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r/> (9-7-2004); Law and Economics; Susan Rose-Ackerman (Yale Law School), <http://www.csweb.org/ackerman.html> (14-7-2004); Universidad Externado Colombia, Página de Análisis Económico del Derecho, <http://atecex.ueexternado.edu.co/~aed/> (9-7-2004); Gaceta de Economía, Año 5, Núm. 9, Comentarios a los fundamentos filosóficos del Análisis Económico del Derecho de Robert Cooter, Rodolfo Vázquez, <http://www.itam.mx/eventos/>

su origen en dos trabajos aparecidos a principios de los años sesenta, uno de un economista, Ronald H. Coase, y otro de un jurista, Guido Calabresi”<sup>6</sup>.

Sin desconocer las muy importantes diversidades internas en el panorama de la corriente del análisis económico del Derecho (escuelas de Chicago, de Yale o de New Haven, de Virginia, de Génova ...<sup>7</sup>), cabe señalar algunas características comunes del movimiento indicado que pueden contribuir al *desenvolvimiento* del trialismo<sup>8</sup>. Es relevante, sin embargo, reconocer asimismo las *anticipaciones* de temas que formuló el trialismo y que aparecen también en el análisis económico del Derecho.

3. Nada nuevo se dice si se afirma que las personas toman sus decisiones según sus intereses y que ordenan medios a fines, y no compartimos la creencia de que los seres humanos son “racionales” maximizadores de sus satisfacciones, en el sentido de las decisiones de mercado o en sus proyecciones a las otras actividades de la vida; de modo que un aparato

publicaciones/geconomia/vazquez9.PDF (13-7-2004); The University of Chicago Press, Journals Division, The Journal of Law & Economics, <http://www.journals.uchicago.edu/JLE/home.html> (14-7-2004); American Law & Economics Association, <http://www.amlecon.org/> (14-7-2004); Journals Kluwer online, European Journal of Law and Economics, Kluwer <http://www.kluweronline.com/issn/0929-1261/contents> (14-7-2004); FindLaw for Legal Professionals, Law and Economic Resources, <http://lawecon.lp.findlaw.com/> (14-7-2004); Canadian Law and Economics Association, <http://www.chass.utoronto.ca/clea/> (14-7-2004); Enciclopedia Multimedia Virtual Interactiva Economía, El teorema de Coase y sus implicaciones según “el problema del coste social”, por Pablo Miró Roca Solano, <http://www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/Miro-Coase.htm> (14-7-2004); Methodology in Law & Economics, Antonio Nicita, Esnie 2004, file:///C:/WINDOWS/Archivos%20temporales%20de%20Internet/Content.IE5/R3HRFLKS/256,1,Methodology in LAW & ECONOMICS (15-7-2004). V. Maestría en Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, <http://www.fder.uba.ar/posgrado/meconomia/m1.htm> (11-7-2004); Masterin.it, Università di Bologna, Master in Diritto ed economia dei trasporti e della logistica, <http://www.masterin.it/scuole/unibo20.asp> (14-7-2004).

A semejanza de la egología, el trialismo, como filosofía elaborada en una zona y un lenguaje periféricos debe soportar un “embotellamiento” por parte de las propuestas elaboradas en los espacios “centrales” que “redescubren”, a veces ingenuamente y a menudo con grados de desarrollo mucho menor, posibilidades de conocimiento expuestas por esas corrientes marginadas, décadas antes. Como consecuencia, las posiciones dominantes “flotan” en la historia. Habría que ahondar en una historiografía dikelógica de la ciencia, en este caso de la ciencia jurídica, rescatando a los grandes científicos que el centralismo, a menudo alienante, pretende olvidar (acerca de la historiografía dikelógica puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, “Introducción ...” cit., págs. 411 y ss.).

<sup>6</sup> MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 27.

<sup>7</sup> Íd., págs. 58 y ss.; TAVANO, op. cit., págs. 17/8; PAOLANTONIO, Martín Esteban, “La retribución de los directores y el análisis económico del Derecho: reflexiones sobre el caso de las sociedades abiertas”, en “Derecho y Economía” cit., págs. 291 y 294/5. En cuanto a la historia del análisis económico del Derecho desde Adam Smith, v. por ej. POSNER, op. cit., págs. 3 y ss..

<sup>8</sup> Incluso vale atender a las polémicas sobre la interpretación del análisis económico del Derecho (v. por ej. LORENZETTI, op. cit., págs. 63 y ss.).

<sup>9</sup> POSNER, op. cit., págs. 1/2.

<sup>10</sup> En el marco del utilitarismo, ya Mill criticaba la radicalización de Bentham (pueden v. RYAN, Alan (ed.), “Utilitarianism and other Essays - J. S. Mill and Jeremy Bentham”, Londres, Penguin, 1987; GONZALEZ AMUCHASTEGUI, op. cit., pág. 943; en cuanto a la justicia y la utilidad en los planteos utilitaristas, cabe v. por

explicativo de la conducta en el mercado pueda ser usado para explicar la conducta fuera del mercado <sup>9</sup>. A nuestro entender, el “hombre económico” es sólo una *perspectiva* del hombre, incluso sólo una perspectiva del hombre en sociedad <sup>10</sup>. Según nuestro criterio, la *eficiencia*, cuya noción es básica en el análisis económico del Derecho, al punto que su definición suele ser la clave del planteo, resulta sólo *uno* de los valores a los que ha de referirse el Derecho y no es siquiera el valor supremo <sup>11</sup>.

Como suele ocurrir con diversas teorías, el análisis económico del Derecho es satisfactorio en cuanto *incluye*, en tanto contribuye a aclarar el objeto y es insatisfactorio en cuanto *excluye* otros aportes. Nos resulta inadmisibles, v. gr., la limitación que dicha corriente de análisis hace respecto de la consideración de posiciones como el sansimonismo o el marxismo, que explican de modos a menudo tan interesantes las relaciones entre Derecho y Economía<sup>12</sup>. Estamos lejos de admitir que la teoría económica y mucho menos la teoría económica específica del análisis económico del Derecho, sea el único conocimiento relevante en el estudio del Derecho <sup>13</sup>.

4. No negamos que, como a veces afirman sus críticos, el análisis económico del Derecho entrega al fin una “imágenes tan falaz y tan reductora de la realidad” como la que pretende superar <sup>14</sup>. Compartimos que en él la complejidad de la realidad es reducida a la imagen producida de un individuo reducido a “hombre económico”, a lo que se suma la reducción de la sociedad a un vasto mercado donde la política y el derecho son racionalizados sobre la base de esa realidad para convertirlos en “metamercados institucionales” que reproducen la lógica de la racionalidad maximizante. Sin embargo, pensamos que algunas perspectivas del análisis económico del Derecho son muy interesantes y vale *integrarlas* a la construcción trialista<sup>15</sup>.

Sin desconocer cierto entubamiento de dicha corriente de análisis económico en la lógica referida a la economía, de algún modo el análisis económico del Derecho puede ser comprendido como un intento, posterior al realismo, de abrir el pensamiento jurídico a la realidad social, para algunos enfoques incluso como una apertura interdisciplinaria, aunque para otros sea como una sujeción del Derecho al imperialismo economicista.

Al fin, el análisis económico del Derecho establece al Derecho como objeto de estudio

ej. FARELL, Martín Diego, “Utilitarismo y ética política”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983, págs. 341 y ss.).

<sup>11</sup> Es posible v. TAVANO, op. cit., págs. 22 y ss, esp. pág. 30.

<sup>12</sup> En relación con los vínculos de la Economía y el Derecho puede v. por ej. nuestro artículo “Problemática jusfilosófica de la empresa en el fin del milenio”, en “Derecho y Economía” cit., págs. 91 y ss.

<sup>13</sup> MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 36.

<sup>14</sup> Íd., pág. 283.

<sup>15</sup> Íd.

<sup>16</sup> Íd., pág. 34.

<sup>17</sup> En cuanto a la autonomía del objeto jurídico, puede v. también por ej. The Internet Encyclopedia of Philosophy,



desde el punto de vista económico y a menudo *somete* el Derecho a la Economía <sup>16</sup>. El trialismo, en cambio, se remite a una fuerte consideración del enfoque jurídico relativamente *autónoma*, referida en definitiva al valor justicia <sup>17</sup>.

El trialismo integra dimensiones y se abre a la interdisciplinariedad; el análisis económico del Derecho ha sido denunciado, no sin razón, como la exclusión de la interdisciplinariedad o complementariedad entre ciencia económica y ciencia jurídica, como la sustitución de un saber por otro<sup>18</sup>.

5. La teoría trialista puede dialogar con el análisis económico del Derecho sobre todo desde las dimensiones sociológica y axiológica, en los despliegues del enfoque “positivo” y el enfoque “normativo” del análisis económico del Derecho <sup>19</sup>.

El trialismo que presentó Goldschmidt tenía magníficas posibilidades de apertura a lo “macrojurídico”, pero se centró en gran medida en lo “*microjurídico*”. El análisis económico del Derecho se centra en lo microeconómico <sup>20</sup>. Creemos que al trialismo le es significativo no sólo integrar las dimensiones jurídicas sino las perspectivas micro y macrojurídicas <sup>21</sup>. El excesivo apego a lo “micro” es una limitación del análisis económico del Derecho.

6. En el presente caso, referiremos los aportes del análisis económico del Derecho a la posibilidad de comprender la tal vez recomendable formación de fondos para el “rescate” de la vida humana nueva *incentivando* su conservación, superando el “desinterés” de los progenitores que suele llevar al aborto o al abandono de los niños al nacer <sup>22</sup>. Hay que *beneficiar* a los sujetos que respeten la vida nueva a fin de que se decidan en ese sentido y no la destruyan.

## II. Perspectivas de vinculación del análisis económico del Derecho y

Law and Economics, <http://www.iep.utm.edu/law-econ.htm> (15-7-2004). Cabe c. un panorama del pensamiento jurídico, discutible pero relativamente representativo, en word i q, Law, <http://www.wordiq.com/definition/Law> (15-7-2004).

<sup>18</sup> MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 176.

<sup>19</sup> Puede v. por ej. TAVANO, op. cit., pág. 18.

<sup>20</sup> Es posible c. por ej. LORENZETTI, op. cit., págs. 72 y ss.

<sup>21</sup> El análisis económico del Derecho suele marginar los efectos “dialécticos” de la llamada “contrafinalidad” que se produce por las consecuencias no deseadas de la proyección grupal de las acciones con las que un individuo se beneficia. Si en un teatro un individuo se pone de pie ve mejor, cuando todos lo hacen, casi todos ven peor.

<sup>22</sup> Puede v. nuestro estudio “Comprensión filosófica de los incentivos jurídicos”, en “Boletín del Centro de Investigaciones...” cit., Nº 8, págs. 109 y ss.

## la teoría trialista del mundo jurídico

### 1. El mundo jurídico en general

#### a) Dimensión sociológica

7. La vertiente del análisis económico del Derecho es coincidente con la apertura de la posición trialista de apertura a la *causalidad*, a las relaciones del ser.

El trialismo posee, en esta dimensión sociológica, la noción de *adjudicación*, a la que considera jurídica cuando se relaciona con seres humanos <sup>23</sup>. La noción de adjudicación es, a su vez, de gran importancia en el desarrollo del análisis económico del Derecho. Según el trialismo, se adjudican potencias e impotencias, es decir, lo que favorece o perjudica al ser y sobre todo a la vida. En este sentido resulta que las adjudicaciones jurídicas, por su referencia a la vida, sobre todo a la vida humana en su plenitud, son más ricas que las adjudicaciones a las que se remite el análisis económico el Derecho. El “tener” ha de integrarse en el “*ser*”

<sup>24</sup>.

Las adjudicaciones de la teoría trialista abarcan *repartos* que provienen de la conducta de seres humanos determinables y *distribuciones* de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar <sup>25</sup>. La noción de distribución posee una riqueza especialmente satisfactoria para la incorporación de las referencias a la economía, también del modo que lo hace el análisis económico del Derecho.

El mercado, al que tanto se refiere el análisis económico del Derecho, llegando a sostener que el sistema jurídico (sobre todo en el common law) está proyectado según las exigencias de la “lógica del mercado”, tiene en el trialismo una importante puerta de ingreso

<sup>23</sup> “Adjudicar” significa principalmente Declarar que una cosa corresponde a una persona, o conferírsela en satisfacción de algún derecho (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/> (15-7-2004). La idea es afín a juzgar y juez (COROMINAS, Joan con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”, t. III, Madrid, Gredos, 1980, págs. 536/7).

<sup>24</sup> En relación con el tema cabe recordar, por ej. FROMM, Erich, “¿Tener o ser?”, trad. Carlos Valdés, 3ª. reimp. (Argentina), México, Fondo de Cultura Económica, 1981.

<sup>25</sup> En cuanto a la conducta en psicología y la relación con los estímulos puede v. por ej. Clinica Psi.com, Conductismo, <http://www.clinicapsi.com/conductismo.html> (14-7-2004). La idea de “reparto” es afín a “repartir” y a “parte”. Las acepciones más interesantes de repartir son: Entregar a personas distintas lo que han encargado o deben recibir; Dar a cada cosa su oportuna colocación o el destino conveniente (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/> -15-7-2004-). Puede v. COROMINAS, op. cit., 1ª. reimp., t. IV, 1985, págs. 414/5.

La noción de distribución es afín a distribuir y atribuir; distribuir es principalmente Dividir algo entre varias personas, designando lo que a cada una corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho; Dar a algo su oportuna colocación o el destino conveniente; Entregar una mercancía a los vendedores y consumidores (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/> -15-7-2004-; puede v. COROMINAS, op. cit., t. I, 1980, págs. 405/6).

<sup>26</sup> MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 282.

al pensamiento jurídico <sup>26</sup>.

El empleo de las nociones de adjudicación, reparto y distribución evidencia la *clara y profunda conciencia económica* que, antes de la aparición del análisis económico del Derecho, poseía el fundador del trialismo.

8. La construcción del trialismo que utilizamos en la actualidad ha incorporado hace tiempo la noción dinámica de *oportunidad* y más recientemente la problemática de la toma de *decisiones*. Asimismo hace mucho nos hemos referido a los *incentivos* jurídicos<sup>27</sup>. Sin embargo, es importante acentuar la atención a los móviles de los repartos y a los incentivos que pueden nutrirlos aprovechando la perspectiva “futuriza” del análisis económico del Derecho. Es más, importa reconocer que en el marco general de los incentivos es significativo atender también específicamente a los *estímulos*, que quizás tengan un sentido más dinámico, de provocar una reacción en el material existente <sup>28</sup>.

La Economía es de cierto modo una teoría de las *elecciones* y la conducta a la que se refiere el trialismo también es un gran ámbito de elección. La teoría de la decisión y el análisis económico del Derecho puntualizan la importancia del *costo de las oportunidades* por pérdida de otras posibilidades y para el trialismo, que incluso puede utilizar al respecto el método de las variaciones, se trata de enfoques significativos <sup>29</sup>.

9. En la consideración del reparto, el trialismo atiende a los *móviles*, las *razones alegadas* y las *razones* sociales que atribuye la comunidad cuando considera que el reparto es valioso.

<sup>27</sup> El incentivo mueve o excita a hacer algo, es un estímulo que se ofrece a una persona, grupo o sector de la economía con el fin de elevar la producción y mejorar los rendimientos (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/-11-7-2004>). En cuanto a las afinidades de “incentivo” con acento, tono musical, puede v. por ej. COROMINAS, op. cit., t. I, págs. 2/3. Cabe c. BIANCHI LOBATO, Juan F. G. (Dr.), “Incentivación”, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XV, págs. 347 y ss., esp. págs. 350 y ss.

En el panorama tradicional general, los incentivos son particularmente relevantes en ramas donde se desea intensificar en especial el logro de un resultado, como la protección en el Derecho del Trabajo, la recaudación o el desarrollo en el Derecho Administrativo y el Derecho Tributario, etc. Sin embargo, pueden llegar a ser una manera de pensar el Derecho todo.

En sentido amplio, los incentivos pueden ser no sólo favorables sino también desfavorables a los beneficiarios directos, por ej. en el pago de daños positivos.

<sup>28</sup> Es posible v. los significados de “estímulo” en Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, [http://www.rae.es/ \(14-7-2004\)](http://www.rae.es/ (14-7-2004)); Comité Interinstitucional para la Aplicación del Estímulo Fiscal a los Gastos e Inversiones en Investigación y Desarrollo de Tecnología, [http://www.conacyt.mx/dat/estimulo\\_fiscal/reglas\\_2003.doc \(14-7-2004\)](http://www.conacyt.mx/dat/estimulo_fiscal/reglas_2003.doc (14-7-2004)).

La idea de estimular es afín a aguijonear, incitar, excitar, citar, poner en movimiento (es posible v. COROMINAS, op. cit., t. II, 1980, págs. 789/90 y 92).

<sup>29</sup> En general el método de las variaciones cambia imaginariamente el caso para reconocer qué es lo significativo en una decisión.

<sup>30</sup> Acerca de la palabra “coste” son especialmente significativas las siguientes acepciones: Gasto realizado para la

La teoría fundada por Goldschmidt abarca ya la atención a los *móviles* de los repartidores, pero es relevante considerar cómo pueden promoverse a través de incentivos criterios de razonabilidad que “muevan” a conducirse y repartir de las maneras que se desean.

Sin caer en el exclusivismo con que la plantea el análisis económico del Derecho, ni desconocer que cada individuo la concibe de diferentes maneras según sus propias características personales (por ej. económicas, religiosas, científicas, técnicas, artísticas, etc.), la relación entre “*coste*” y “*beneficio*” es significativa en las decisiones de todos los participantes de la vida jurídica<sup>30</sup>. Si se quieren obtener ciertos comportamientos, es relevante incentivar a los sujetos para que los produzcan. Aunque con distintos alcances, el trialismo y el análisis económico del Derecho brindan gran atención a la teoría de la *acción*.

A través de las razones alegadas y las razones sociales del auditorio el trialismo puede integrar los despliegues de la argumentación, actividad que reaparece también como tarea del funcionamiento de las normas<sup>31</sup>. El análisis económico del Derecho se remite en gran medida a móviles y a las razones sociales, ciñéndolos a la economía.

10. El enfoque jurídico más tradicional se refiere, en el mejor de los casos, a la conducta gubernamental, en tanto el trialismo y el análisis económico del Derecho coinciden de cierto modo en referirse a *todas las conductas* que adjudican. El análisis económico del Derecho se explica mejor como continuidad a veces polémica del realismo, pero en relación con el cambio de enfoque hacia la apertura a la conducta en general ha podido decirse que “mientras para el instrumentalismo pragmático de los realistas el centro de atención estaba puesto en la conducta efectiva de los jueces, administradores y otros oficiales jurídicos, en el AED (análisis económico del Derecho) ocupa el lugar central de estudio la respuesta de los destinatarios de las normas ante un cambio jurídico”<sup>32</sup>.

En el análisis económico del Derecho los individuos no son sólo destinatarios o cumplidores de normas que en sí llevan el sello de la autoridad y la obligación de obediencia, sino *creadores* del Derecho porque son sus referencias y sus intereses los que determinan en última instancia las decisiones que ponen fin a los conflictos<sup>33</sup>. La manera en que una norma influye en el comportamiento de los individuos no es diferente del modo en que el precio de un producto influye en la conducta de un consumidor en el mercado. Las normas jurídicas procuran establecer *precios implícitos* para los comportamientos a los que ellas inducen. Hay

obtención o adquisición de una cosa o de un servicio; Coste de Producción. Conjunto de gastos para la producción de bienes y servicios; Coste Marginal. Aumento de los costes de producción al incrementar en una unidad la cantidad producida. (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/> -11-7-2004-).

<sup>31</sup> El trialismo supera el deslumbramiento argumentalista brindando también importante atención a los móviles de los repartidores.

<sup>32</sup> MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 272.

<sup>33</sup> Íd., pág. 254.

una remisión al cálculo autointeresado de los individuos. Los individuos procuran al fin el menor coste posible.

Junto al reparto autoritario, realizador del valor poder, e incluso en principio prefiriéndolo, el trialismo ubica al reparto *autónomo*, al que es inherente la satisfacción del valor cooperación. La apertura a toda la conducta, compartida con el análisis económico del Derecho, conduce a una más fácil jerarquización del reparto autónomo. En cierto sentido, los incentivos en que mucho se apoya la concepción del análisis económico del Derecho, ponen a la autoridad al servicio del desenvolvimiento de la autonomía.

11. Según la construcción trialista el orden de repartos puede producirse por planificación gubernamental en marcha y por ejemplaridad. La primera indica quiénes son los supremos repartidores (conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (de conducción) y realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad surge del modelo y el seguimiento en el curso de la razonabilidad y satisface el valor solidaridad. En principio la construcción trialista prefiere la ejemplaridad a la planificación. El análisis económico del Derecho potencia la importancia de la *ejemplaridad* y destaca el papel de la planificación a su servicio.

12. El trialismo reconoce *límites* necesarios de los repartos, surgidos de la “naturaleza de las cosas”, de carácter principalmente físico, psíquico, lógico, sociopolítico y socioeconómico. El análisis económico del Derecho se remite sobre todo a límites socioeconómicos y sociopolíticos.

El análisis económico del Derecho plantea criterios de elección que desde la perspectiva trialista resultan interesantes, pero muy limitados. El análisis económico del Derecho no brinda suficiente atención a las *fuerzas sociales* en cuyo marco y a través de las cuales viven las decisiones jurídicas, por ejemplo, a la constitución material. La limitación en este aspecto es una de las perspectivas en las que el análisis económico del Derecho parece una ideología que oculta la realidad.

### ***b) Dimensión normológica***

13. El trialismo establece categorías de enlace entre las normas que captan los repartos proyectados y las adjudicaciones captadas: la fidelidad, referida a la descripción acertada del contenido de la voluntad de los repartidores; la exactitud, relacionada con el acierto en la descripción del cumplimiento de esa voluntad, y la adecuación, referida a la correspondencia de la integración de sentidos por los conceptos con la voluntad de los repartidores. A estas categorías el análisis económico del Derecho pretende superarlas a través de la *eficiencia*.

<sup>34</sup> Cabe c. por ej. La evaluación de las leyes, Osvaldo Oelckers Camus y otros, [http://www.euv.cl/archivos\\_pdf/libros\\_nuevos/evaluacionley.pdf](http://www.euv.cl/archivos_pdf/libros_nuevos/evaluacionley.pdf) (14-7-2004); GONZALEZ AMUCHASTEGUI, op. cit., págs. 931 y ss.

En el análisis se afirma que la fuerza normativa de una norma jurídica surge de que traduzca una decisión eficiente, ya que si no es así las partes, al margen del Derecho, negociarían el acuerdo que maximice sus intereses de la forma más óptima. El análisis puntualiza, aunque desde una perspectiva limitada, la conveniencia de “*evaluar*” las fuentes de las normas <sup>34</sup>.

14. Según el tiempo pasado o futuro en que están los casos captados en los antecedentes de las normas, éstas pueden ser principalmente individuales o generales, correspondiéndoles de modo respectivo los valores inmediatez y predecibilidad. Las normas individuales resuelven casos concretos, las generales lo hacen con casos futuros. Aunque el análisis económico se desenvuelve mejor ante los casos concretos, el carácter “*futurizo*” del planteo que realiza lo hace más próximo a la *abstracción* que a la concreción, a la *predecibilidad* que a la inmediatez.

Tal vez el apego al modelo de las ciencias exactas que suele caracterizar a los planteos económicos esté relacionado con el nacimiento de la Economía en la Edad Moderna (quizás en 1776 <sup>35</sup>), época signada por el predominio de los modelos de las Ciencias Naturales y Exactas.

15. Según el trialismo, entre los grandes conceptos normativos utilizados al captar la realidad social, que generan materializaciones, se encuentra el concepto de *juez* <sup>36</sup>. Aprovechando enseñanzas de un sector del análisis económico del Derecho, puede decirse que “si el Derecho fuera lo que Dick Posner (antes de su (...) paso al tribunal) pensó que era, todos los jueces deberían ser economistas (...) si fuera lo que Ron Dworkin dice que es, todos los jueces deberían ser filósofos. De hecho, el Derecho es mucho más que lo que Posner y Dworkin dicen que es, y por tanto la mayoría de los filósofos y de los economistas harían juicios terribles. Pero esto no quiere decir que los jueces deban ignorar Filosofía o Economía al hacer sus decisiones, porque otros son mejores en tales disciplinas de lo que ellos son. Las cortes deben ser mejores en la combinación de tales tareas, y como los competidores de un declatón, deben procurar algunas de esas cosas que otros harían mejor” <sup>37</sup>. Goldschmidt creía que los gobernantes en general debían parecerse a los filósofos, pero creemos que la formulación analítica recién expuesta es una interesante perspectiva para apreciar la complejidad de la tarea judicial.

<sup>35</sup> Ese año Adam Smith publicó su célebre investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones.

<sup>36</sup> Es posible v. nuestro estudio “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

<sup>37</sup> CALABRESI, Guido, “Too much, too little, or both: Some thoughts on law making by american courts”, en “The Cambridge Lectures”, 1983, Elizabeth G. Baldwin editor, Butterworths, 1985, págs. 1 y 2, cit. por TAVANO, op. cit., págs. 58/9.

<sup>38</sup> MERCADO PACHECO, op. cit., pág. 256/7.

El análisis económico del Derecho abandona la perspectiva relativamente tradicional del sistema jurídico como sistema de obligaciones y prohibiciones acompañadas de sanción para concebir el derecho como un *sistema de incentivos* de determinados cursos de acción, deja una teoría imperativa y en su lugar aparece una teoría incitativa <sup>38</sup>. Por su parte, aunque no desconoce despliegues de imperatividad, el trialismo brinda amplia acogida a la consideración de la autonomía y a la ejemplaridad y a los incentivos para encauzarlas y promoverlas.

### *c) Dimensión dikelógica*

16. En base al llamado “teorema” de Coase, en el análisis económico del Derecho se traducen todos los problemas jurídicos como problemas de asignación *eficiente* de recursos <sup>39</sup>. Algunos partidarios del análisis económico del Derecho se refieren más a la maximización de la riqueza, otros atienden también a su distribución. Incluso se suele señalar que Calabresi muestra un importante interés en la *justicia* <sup>40</sup>. El trialismo se remite al fin a la *justicia*, en la versión originaria con caracteres de objetividad, en nuestro caso, marginando la discusión acerca de la objetividad o subjetividad mediante la propuesta de construir su contenido a través de la exigencia goldschmidtiana de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona. En este sentido, el trialismo es, de cierto modo, afín a las posiciones de Calabresi y, de alguna otra manera, a críticas de Dworkin <sup>41</sup>.

El valor amor, al que la construcción trialista del horizonte del mundo político que sustentamos adjudica tanta significación, en el análisis económico más duro llega a significar una búsqueda más o menos eficiente de la seguridad en condiciones de posible amenaza.

17. El *hombre* de la construcción trialista es mucho más complejo que el del análisis económico del Derecho. No sólo se trata de maximización de la riqueza y de distribución sino, como hemos de señalar, de la debida adjudicación de todo lo que contribuye al desenvolvimiento pleno del individuo <sup>42</sup>. Siguiendo ideas que sostuvo Pound, el análisis económico del Derecho considera al jurista como un ingeniero social, en gran medida vinculado como ingeniero a la utilidad, pero desde el punto de vista trialista se trata de un

<sup>39</sup> Íd., pág. 273.

<sup>40</sup> Dice Posner “It is that efficiency as I define the term is an adequate concept of justice that can plausibly be imputed to judges, at least in common law adjudication” (POSNER, op. cit., pág. 6). V. por ej. TAVANO, op. cit., págs. 55 y ss. (“No caben dudas de que en Calabresi la eficiencia es tributaria de la justicia, de una justicia que no es ciega, que quiere “dar a cada uno lo suyo”, pero que no se desinteresa en tener “el algo” para dar. Además es también un examen que la eficiencia debe pasar.” (TAVANO, op. cit., pág. 56).

<sup>41</sup> En cuanto a la relación entre eficacia y justicia puede v. además por ej. BAYON, op. cit.

<sup>42</sup> TAVANO, op. cit., págs. 30/1

“ingeniero” que no sólo ha de realizar la utilidad, sino la justicia.

18. El análisis económico del Derecho es de cierto modo un *privatismo*, en tanto el trialismo reconoce el pensamiento de la justicia desde enfoques privatistas y publicistas, al fin identificables por exigencias de justicia particular y de justicia general. La proyección futuriza del análisis económico del Derecho es afín a la noción de justicia “*de llegada*” que el trialismo diferencia de la justicia “*de partida*”<sup>43</sup>.

19. El trialismo reconoce despliegues en el pensamiento del valor como valencia, como valoración y como orientación a través de criterios generales orientadores. Con una actitud que al trialismo le puede resultar excesivamente simplificadora, una pretensión básica del análisis económico del Derecho es que la totalidad del sistema jurídico puede analizarse y reformarse mediante la aplicación de un número pequeño de conceptos económicos fundamentales<sup>44</sup>. Suele plantearse en base a criterios generales; en términos de abstracción diversos de las valoraciones completas.

El trialismo señala que la justicia es “*panónoma*”, es decir, tiene como material estimativo a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras (pan=todo; nomos=ley que gobierna). La justicia se remite a un complejo interrelacionado en que se influyen recíprocamente consideraciones de pasado, presente y porvenir, que hay que “fraccionar” porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes; los fraccionamientos producen seguridad jurídica. Los planteos jurídicos tradicionales se centran en la corrección del pasado; siguiendo caminos de Dewey, el análisis económico del Derecho se centra en el porvenir, en la construcción del futuro más eficiente posible<sup>45</sup>. En el despliegue trialista es posible integrar la tensión del planteo tradicional y el del análisis económico del Derecho.

La referencia a la pantonomía permite consideraciones equilibradas de la historia y la razón; en nuestro enfoque personal, en cierto sentido diverso del de Goldschmidt, consideramos de muy alta significación el reconocimiento de la historicidad. Lamentablemente, el análisis económico se remite a un futuro limitado por su fuerte referencia a la lógica del mercado y tiene un sentido de cierto modo “ahistórico”.

La teoría trialista ubica claramente el centro de gravedad del Derecho en la adjudicación y no en las virtudes y vicios (podría decirse, en cierto sentido, en la Moral); llevando la diferenciación entre Derecho y Moral a la exclusión de ésta, el análisis económico del Derecho procura apartar la relación entre efectos jurídicos y efectos morales sobre la conducta de los

<sup>43</sup> Es posible v. nuestro artículo “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss..

<sup>44</sup> TAVANO, op. cit, pág. 15.

<sup>45</sup> MERCADO PACHECO, op. cit., págs. 265/66.



individuos.

20. Los desarrollos del trialismo permiten reconocer, con base en la jerarquía que se asigne a los valores, relaciones de *coadyuvancia* y *oposición* entre ellos. La coadyuvancia es legítima y puede desenvolverse en sentido vertical, como contribución, o en sentido horizontal, como integración. La oposición puede producirse de modo legítimo, por sustitución, o por secuestro ilegítimo del material que corresponde a un valor por otro valor, sea en sentido ascendente, de subversión, en sentido descendente, de inversión o en sentido horizontal de arrogación. En estos términos, según la jerarquía del mismo nivel que asignamos a la justicia y a la utilidad, la propuesta del análisis económico del Derecho llega a significar, más allá de la necesaria integración entre los dos valores, una arrogación del material que corresponde a la justicia por el desarrollo de la utilidad. Es más: puede hablarse de un desborde de la contribución ascendente y descendente de la eficiencia con la justicia de modo que se produce la *subversión* de la eficiencia contra la justicia. El análisis económico puede contribuir, no obstante, a evitar la inversión de la justicia contra la eficiencia.

21. Los títulos de *legitimación* de los *repartidores* según el trialismo son la autonomía y la aristocracia (es decir, la superioridad moral, científica y técnica). Aunque tiene cierta referencia a la decisión individual, el análisis económico del Derecho tiende a la legitimación tecnocrática <sup>46</sup>.

El trialismo actual reconoce en los beneficiarios *merecimientos* derivados de la necesidad y *méritos* derivados de la conducta. El análisis económico del Derecho subraya la importancia de los méritos económicos de las partes.

El trialismo señala objetos repartidores de diverso alcance: la vida, la libertad, la propiedad, los quehaceres, etc. El análisis económico del Derecho subraya la importancia de la propiedad y de la libertad de contratación.

En cuanto se vinculan más al consentimiento o al interés, las corrientes del análisis económico del Derecho se relacionan más con la legitimación de los repartidores o los objetos repartidos.

En el trialismo la audiencia real tiene gran significación; en el análisis económico del Derecho la audiencia se hace a través de referencias directas o eventuales al mercado.

En el marco trialista la fundamentación de los repartos posee diversas líneas de posible desenvolvimiento; en el análisis económico la fundamentación se hace economicista.

<sup>46</sup> Íd., págs. 259 y ss.

El interés del Derecho por los incentivos es antiguo, pero se acentúa ante posiciones como las del análisis económico del Derecho (pueden v. Liberalismo.org, La plausibilidad conceptual de la propiedad intelectual, Eugene Volokh, <http://liberalismo.org/articulo/167/-14-7-2004->; mailxmail.com, Conceptos básicos del derecho, <http://www.mailxmail.com/curso/excelencia/derecho/capitulo1.htm> -14-7-2004-).

22. En la construcción trialista, el régimen ha de ser *humanista*, tomando a cada individuo como un fin y no como un medio. El humanismo puede concretarse a través de la abstención, que es preferible, o de la intervención del régimen. Aunque difiere del abstencionismo radical del “laissez faire”, el análisis económico del Derecho puntualiza la importancia de la abstención.

El trialismo requiere que el régimen respete la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres que requieren respectivamente el liberalismo, sobre todo político; la democracia y la “res publica”. El análisis económico del Derecho se refiere, de modos predominantes según sus diversas orientaciones, más radicales o moderadas, a la unicidad o la igualdad y deja en la penumbra a la comunidad <sup>47</sup>.

La construcción trialista propone una cantidad de recursos a utilizar, según las circunstancias, para proteger al individuo contra los demás como individuos y como régimen, respecto de sí mismo y contra todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). Para resguardar a los individuos se ha de recurrir a ellos mismos, el régimen y todo “lo demás” que resulte idóneo. El análisis económico destaca la importancia del amparo contra los demás, como individuos y como régimen. Si bien no ignora la importancia de la intervención del régimen, la deja con carácter relativamente subsidiario. El gran instrumento de amparo es la propiedad.

## 2. Las ramas del mundo jurídico

23. La teoría trialista del mundo jurídico brinda una clara perspectiva de la complejidad integrada por todas las ramas del mundo jurídico. Esa complejidad es estudiada en una de las perspectivas (no común sino *abarcadora*, o “*abarcativa*”) de la Teoría General del Derecho <sup>48</sup>. Desde hace décadas, venimos ocupándonos de las ramas jurídicas en sus diversidades tridimensionales y especialmente en el particular sentido de justicia que al fin caracteriza a cada una de ellas <sup>49</sup>. Aunque con un enfoque unilateral, el análisis económico del Derecho también realiza un planteo abarcativo. Ese análisis brinda una perspectiva privatista <sup>50</sup> del

<sup>47</sup> El óptimo de Pareto, del que suele valerse el análisis económico del Derecho, muestra una interesante tensión entre igualdad y unicidad (cabe c. por ej. Diccionario de economía y finanzas, <http://www.eumed.net/cursecon/dic/O.htm> -13-7-2004-).

<sup>48</sup> Es posible v. nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, págs. 33/76.

<sup>49</sup> Puede v. nuestro estudio “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1967.

<sup>50</sup> En general, sobre la historia de la Filosofía del Derecho Privado, pueden v. nuestras “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003. Cabe c., en cuanto a la radicalización del privatismo, nuestro estudio “Privatización y Derecho Privado”, en “Boletín del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 20, págs. 119 y ss.

conjunto jurídico señalando las diversas maneras en que un derecho puede ser protegido en el complejo.

Un derecho puede ser resguardado por una regla de propiedad, en la que corresponde asignar y distribuir los derechos sobre los recursos según ciertas máximas de atribución a quienes más los valoren en términos monetarios. La libertad de mercado instituye un Derecho de Contratos que debe hacer posible la asignación óptima de los recursos por la vía de la negociación privada. Otro despliegue de la lógica del sistema es el de la responsabilidad civil. Por último, aparece el Derecho Penal, que impone costes adicionales a las conductas ilícitas cuando los mecanismos de protección convencionales no sean capaces de limitar dichas conductas al nivel eficiente.

En el sistema del análisis económico del Derecho el Derecho Penal suele ser entendido como la cobertura de seguridad del sistema negocial privado en su conjunto, que procura disuadir de las acciones que no respeten las normas de intercambio de los derechos establecidas por el mercado <sup>51</sup>.

Calabresi sostiene que “Each part of law must not only achieve relatively specific functions, but also must answer to a key aspect of our sense of justice: the need to be reasonably consistent with the requirements of other parts of the law” <sup>52</sup>.

El trialismo ha crecido en su preocupación por la *estrategia* jurídica, y el análisis económico del Derecho posee importantes despliegues de estrategia individual <sup>53</sup>.

### III. Incentivos para el rescate de la vida humana nueva

24. La problemática del origen de la vida humana produce gran cantidad de debates, especialmente intensos entre quienes procuran resguardarla reprimiendo el aborto y quienes adoptan una actitud más permisiva al respecto <sup>54</sup>. Creemos notorio que, en la continuidad de la vida, su origen y su fin son contruidos, de modo que es comprensible que existan diversas opiniones al respecto. Sin embargo, consideramos que es relevante amparar la vida humana al menos desde su presencia en el seno materno. Múltiples *derechos humanos*, entre los

<sup>51</sup> MERCADO PACHECO, op. cit., págs. 235 y ss.

<sup>52</sup> CALABRESI, op. cit., pág. 115.

<sup>53</sup> Es posible v. por ej. nuestro artículo “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación ...” cit., N° 36, págs. 21/31.

En cuanto a la estrategia en el análisis económico del Derecho cabe c. por ej. LORENZETTI, op. cit., págs. 80 y ss.

<sup>54</sup> Acerca del aborto y el debate al respecto pueden v. por ej. [http://html.rincondelvago.com/aborto\\_16.html](http://html.rincondelvago.com/aborto_16.html) (10-7-2004); Datos estadísticos de los informes públicos sobre el aborto y la pena de muerte, <http://www.provida.es/valencia/estadistica.htm> (10-7-2004); Unicef, <http://www.unicef.org/spanish/>; Ni un centavo más para UNICEF, <http://www.trdd.org/B0101FS.HTM> (10-7-2004). También cabe c. v. gr. Instituto Interamericano del Niño, <http://www.iin.oea.org/> (10-7-2004).

que se encuentra el derecho de todo niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y a ser protegido contra el abandono (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 6, 19, 39, etc.) confluyen en el reconocimiento del derecho a nacer y al cuidado necesario para continuar la existencia.

Por diversas causas, entre las que se encuentran los conflictos interculturales, la descomposición de los títulos de solidaridad y la limitada necesidad económica de la vida humana, en un tiempo como el actual, en que incluso se reduce la intervención del hombre en la producción y se llega a hablar del “fin del trabajo”<sup>55</sup>, la represión del aborto y del abandono o la venta de los recién nacidos suele no tener los efectos buscados<sup>56</sup>. El “síndrome de Medea” se presenta con frecuencia en la paternidad de nuestros días. El hombre postmoderno está solo y ahonda su soledad<sup>57</sup>.

25. En el campo de los “*contactos de respuestas jurídicas y vitales*”, puede decirse que hay un gran conflicto entre el sistema biológico y el sistema cultural economicista donde impera el mercado, en el cual la economía tiende a dominar a la vida, “calificándola” y admitiéndola o rechazándola según sus requerimientos<sup>58</sup>.

Sin desconocer que el análisis económico puede reforzar esa dependencia, creemos que uno de los caminos que está en condiciones de iluminar es el *incentivo* a la protección de la vida nueva, no sólo mediante los subsidios a la paternidad, que existen con frecuencia, y la liberación de la vida nueva del peso calificador de otras instituciones como el matrimonio, que afortunadamente se va alcanzando, sino a través de la consolidación general de la familia de origen; la facilidad de la adopción en tanto respete la voluntad de la familia de origen; la consideración de las posibilidades de no reprimir la “venta” de bebés y, sobre todo, de

<sup>55</sup> Vale recordar las discusiones en relación con el libro de Jeremy Rifkin “El fin del trabajo” (pueden v. RIFKIN, Jeremy, “The End of Work”, Nueva York, Putnam’s Sons, 1996; eListas.net., Producir más bienes con menos trabajadores, <http://www.elistas.net/lista/humboldt/archivo/indice/2681/msg/2887/-17-7-2004->).

<sup>56</sup> Es posible v. por ej. Sos-Kinderdorf International, [http://www.sos-childrensvillages.org/cgi-bin/sos/jsp/retrieve.do?lang=es&site=ZZ&nav=5.4&cat=%2Farchives%2F543q\\_archives2003Q2&ed=63976](http://www.sos-childrensvillages.org/cgi-bin/sos/jsp/retrieve.do?lang=es&site=ZZ&nav=5.4&cat=%2Farchives%2F543q_archives2003Q2&ed=63976) (17-7-2004); Desde la Fe, Punto de Vista, Filicidio, hoy, <http://www.alfayomega.es/estatico/anteriores/alfayomega294/desdelafe/puntodevista1.html> (10-7-2004); Otras culturas, [http://www.encolombia.com/epoca%20pre4\\_ginec obstetricia.htm](http://www.encolombia.com/epoca%20pre4_ginec obstetricia.htm) (10-7-2004).

<sup>57</sup> En cuanto a los períodos históricos pueden v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

<sup>58</sup> Es posible c. nuestro estudio “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, esp. págs. 59 y ss.; también “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 3, págs. 83 y ss.

<sup>59</sup> Puede c. por ej. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, <http://www.trabajo.gov.ar/legislacion/ley/> (10-7-2004); régimen de Asignaciones Familiares, Ley 24.714, [http://www.safjp.gov.ar/DIGESTO\\_2/index/normas/LEY%2024241/ley\\_24714.htm](http://www.safjp.gov.ar/DIGESTO_2/index/normas/LEY%2024241/ley_24714.htm) (10-7-2004); Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Subsidios, [http://www.cpcecf.org.ar/Beneficios/pgs/subsidio\\_lista.htm](http://www.cpcecf.org.ar/Beneficios/pgs/subsidio_lista.htm) (10-7-2004); Noruega. El portal oficial en Argentina, Ayudas a la Familia, <http://www.noruega.org.ar/policy/family/allowance/>

la asignación de *fondos* para *estimular la entrega* a instituciones oficiales de protección <sup>59</sup>. Sabemos que se trata de una idea audaz, pero estimamos que el objetivo bien lo merece. El desarrollo de la Seguridad en muy diversos aspectos, también en la Seguridad Social de la vida naciente, es una de las grandes exigencias de nuestro tiempo. Es cierto que a menudo el atentado contra la vida nueva proviene de causas muy profundas que constituyen verdaderos límites necesarios a su preservación, pero vale reunir toda la fuerza vital que sea conducente para resguardarla.

26. Las posiciones que favorecen el aborto tienden a la “*minusmodelación*” conceptual y fáctica de la noción de vida nueva a través de la minusmodelación temporal de la noción de persona; el apoyo económico a la vida nueva conduce a la “*plusmodelación*” fáctica de ésta, que estimamos puede ser eficiente <sup>60</sup>.

Consideramos que, en última instancia, es mejor salvar la vida nueva pagando a los padres “abandónicos” que dejar un espacio a menudo incontrolable al filicidio. Lo fundamental no es reprimir la culpa del padre irresponsable, sino salvar la vida del hijo. Creemos que la generación de un fondo de incentivo para el rescate de la vida nueva es viable e importante; si es necesario, hay que “comprar” la vida para salvarla <sup>61</sup>.

No se nos escapa que, en la dialéctica vital, el propósito humanista de comprar la vida nueva para dignificarla de cierto modo la convierte en mercancía y que al fin puede promover

allowance.htm (10-7-2004); Noruega. El portal oficial en España, Ayudas económicas por maternidad (paternidad) y por adopción, <http://www.noruega.es/policy/family/benefits/benefits.htm> (10-7-2004). Asimismo cabe c. [http://ar.dir.yahoo.com/Sociedad/Culturas\\_y\\_grupos/Familias/](http://ar.dir.yahoo.com/Sociedad/Culturas_y_grupos/Familias/) (10-7-2004).

<sup>60</sup> Es posible v. nuestros “Aportes ...” cit.

<sup>61</sup> El incentivo para el nacimiento es afín a la discriminación inversa reclamada por las actuales tendencias de los derechos humanos (puede v. por ej. La discriminación inversa o discriminación positiva, <http://www.iepala.es/DDHH/ddhh235.htm> -17-7-2004-).

<sup>62</sup> En cuanto a la conversión capitalista del mundo en mercancía, cabe recordar por ej. los magníficos párrafos de Marx y Engels en MARX, Karl (-ENGELS, Friedrich), “El Manifiesto Comunista”, en MARX, Karl, “El Manifiesto Comunista y otros ensayos”, Madrid, Sarpe, 1985.

<sup>63</sup> Es posible v. Fluvium, La vida, una espera de la Navidad, la venida de Cristo, <http://www.fluvium.org/textos/lectura/lectura302.htm> (17-7-2004).

<sup>64</sup> Aunque el evolucionismo puede argüir la necesidad de la selección de la especie, creemos que el respeto a la vida nueva contribuye a la diversidad que reclama el sostenimiento de la especie (es posible v. BUCAN, Denis, “Historia de la Biología”, trad. José Luis Checa Cremades, Madrid, Acento, 1995; Naturaleza educativa, Biología evolutiva, [http://www.iespana.es/natureduca/bio\\_teorias\\_evol.htm](http://www.iespana.es/natureduca/bio_teorias_evol.htm) -17-7-2004-; Hipertextos del Area de la Biología, Conceptos de biodiversidad, <http://www.biologia.edu.ar/biodiversidad/biodiversidad.htm> -17-7-2004-; El Club de los Caminantes, El sistema reproductivo humano, <http://caminantes.metropoliglobal.com/web/biologia/reproduccion.htm> -17-7-2004-; CienciHoy, Volumen 4 - N° 21, Clasismo y diversidad biológica, Juan J. Marrone y otros, <http://www.ciencia-hoy.retina.ar/hoy21/cladismo.htm> -17-7-2004-; laverdad.es, Ciencia y Salud, Elogio de la infidelidad (Moderada), [http://canales.laverdad.es/cienciaysalud/8\\_5\\_6.html](http://canales.laverdad.es/cienciaysalud/8_5_6.html) -17-7-2004-; wanadoo, Cultura y subcultura, <http://apuntes.rincondelvago.com/cultura-y-subcultura.html> -17-7-2004-).

la “producción” de vida nueva a los fines de su venta, ahora, al fondo de rescate, pero creemos que el incremento de este riesgo no es significativo <sup>62</sup>.

27. Muchas culturas, entre la que se encuentra la Occidental, que lo evidencia incluso en la referencia a la Navidad, tienen en gran valor a la vida humana nueva <sup>63</sup>. Su importancia sociológica y biológica parece evidente <sup>64</sup>. La vida humana nueva es un objeto repartible valioso (un objeto “repartidero”, que merece ser repartido), al que importa “rescatar” <sup>65</sup>.

Según hemos señalado, a través del incentivo, se incrementan la autonomía y la ejemplaridad, que el trialismo prefiere en principio respectivamente a la autoridad y la planificación gubernamental. Mediante el incentivo se pueden lograr normas más exactas y eficientes. Sin desconocer los riesgos de que la utilidad se *arroque* el material de la justicia y el amor, creemos que a través del incentivo la utilidad puede *contribuir* al desarrollo de estos valores. En general, pero sobre todo en temas como éste, muy vinculados a la vida, el Bioderecho debe valerse menos de la represión y más del incentivo.

Tal vez no carezca de sentido profundo la oposición significativa que indica la etimología entre el “*nacimiento*” y la “*nada*” <sup>66</sup>.

<sup>62</sup> En algunas de sus acepciones, rescatar es Liberar de un peligro, daño, trabajo, molestia, opresión, etc.; Recobrar el tiempo o la ocasión perdidos; Recuperar para su uso algún objeto que se tenía olvidado, estropeado o perdido (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/-11-7-2004->). Rescatar viene de “catar”, tratar de coger (COROMINAS, op. cit., t. I, págs. 920/1).

<sup>66</sup> COROMINAS, op. cit., t. IV, págs. 201 y ss.; Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, “nada”, [http://www.rae.es/\(22-7-2004\)](http://www.rae.es/(22-7-2004)).

Pueden v. por ej. nuestros artículos “Una cuestión axial del Bioderecho: la posición del jurista en la tensión actual entre economía y vida “*inútil*””, en “Bioética y Bioderecho”, N° 1, págs. 41/42; “Introducción general al Bioderecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 22, págs. 19 y ss. (y en “Bioética ...” cit., N° 2, págs. 11 y ss.); “El Bioderecho y la teoría trialista del mundo jurídico”, “Bioética ...” cit. N° 4, págs. 17/23.

# BASES PARA LA COMPRENSIÓN PROFUNDIZADA DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(con especiales referencias a la capacidad y el estado de las personas físicas  
y la validez intrínseca de los contratos)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*)

## *I. Ideas básicas*

1. La comprensión profunda de la elección del Derecho aplicable que hace el Derecho Internacional Privado clásico, sobre todo cuando se la enriquece desde ciertas perspectivas jusfilosóficas, es siempre imprescindible para evitar las infundadas objeciones que suelen hacerse al reprocharle mecanicismo e incluso superficialidad y también posee alta significación para el mejor conocimiento del Derecho Privado y el Derecho en su conjunto<sup>1</sup>.

Esa exigencia y esos beneficios son más intensos en la nueva era en que vivimos cuando, en gran medida en relación con los alcances de las fuerzas y las relaciones de producción de alcance mundial, se van formando un Derecho Privado y un Derecho Público relativamente nuevos, de referencias planetarias.

El despliegue de los contratos y de la propiedad inmaterial son características muy significativas del nuevo Derecho Privado; el desarrollo de nuevos caracteres quizás “protoconstitucionales”, con una estatalidad mundial tal vez en etapa hobbesiana (de concentración del poder) y una nueva reprochabilidad penal de alcance planetario, son expresiones muy relevantes de un nuevo Derecho Público<sup>2</sup>.

La actual globalización/marginación sólo puede ser superada mediante el reconocimiento

(\*) Profesor titular de Derecho Internacional Privado Profundizado I en la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

<sup>1</sup> Es posible v. nuestro estudio “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”, N° 26, págs. 20 y ss; en cuanto a la comprensión del complejo de las ramas jurídicas: “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación ...” cit., N° 32, págs. 33/76.

<sup>2</sup> Pueden v. nuestros artículos “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs.41/56; “El derecho internacional ante una posible “preconstitucionalidad” mundial”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, año 10, t. II, págs. 859/875.

El capitalismo se suele valer de la institucionalidad estatal pero la excede con una institucionalidad propia. Hay así, v. gr., una institucionalidad bancaria, que diferencia el régimen del cheque del de la letra de cambio, y

del complejo de las particularidades a través de la integración y al fin de la universalización.  
<sup>3</sup>. Los desafíos de este nuevo mundo requieren clara conciencia de los criterios de elección en el marco del Derecho Internacional Privado.

2. Toda norma jurídica tiene la estructura de un juicio, con un antecedente que capta el sector social a reglamentar (problema a solucionar) y una consecuencia jurídica, que es la captación de la reglamentación (la solución); cada uno tiene características positivas y negativas, que han de estar respectivamente presentes o ausentes para que la norma funcione. Entre el antecedente y la consecuencia debe existir una relación fundada, que denominamos correspondencia y no una mera yuxtaposición. La correspondencia puede producirse por afinidad directa entre antecedente y consecuencia o por atracción de algún otro sector social, que varía el sentido problemático considerado en sí mismo.

Cada construcción del objeto jurídico es también una propuesta de construcción de líneas de correspondencia y de referencia a la yuxtaposición; es una propuesta de “denominadores comunes” que pueden indicar correspondencia o de “denominadores particulares” que pueden indicar mera yuxtaposición entre los antecedentes y las consecuencias jurídicas. En nuestro caso, hemos de utilizar las propuestas que plantean las clasificaciones de elementos extranjeros y puntos de conexión del Derecho Internacional Privado clásico y, en lo jusfilosófico presenta (dentro de la gran corriente integrativista y en particular en el ámbito tridimensional) la teoría trialista del mundo jurídico <sup>4</sup>.

3. En el Derecho Internacional Privado clásico, las características positivas del antecedente se forman con una causa, cuestión a resolver, y uno o varios contactos con diversos países.  
<sup>5</sup>. Toda norma, de cualquier materia, tiene una causa, pero en los antecedentes del Derecho Internacional Privado clásico importa también la presencia de elementos extranjeros.

En las características positivas de la consecuencia jurídica jusprivatista internacional

una institucionalidad societaria que conduce, por ejemplo, al derecho de exclusión de los socios minoritarios “no funcionales” (squeeze out; Squeeze-outs en el Derecho peruano, Juan Antonio Egúez, <http://www.prc.com.pe/eguez2.pdf> -2/11/2004; Capital & Corporate, El squeeze-out en derecho español: una experiencia reciente, Christian Hoedl-Uria & Menéndez, <http://www.capitalcorporate.com/analisis/a53.pdf> -2/11/2004-).

<sup>3</sup> Es posible v. nuestro estudio “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

<sup>4</sup> Cabe c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988; “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; 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.

<sup>5</sup> V. GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional Privado” cit., esp. págs. 99 y ss.



aparecen los puntos de conexión, que constituyen la indicación abstracta y determinable del Derecho aplicable, y lo conectado, el Derecho que ha de aplicarse. Los elementos vinculatorios con uno o varios países, señalados en al menos una posible relación con elementos extranjeros, aparecen en el antecedente y reaparecen como “hechos subyacentes” a los puntos de conexión en la consecuencia jurídica <sup>6</sup>.

Existe correspondencia por afinidad cuando las causas y los puntos de conexión tienen el mismo sentido problemático, por ejemplo, desde la perspectiva jusprivatista internacional, cuando se entiende que la validez del matrimonio es una causa personal profunda y se la relaciona mediante el punto de conexión personal profundo domicilio <sup>7</sup>. Hay, en cambio, correspondencia por atracción cuando el deseo de obtener hijos matrimoniales cambia esa referencia personal profunda, dirigiéndola al lugar en que la conducta de los contrayentes concurre, con cierta “superficialidad”, a la celebración (la filiación “atrae” al matrimonio, v.gr. art. 159 del Código Civil argentino) y por subsidiariedad si, ante la imposibilidad de hacer funcionar un punto de conexión de una clase (v. gr. conductista), se recurre a otro de otra clase (por ej. personal, como sucede entre los arts. 1205; 1209 y 1210, por una parte, y 1214, por otra parte, en el Código Civil argentino)<sup>8</sup>.

Obviamente, no toda referencia a la conducta de los contrayentes y a la celebración origina esa correspondencia por atracción: si en cambio se trata de la construcción de la “negocialización” del matrimonio, hay correspondencia por afinidad; si no hay fundamento para la relación entre antecedente y consecuencia, se trata de mera yuxtaposición.

La referencia profundizada, sobre todo cuando se constituye con puntos personales y reales, es más afín a la “cultura”, cuyas expresiones valorativas son más hondas; la remisión superficial se relaciona más con la “civilización”, en la que las manifestaciones valorativas son más “pulidas” y, precisamente, más “superficiales” <sup>9</sup>.

4. Para establecer si hay correspondencia o yuxtaposición es relevante ahondar también en los sentidos jusfilosóficos de las causas, los elementos extranjeros y los puntos de conexión,

<sup>6</sup> Íd., págs. 5 y 120.

Los puntos de conexión pueden ser no acumulativos, simples o condicionales, y acumulativos, con acumulación igual o desigual. Los puntos de conexión no acumulativos simples se remiten a una internacionalidad de determinación más “puntual”. Los otros corresponden a situaciones de “crisis” del tablero internacional.

<sup>7</sup> Como muestras de elementos extranjeros y puntos de conexión personales cabe mencionar a la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual; los elementos y los puntos reales son, v. gr., el lugar de situación y el lugar de registración y como elementos y puntos de conexión conductistas pueden mencionarse la autonomía conflictual, el lugar de celebración, el lugar de ejecución y el lugar donde sucede el hecho.

<sup>8</sup> Es posible c. nuestro artículo “Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión”, en “Juris”, t. 80, págs. 298 y ss.

<sup>9</sup> Puede v. nuestro artículo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 5, págs. 9 y ss.

comprensión que proponemos hacer a la luz de las propuestas trialistas <sup>10</sup>.

Las categorías trialistas permiten reconocer, por ejemplo:

a) En la dimensión sociológica causas, elementos extranjeros y puntos de conexión a los que se pretenden dar más sentidos de conducción humana (repartidora) o de naturaleza, influencias humanas difusas o azar (distribuciones); más referencia a beneficiarios recortados o proyección social; más autoridad o autonomía y más planificación gubernamental o ejemplaridad (modelo y seguimiento apoyado en la razonabilidad).

b) En la dimensión normológica hay causas, elementos extranjeros y puntos de conexión contruidos con mayores o menores posibilidades de exactitud, o sea de cumplimiento de las normas, y referencias a concepciones más negociales o institucionales, con más sentidos de negocios, actos o hechos jurídicos, correspondiendo señalar que a menudo la negociabilidad tratará más de salvar los actos y la institucionalidad se inclinará más a arriesgar su pérdida.

c) En la dimensión dikelógica se presentan causas, elementos extranjeros y puntos de conexión contruidos con consideraciones dirigidas a distintos valores, como la utilidad, el amor, la santidad, la justicia, etc; referencias mayores a la justicia general, que se dirige al bien común, y con sus requerimientos caracteriza al fin al Derecho Público, o a la justicia particular, cuyas exigencias individualizan en definitiva al Derecho Privado, y mayor o menor atención al complejo personal y a las consecuencias, al pasado, el presente o el porvenir, edificados con recortes productores de seguridad jurídica. Hay causas, elementos extranjeros y puntos de conexión con más sentido de humanismo intervencionista o totalitarismo o de humanismo abstencionista o individualismo; de mayor afinidad con la unicidad, la igualdad y la comunidad y más orientados a la protección del individuo contra los demás como individuos o como régimen, respecto de sí mismo o frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.).

En un lenguaje figurado, puede decirse que las causas, los elementos extranjeros y los puntos de conexión pueden ser al fin más profundos y “pesados” o superficiales y “livianos”.

5. 1. Aplicando las propuestas jusfilosóficas precedentes, cabe señalar que en la dimensión sociológica los puntos de conexión personales profundos, como el domicilio, tienen cierto sentido de conducción humana (repartidora), pero fuertemente referida a las influencias humanas difusas de la economía, la cultura, etc. que llevan a fijarlo. Los puntos de conexión conductistas más superficiales como la autonomía conflictual y el lugar de celebración al menos aparentan, en diversos grados, una mayor referencia a la conducción repartidora. Los puntos conductistas más profundos, como el lugar de cumplimiento, avanzan hacia la

<sup>10</sup> Cabe c. nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política” cit., t. III, 1984 , págs. 38 y ss.

consideración de influencias humanas difusas de la economía, la cultura, etc.

Los puntos conductistas, sobre todo cuando son superficiales, y en cierta medida los personales profundos, sobre todo el domicilio, atienden como recipiendarios recortados a los sujetos protagonistas y a su entorno inmediato. Aunque muchas veces se habla de una relación directa de los titulares de derechos reales con las cosas, los puntos de conexión reales tienen una referencia más social.

Los puntos de conexión reales como el lugar de situación, sobre todo cuando se aplican a inmuebles, y los personales profundos, ejercen más autoridad, porque es casi imposible o no es fácil cambiar la situación de un inmueble o de domicilio o nacionalidad. Los puntos conductistas superficiales son más afines a la autonomía.

Los puntos de conexión reales que apuntan a la situación de los inmuebles y los personales permiten una relativa planificación gubernamental, aunque a veces ceñida por la ejemplaridad (razonabilidad en la determinación domiciliaria o de la nacionalidad); en cambio los conductistas, principalmente cuando son superficiales, permiten más ejemplaridad. Los puntos de conexión conductistas más profundos dejan relativo avance a la planificación.

5. 2. En la dimensión normológica, los puntos de conexión reales cuando son referidos a la situación de los inmuebles e incluso los puntos personales profundos tienen ciertas posibilidades mayores de exactitud o sea de cumplimiento de las normas, pero a veces en los puntos personales la tensión entre la voluntad de los autores de las normas y los particulares generan importantes posibilidades de fraude a la ley que burla la exactitud. En los puntos de conexión conductistas superficiales las posibilidades de exactitud aumentan en el sentido de que el fraude se hace menos tentador; en los profundos esas posibilidades avanzan en el sentido de la dificultad del fraude.

Los puntos de conexión reales y personales, sobre todo cuando éstos son profundos, y de cierto modo los puntos conductistas profundos son más institucionales (referidos a ideas que prevalecen sobre los protagonistas); los puntos de conexión conductistas superficiales son especialmente negociales.

5. 3. En la dimensión dikelógica, los puntos de conexión personales profundos tienen más posibilidades de referencia al amor (por ej. el domicilio, en la vinculación familiar) e incluso a la justicia, en tanto por la facilidad del relacionamiento de medios con fines los puntos de conexión conductistas superficiales se vinculan más con la utilidad. Los puntos más realizadores de la utilidad poseen más sentido capitalista. Los principales carriles del desarrollo y la expansión del capitalismo son la autonomía conflictual (y la autonomía material), el lugar de celebración y el lugar de constitución. El crecimiento capitalista llega incluso a desbordar los cursos indirectos (conflictualistas) y a buscar soluciones directas (cabe c. por ej. la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional

de Mercaderías).

Los puntos de conexión reales e incluso el punto de conexión personal profundo nacionalidad tienen más proximidad con la justicia general y de cierto modo están más cercanos a lo “público”; en cambio, a medida que se pasa desde un punto personal profundo como el domicilio a los puntos conductistas aumentan los sentidos privatistas.

Los puntos de conexión conductistas superficiales tienen más sentido de recorte del complejo personal y puntualización de las consecuencias; en los puntos conductistas profundos y sobre todo a medida que se pasa de los personales a los reales se advierten más referencias al complejo personal y más fraccionamiento de las consecuencias. Como los fraccionamientos (recortes) de la justicia producen seguridad, resulta que los puntos de conexión conductistas superficiales aseguran a los particulares, en tanto los conductistas profundos, los personales y los reales aseguran más a la sociedad.

Los puntos reales y personales guardan más parentesco con el humanismo intervencionista o el totalitarismo; en cambio, los puntos conductistas superficiales tienen más afinidad con el humanismo abstencionista o el individualismo.

Los puntos conductistas más superficiales sirven más a la unicidad y consecuentemente son más liberales; los puntos de conexión conductistas profundos, los puntos personales y los puntos reales tienen más afinidades con la igualdad y la comunidad, de modo que resultan más democráticos y favorables a la “res publica”.

Los puntos conductistas más superficiales amparan al individuo contra el régimen; los conductistas más profundos, los personales y los reales pueden resguardarlo más respecto de los demás, sí mismo y “lo demás”.

## **II. Aplicación**

6. Con miras a mostrar el reconocimiento de los significados de las causas y de los puntos de conexión, vale tener en cuenta, v. gr., las causas “elementales” personas, forma y propiedades y las causas “relacionales” matrimonio, filiación, sucesión y obligaciones. Cada una de ellas puede ser construida con sentidos diversos, que permiten vincularlas por correspondencia con diferentes puntos de conexión. Numerosos interrogantes pueden guiar así la comprensión profunda de la parte especial del Derecho Internacional Privado clásico.

En nuestro caso, nos referiremos de modo particular a las causas capacidad y estado de las personas físicas y validez intrínseca de los contratos. La primera es todavía un enclave de la internacionalidad clásica; la segunda es un camino muy significativo de su intensificación y de la globalización/marginación.

### **a) La capacidad y el estado de las personas físicas**

7. La causa referida a la capacidad y el estado de las personas físicas puede ser o no analizada, por ejemplo, de modo principal atendiendo a la capacidad de derecho, es decir de ser titular de derechos y deberes, en relación con la dignidad, y a la capacidad de obrar, o sea de ejercer los derechos por actos propios, en vinculación con la maduración, y de modo secundario tomando en cuenta cuestiones “menores” como el nombre <sup>11</sup>.

Entre los grandes interrogantes respectivos, cabe incluir, v. gr., si se considera que la capacidad y el nombre son problemas personales profundos, a los que corresponden por afinidad puntos de conexión personales profundos, como el domicilio o la nacionalidad o son asuntos más superficiales. Vale preguntarse si se admitiría que fuese la propia conducta del sujeto la que determinara el Derecho aplicable a su capacidad o a su nombre, como sucedería permitiéndole que ejerciera una autonomía conflictual. Cabe interrogarse si se aceptaría, por ejemplo, esa autonomía conflictual en materia de nombre de modo que permitiera al sujeto elegir entre el Derecho de su nacionalidad y el de su domicilio o manejar el cambio de estatutos (conflicto móvil). Es importante considerar asimismo si la capacidad de derecho es tan inherente a la condición humana que ha de regirse por el propio Derecho del país al que el juez presta servicios (interpretación de base literal del art. 949 del Código Civil argentino)..

De modo más detallado, y sin desconocer que las caracterizaciones de cada punto de conexión son relativas respecto de los otros, cabe decir que si se opta por el punto de conexión personal profundo domicilio, en la dimensión sociológica se construye la solución de la causa capacidad y estado con cierto sentido de conducción humana (repartidora), fuertemente referida a las influencias humanas difusas de la economía, la cultura, etc. que llevan a fijarlo. Con el domicilio se atiende al sujeto domiciliado y a su entorno inmediato y hay cierto equilibrio entre la autonomía y la ejemplaridad para su fijación, por un lado, y la autoridad y la posibilidad de planificación que se obtienen ante la dificultad para cambiarlo por el otro.

En la dimensión normológica, con la referencia al domicilio la capacidad y estado tienen ciertas posibilidades mayores de exactitud o sea de cumplimiento de las normas, pero a veces la tensión entre la voluntad de los autores de las normas y los particulares generan posibilidades de fraude a la ley que, mediante la manipulación de las circunstancias domiciliarias, burla la exactitud. El domicilio es significativamente institucional, mucho más que la residencia; referirse a él es tener a la capacidad y el estado como cuestiones institucionales.

En la dimensión dikelógica, el domicilio refiere de cierto modo estas cuestiones de

<sup>11</sup> Pueden v. nuestros estudios “El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Colegio de Abogados”, Rosario, N° 12, 2a. época, págs. 117 y ss.; “Reflexiones sobre el Nombre de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado”, en “Anuario Argentino de Derecho Internacional”, N° IX, págs. 45/49; “El derecho humano a participar en la construcción del propio nombre” (comentario al fallo “Jacob, Guillermo D. y Jacob, Patricia y otros s/información sumaria”, C. Nac. Civ., sala I, 12/9/2000), en “Jurisprudencia Argentina”, 13 de junio de 2001, 2001-II, págs. 620 y ss., págs. 35/39.

capacidad y estado al amor (por ej. en la vinculación familiar) e incluso a la justicia; el domicilio es menos utilitario que la autonomía, pero más que la nacionalidad. Con el uso del domicilio como indicador del Derecho aplicable, se opta por una posición más capitalista que si se recurre a la nacionalidad, aunque menos capitalista que si se toma en cuenta la autonomía conflictual. En términos de referencia domiciliaria, la causa capacidad y estado es considerada más privatista que si se la remite a la nacionalidad, que es más publicista, pero obviamente es tenida como menos privatista que si se utiliza la autonomía conflictual. Con el punto de conexión domicilio, la causa tiene en cuenta de cierto modo el complejo personal familiar y se brinda cierta seguridad a la sociedad, menor que en la nacionalidad y mayor que en la autonomía conflictual.

La capacidad y el estado toman, con la conexión domiciliaria, cierto sentido de igualdad y comunidad, mayor que en la autonomía conflictual, que es más afín a la unicidad, pero menor que en la referencia a la nacionalidad. El domicilio equilibra más el amparo contra los demás, el régimen, el propio individuo y “lo demás”; la autonomía conflictual resguarda sobre todo respecto del régimen y la nacionalidad genera cierto riesgo de sujeción mayor al régimen.

### **b) La validez de los contratos**

8. En el terreno “ob-ligacional”, que puede entenderse al fin como el marco en que se “ligan” dos o más personas, actualmente dos o más patrimonios, de modo que lo que está en el patrimonio de unos debe pasar al de otros, suelen diferenciarse dos grandes ámbitos: uno signado por la fuerza vinculante de la propia voluntad de los interesados y otro en que las obligaciones surgen de voluntades ajenas. Desde la dimensión sociológica, las causas de las obligaciones son dos: autonomía y autoridad. En el enfoque normológico es útil la división pentárquica tradicional de las “fuentes” de las obligaciones: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley. En el despliegue axiológico, al fin se trata siempre de la consideración de que es valioso que lo que está en un patrimonio pase al otro, sea por la legitimidad de la voluntad de los interesados o por alguna otra referencia de valor, sobre todo más relacionada con el objeto (las prestaciones) <sup>12</sup>.

9. En el campo de las obligaciones que nacen de la voluntad, ocupa un lugar destacado el ámbito contractual <sup>13</sup>. La causa contractual general suele ser analizada separando la capacidad,

<sup>12</sup> Es posible v. por ej. nuestro artículo “Meditaciones acerca de las fuentes de las obligaciones”, en “El Derecho”, t. 102, págs. 996 y ss.

<sup>13</sup> Pueden v. nuestros artículos “Significados jusfilosóficos de los contratos”, en “Investigación...” cit., N° 10, págs.

la forma y la validez intrínseca, a la que a menudo se unen los efectos. Esto obedece, entre otros motivos, a los distintos grados de profundidad temática de tales cuestiones, sobre todo a la profundidad que se da a la capacidad y a la superficialidad con que se piensa a menudo la validez <sup>14</sup>.

Refiriéndonos específicamente a la validez intrínseca y los efectos de los contratos, que suelen unirse en una misma causa cuando se trata de contratos de corta o mediana duración, es frecuente que se haga una construcción conductista superficial, que lleva a la autonomía conflictual (y a la autonomía material) o al lugar de celebración. No obstante, a veces un sentido más “social” y “pesado” del contrato remite a la aplicación de la ley del lugar de cumplimiento (Tratados de Montevideo). En ciertos casos se arriba a caracterizaciones personales, por ejemplo, porque la institucionalización capitalista induce a que el domicilio o el establecimiento económico de una entidad protagonista sean los puntos indicativos del Derecho aplicable o porque atendiendo a la debilidad de una de las partes se hace remisión a la ley de su domicilio. En ciertos casos, la crisis de los puntos conductistas lleva también a puntos de conexión personales (c. art. 1214 del Código Civil argentino). En algunos supuestos, una radical referencia inmobiliaria conduce a puntos de conexión reales (v. art. 10 C. Civil argentino).

De modo más detallado y siempre sin desconocer que las caracterizaciones de cada punto de conexión son relativas respecto de los otros, cabe decir que si se opta por puntos de conexión conductistas superficiales como la autonomía conflictual y el lugar de celebración o puntos de conexión conductistas más profundos, como el lugar de cumplimiento, en la dimensión sociológica se construye la solución de la causa contractual con más o menos sentido de conducción humana (repartidora) y, a la inversa, menos o más atención a las influencias humanas difusas de la economía, la cultura, etc. Con los puntos de conexión conductistas, sobre todo cuando son superficiales, se atiende a los protagonistas de los actos, hay más referencia a la autonomía y a la ejemplaridad para su fijación, y con el lugar de cumplimiento se permiten más la autoridad y la planificación.

En la dimensión normológica, con la referencia a puntos de conexión conductistas superficiales aumentan las características negociales y disminuye la tensión que suele desembocar en el fraude a la ley; con los puntos conductistas profundos avanza la

33 y ss.; “Derecho Internacional Privado de los contratos en general en el Mercosur”, en “Investigación ...” cit., N° 24, págs. 37 y ss.; “Aportes para la comprensión axiológico-histórica de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, en “Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI”, N° 5, págs. 27 y ss.; “El derecho internacional privado argentino acerca de la validez de los contratos y la integración”, en “Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS-Homenagem a Clóvis do Couto e Silva - Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS-”, Vol. I, N° II, Porto Alegre, PPGDir./UFRGS, págs. 229/253; “Nuevas reflexiones básicas sobre el régimen de los contratos en el Mercosur”, en “Revista del Centro ...” cit., N° 23, págs. 49/57.

<sup>14</sup> Para considerar las razones del análisis de modo más pleno, vale atenerse a todos los enfoques trialistas.

institucionalidad y, si bien hay tensión, se dificulta el fraude.

En la dimensión dikelógica, los puntos de conexión conductistas superficiales son más utilitarios y afines al capitalismo, en tanto en la referencia conductista profunda hay más afinidad con la justicia y son más “sociales”. Los primeros resultan más afines a la justicia particular y son más privatistas; los segundos se encuentran más por senderos de justicia general y son más “publicistas”. Los puntos conductistas superficiales aseguran a los particulares, los profundos al medio social.

Los puntos conductistas superficiales hacen que el régimen contractual tenga más posibilidades de desenvolvimiento del humanismo abstencionista y de respeto a la unicidad; en cambio los puntos de conexión conductistas profundos están más próximos al humanismo intervencionista y a la comunidad. Los puntos de conexión conductistas superficiales amparan contra el régimen; los profundos resguardan más frente a los demás individuos, el propio individuo y “lo demás”.

### **c) Perspectiva de conjunto**

10. A través de la comprensión profunda de las relaciones entre los antecedentes y las consecuencias jurídicas es más posible apreciar los sentidos que tiene el complejo de un planteo de Derecho Internacional Privado y reconocer el mayor o menor grado de conciencia estratégica que posee el conjunto de referencia <sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Pueden v. nuestros artículos “Estrategia jusprivatista internacional en el Mercosur”, en “Investigación ...” cit., N° 27, págs. 62 y ss.; “La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación ...” cit., N° 32, págs. 25/6; “Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Centro ...” cit., N° 23, págs. 17/29; “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación ...” cit., N° 33, págs. 9/17; “Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)”, en “Investigación ...” cit., N° 36, págs. 21/31.



# NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LAS BASES Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO (\*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (\*\*)

## a) Nociones básicas

1. Las bases y la evolución de la cultura occidental contribuyen a comprender, incluso más allá de esta cultura, los significados reales de todos los problemas del Derecho Internacional Privado, sea que se trate del significado de la Parte General o de la Parte Especial <sup>1</sup>. Cuestiones puntuales, como las características de la internacionalidad clásica o la globalización/marginación; las soluciones de extraterritorialidad o de nueva territorialización

(\*) Notas básicas de una clase de Derecho Internacional Privado Profundizado I en la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UNR.

(\*\*) Profesor titular de Derecho Internacional Privado Profundizado I en la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UNR.

<sup>1</sup> Cabe c. nuestro trabajo “El Derecho Internacional Privado y sus soportes culturales”, en “Investigación y Docencia”, N° 8, págs. 3 y ss., también nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4 y “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003. En general respecto de varias ideas expuestas en el texto vale recordar HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, trad. José Gaos, 2ª ed., en Alianza Universidad, Madrid, 1982.

En relación con la complejidad internacional puede v. por ej. DUPUY, René-Jean, “Le dédoublement du monde”, en “Revue Générale de Droit International Public”, t. 100, págs. 313 y ss.; REMIRO BROTONS, Antonio, “Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional”, en “Revista Española de Derecho Internacional”, t. 51, págs. 11 y ss. También es posible tener en cuenta v. gr. GONZALEZ CAMPOS, Julio D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des regles de droit international privé”, en “Recueil des Cours” de la Académie de Droit International, t. 287, págs. 9 y ss. Cabe c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. XVII/XVIII; también v. gr. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª.ed., Milán Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss. Es necesario construir una teoría con complejidad pura, superando la complejidad impura y la simplicidad pura.

En cuanto a la historia de las relaciones internacionales en sentido amplio, pueden v. por ej. VERDROSS, op. cit., págs. 33 y ss.; KORFF, Serge A. (Baron), “Introduction a l’histoire du droit international”, en “Recueil des

de alcance mundial; la referencia exclusiva al Derecho aplicable o la inclusión de las respuestas jurisdiccionales, la apertura a la autonomía de las partes y la admisión de respuestas de divorcio vincular, se comprenden mejor cuando se las relaciona con esas bases y esa evolución <sup>2</sup>. No hay que caer en referencias históricas que nieguen el carácter al fin imprevisible del porvenir, pero importa atender a la historia para comprender mejor el presente y conjeturar el futuro.

El Derecho Internacional Privado, como el Derecho Internacional Público que le sirvió de base, nació en la cultura Occidental, en un marco de diversidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones económicas, artísticas, científicas, técnicas, religiosas, etc. que requerían una compleja regulación jurídica. La complejidad única y diversa de la dinámica cultura occidental es, en gran medida, la clave de la comunidad internacional en general y del respeto que significa el Derecho Internacional Privado clásico e incluso de la globalización que hoy tiende a desenvolver uno de los despliegues, de uniformidad, en detrimento de la idea de respeto a la diversidad y en franca promoción de nueva marginalidad.

El Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado nacieron en Occidente y para Occidente, con miras especialmente intensas de respeto a lo que también fuera occidental; en diversidad de superficie y unidad de base, planteando al orden público como garantía de la diversidad. Pese a los debates sobre la condición de los indios y el derecho a la Conquista, ya presentes por ejemplo en la obra de Francisco de Vitoria, el hecho es que en tanto se avanzaba en la internacionalidad en Occidente se destruían muchas culturas de las regiones conquistadas.

Aunque formalmente el Derecho Internacional Privado se abre en principio a todas las diversidades, cuando éstas son "excesivas", como sucede cuando se sale del denominador común occidental y se entra a otros sistemas jurídicos, recurre al orden público, sea a priori o a posteriori.

Cours" cit., t. 1, págs. 5 y ss.

Un panorama general del Derecho Internacional Privado es posible v. por ej. en GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988; KALLER DE ORCHANSKY, Berta, con la colaboración de Adriana Dreyzin de Klor y Amalia Uriondo de Martinoli, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado", 5ª. ed., Bs. As., Plus Ultra, 1997. También puede c. v. gr. José María Espinar Vicente: Derecho Internacional Privado, [http://www2.uah.es/cpm/Web\\_derecho/Framesetderecho.htm](http://www2.uah.es/cpm/Web_derecho/Framesetderecho.htm) (28-7-2004); Universidad de Alicante, Servicio Jurídico, Derecho Internacional Privado, <http://www.ua.es/es/servicios/juridico/intprivat.htm> (28-7-2004); FALK, Richard A., "Derecho Internacional Privado", en "Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales", Madrid, Aguilar, vol. 3, 1974, págs. 559 y ss.; <http://www.fortunecity.com/boozers/norfolk/129/> (28-7-2004).

<sup>2</sup> Puede v. nuestro "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 24, págs.41/56. Cabe c. JAYME, Eric, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", en "Recueil des Cours" cit., t. 282, págs. 9 y ss.

La complejidad de Occidente, cuya propia concepción suele ser muy discutida, puede mostrar qué es lo que puede ser respetado y qué es lo que hoy lleva a la globalización/marginación. También permite apreciar qué lugar ocupa un país, en nuestro caso la Argentina, en el panorama de respeto y globalización del Derecho Internacional Privado.

Al fin, todas las soluciones del Derecho Internacional Privado son comprensibles como respuestas culturales dotadas de diferentes sentidos posibles. Cada cuestión iusprivatista internacional y cada solución al respecto tienen sentidos diferentes a la luz de las realidades culturales básicas. Dentro del mismo Occidente, las diversidades culturales dan sentidos distintos a los asuntos patrimoniales y familiares, según el punto particular en que uno se sitúe.

## **b) La cultura de Occidente en general**

2. La cultura de Occidente puede ser reconocida principalmente como resultado básico de una complejidad de aportes antiguos y medievales griegos, romanos, judeocristianos y germánicos o como una comunidad capitalista y burguesa, de modo que el relacionamiento internacional puede ser diversamente condicionado. No es lo mismo vincularse según los denominadores premodernos (como es la occidentalidad que estimamos definitoria) que atendiendo a los despliegues modernos.

La cultura de la diversidad en la unidad de Occidente nació en el ámbito del grande pero accesible mar Mediterráneo, de equilibrio entre lo terrestre y lo marítimo. El hombre marítimo surgido en el Mediterráneo es el que se animó a abandonar el “piso” dado por la tierra para hacer uno nuevo de su propia audacia y de su propia destreza, el que con mente abierta se viene arriesgando a navegar los mares, el aire, el espacio, la materia, incluso su propio patrimonio genético; el que se anima a navegar jurisdicciones distintas, extraterritori alizándolas, cambiándolas en el tiempo. La cultura occidental es en gran medida comercial, y el comerciante está dispuesto a cambiar lo dado en búsqueda de utilidad, incluso llegando a fabricar nuevas realidades; el Derecho Internacional Privado está orientado a cambiar lo jurídico en aras de lo útil, en este caso, en el despliegue espacial.

3. El primer gran legado occidental es el griego, el de una cultura que en lugar de los ámbitos enclaustrados de las tumbas egipcias es representable por la apertura a aires exteriores del Partenón, de modo que puede entenderse también por la apertura a jurisdicciones distintas propia del Derecho Internacional Privado. La herencia griega abarca el prometeico sentido del “pecado triunfante” y la apertura a Derechos diversos puede nutrirse de cierto abandono del sentido del pecado de la propia “re-ligiosidad”. El aporte griego incluye la permanente apertura a la sabiduría, al fin al saber que no se sabe, que nutre el sentido de apertura a otros Derechos; se llega al abandono de la autosuficiencia del saber y el Derecho ya poseídos. La

proyección de la Filosofía y del Derecho Internacional Privado hacia dimensiones diversas de lo propio tienen hondas afinidades <sup>3</sup>.

El legado romano parte, a nuestro respecto, de la diferenciación de lo privado y lo público; la superficialidad romana se nutrió del sentido de la propiedad privada y la libertad de contratación que une superficialmente lo que en lo profundo no es consistente. El sentido de que lo privado puede diferenciarse de lo público es inherente al despliegue del Derecho Internacional Privado. La herencia romana es, en parte, la construcción de un enorme espacio administrado con eficiencia, con caminos, puentes y acueductos, y el Derecho Internacional Privado, sobre todo en nuestros días de la globalización, se ocupa de la eficiencia en la vinculación territorial.

Es posible que los hombres encontremos o pongamos en la divinidad nuestras más profundas aspiraciones. En el legado judeocristiano, la referencia del monoteísmo de alcance popular a un único Dios hace más viable que la religión un día se hiciera universal, constituyéndose en elemento común de todos los hombres, abriendo sendas a una juridicidad universal. La remisión al Dios Creador favorece, al menos en la comprensión voluntarista que culmina en Juan Duns Escoto, la creencia en que el Derecho, como producto de la voluntad, no está referido a una razón o una naturaleza preexistentes. Los pueblos tendrían voluntad libre para crear sus Derechos, también sin limitación por la razón o la naturaleza, y esto favorece al Derecho Internacional Privado. Esa misma posibilidad de liberación a largo plazo de la “naturaleza” es favorecida por la creencia en que Dios es persona, diferente de ella. La omnisciencia y sobre todo la omnipotencia y la omnipresencia divinas confluyen en el sentido de la planetarización con referencias libres de la razón y la naturaleza; en el Derecho Internacional Privado hay un sentido de planetarización de lo jurídico. Si bien la cultura judía es relativamente “enclaustrada” por el Pacto de Dios con el pueblo elegido y por la sujeción a la “Ley”, el cristianismo abrió cauces a más diversidad, cuando enseñó que la Ley ha sido hecha para el hombre y, sobre todo, que el Reino no es de este mundo.

El aporte germánico significó el despliegue de la individualidad en comunidad y también su presencia mayor o menor según las áreas y los momentos es parte de la complejidad diferenciada de Occidente.

No es el mismo el sentido que tienen los contratos o la propiedad y la familia según se piense desde una perspectiva más griega, romana, judeocristiana o germana.

4. Dentro del Occidente en sentido amplio, vale distinguir las áreas diversificadas por el Canal de la Mancha, que en general marca dos maneras de pensar el mismo legado básico y el mismo desarrollo al fin capitalista (una más casuística en el “common law” y otra más referida

<sup>3</sup> Es posible v. nuestro artículo “Afinidades entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado”, en “Investigación y Docencia”, N° 11, págs. 3 y ss.

a generalidades, en el llamado sistema “continental” romano –justiniano- germánico) y las áreas diferenciadas por los Pirineos, que diversificaron hasta hace poco tiempo a una vertiente más moderna, genéricamente anglofrancesa y alemana, y otra con más presencia premoderna, en general del espacio ibérico (aunque valga reconocer especificidades en España y Portugal <sup>4</sup>). En ámbitos como los de Iberoamérica, la diversidad pirenaica es más importante que la diferencia marcada por el Canal de la Mancha.

El pensamiento anglosajón del Derecho, más referido a casos, es afín a la vocación por la experiencia y lo particular apoyada por Occam, en tanto el pensamiento “continental”, se remite más a los tipos de racionalidad más generales de Descartes y Leibniz. No es extraño que en su momento el pensamiento “continental” se refiriera más a la racionalidad de fondo, en tanto la consideración jurisdiccional, más empírica, se ha desenvuelto en la esfera anglosajona y ha avanzado con su influencia. Tal vez tampoco sean irrelevantes estas herencias filosóficas en relación con la remisión anglosajona al domicilio, que es más concreto e individual, y la referencia predominante en el continente a la nacionalidad, que es más abstracta y de cierto modo colectiva.

### **c) Las particularidades ibéricas**

5. Los Pirineos marcaron una importante diversidad de Occidente. Quizás a partir de la llamada guerra de la Reconquista, los reinos españoles fueron adquiriendo un carácter especialmente beligerante, evidenciado por el propio nombre “Castilla”. La economía se hizo sobre todo ganadera y adquirió caracteres de cierto modo “parasitarios” por obra de la Mesta, de modo principal por sus sectores más orientados a la exportación de productos no elaborados, y por el “bullionismo” que, a diferencia del mercantilismo vigente en otros países, identificó la riqueza de los Estados por la posesión de metales preciosos y no por el saldo favorable de la balanza comercial.

La resistencia a los criterios de adaptación al mundo moderno y el capitalismo contenidos en la Reforma, se expresó en España en una fuerte adhesión a la Contrarreforma. La herencia religiosa católica ibérica está lejos de la adaptación del cristianismo al capitalismo contenida de modo muy especial en el calvinismo. Ni en las revoluciones burguesas ni en la Revolución Industrial, ni en las ideas que las acompañaron, por ejemplo desde el liberalismo e incluso la democracia, los países ibéricos tuvieron participación significativa.

Para pensar el Derecho Internacional Privado de nuestra región, y en especial de la Argentina, vale tener en cuenta nuestras particularidades, sea para mantenerlas o cambiarlas.

<sup>4</sup> Cabe c. nuestro trabajo “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, N° 4, págs. 113 y ss.

6. En estos términos, vale señalar por ejemplo que la autonomía de la voluntad directa, o al menos en su afinidad con la referencia al lugar de celebración o el lugar de constitución de las sociedades, que sostiene el liberalismo, no posee el mismo sentido de reparto real de potencias e impotencias en países con desarrollo capitalista que en otros que no la alcanzaron, en zonas de gran desenvolvimiento empresario y en otras donde el capitalismo es local y claudicante. No es irrelevante que en ámbitos como la Argentina, por influencia del catolicismo, se libró una larga batalla considerando que el divorcio vincular es contrario al orden público. No es coincidente el significado del protagonismo judicial en países anglosajones o “continentales”; el juez anglosajón está habituado a una capacidad decisoria que el juez continental está al menos lejos de tener en su conciencia.

7. El Derecho Internacional Privado diverso es una expresión de la diversidad cultural. Cuando se piensa en la recepción de respuestas jusprivatistas internacionales de culturas distintas, hay que atender a que ella puede dar resultados de asimilación o de rechazo, en este caso, con consecuencias incluso contraproducentes <sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Es posible v. nuestros artículos “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 del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 9, págs. 33 y ss.; también “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Asimismo WATSON, Alan, “Legal Transplants”, 2ª. ed., Athens, University of Georgia Press.

# REFLEXIONES DE DERECHO DE LA CULTURA, DERECHO UNIVERSAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN RELACION CON LA GUERRA EN IRAK:

(¿La “hora de la verdad” o una guerra de Occidente consigo mismo?

¿Cuáles son los denominadores comunes del Derecho Universal y el Derecho Internacional Privado?) (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

En el recuerdo de  
mi colega y amiga

Berta Kaller de Orchansky,  
por su lúcido compromiso jurídico  
con la dignidad del ser humano<sup>1</sup>.

## I. Las líneas problemáticas en general

1. La presente guerra en Irak y la política general asumida, con caracteres más aparente que profundamente diferenciados, por las grandes potencias capitalistas significan un enorme *desafío* para la *cultura occidental*, cuna del capitalismo y para la constitución del *Derecho Universal* de nuestro tiempo. A su vez, puede contribuir al desenvolvimiento de la comprensión de las relaciones que los denominadores comunes establecen entre antecedentes

(\*) Ideas básicas de la exposición del autor en el homenaje a la profesora emérita de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba doctora Berta Kaller de Orchansky realizado el 3 de junio de 2004 (sesión inaugural conjunta de los Seminarios Permanentes de Profundización en Derecho Internacional Privado y de la Integración” y de “Derecho del Transporte”).

(\*\*) Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET.

<sup>1</sup> Puede v. La Voz del Interior On Line, 12 de diciembre de 2003, Murió Berta Kaller-Orchansky, vocal del Tribunal Superior, [http://www.lavoz.com.ar/2003/1212/politica/nota209325\\_1.htm](http://www.lavoz.com.ar/2003/1212/politica/nota209325_1.htm) 82-6-2004). En cuanto a la proyección privada de la personalidad de la doctora Kaller de Orchansky cabe c. asimismo por ej. Contactos, Lista de contactos de Moisés Ville, 370, <http://www.mville.com.ar/Listacon tactos8.htm> (2-6-2004); El Litoral On Line, Edición vespertina del 26 de diciembre de 2003, 9 de junio de 2004, Cartas a la Dirección, <http://litoral.com.ar/index.php3/diarios/2003/12/26/opinion/OPIN-04.html> (9-6-2004).

y consecuencias del *Derecho Internacional Privado*.

Más allá de tratarse de una nueva manifestación del conflicto entre Asia y Europa, que se mostró ya, por ejemplo, en las Guerras Médicas, el enfrentamiento presenta, dentro de Occidente, un episodio de la relación tensa entre *economía* y *vida humana* en general, tan característica de esta cultura. Se trata de una nueva expresión de una vinculación muy difícil que ha caracterizado en parte toda nuestra historia, pero ahora asume rasgos particularmente notorios y graves.

Quizás la tensión sea una de las maneras propias del desenvolvimiento de Occidente, pero al menos se muestra como una de las “contradicciones” que sus enemigos pueden aprovechar y quienes nos sentimos partes de él queremos esclarecer y, de ser posible, superar. Puede decirse que, más allá de la “guerra exterior”, Occidente tiene cierta “guerra interna” entre dos grandes perspectivas existenciales. Se desarrolla, en cierta medida, una “guerra” de Occidente consigo mismo.

Aunque no sin cierta radicalización, aprovechando ideas de Hegel podríamos decir que el *presente* da sentido a todo el *pasado*, o de cierto modo que todo el pasado podría haber sido una astucia histórica preparatoria del presente<sup>2</sup>. En nuestro caso, se trataría de saber si, ante una guerra que resulta evidentemente al fin una maniobra para poner el petróleo en manos de autoridades confiables, disfrazada con discursos de legítima defensa y de derechos humanos, se muestra que éstos no han sido siquiera una parte de la tensa occidentalidad, sino un elemento de la gran preparación de un mundo económico.

2. La guerra lleva a interrogarse, en el panorama del *Derecho Universal* entendido como manifestación jurídica de la vida interrelacionada de la humanidad toda, cuáles son los *denominadores comunes* de esa interrelación, en principio superadora de los denominadores particulares de las distintas culturas y los diferentes países, que propone Occidente<sup>3</sup>. Lo que se resuelva para el primer interrogante, respecto de la “occidentalidad”, puede significar una propuesta específica para esta segunda cuestión. Vale averiguar si se trata, por ejemplo, de una propuesta de denominadores de poder, económicos, religiosos o simplemente humanos.

Los denominadores comunes contribuyen al mutuo reconocimiento y a la paz; quienes no los poseen, son marginados y pueden estar en guerra. Resulta notorio que el denominador

<sup>2</sup> Decía Hegel, por ejemplo, que “La historia universal muestra tan sólo cómo el espíritu llega paulatinamente a la conciencia y a la voluntad de la verdad”, que en la historia universal vemos cómo el espíritu llega al conocimiento de sí mismo y lo realiza en las distintas esferas condicionadas por él (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, trad. José Ortega y Gasset, 2ª ed., en Alianza Universidad, Madrid, Alianza, 1982, págs. 76 y 150).

<sup>3</sup> Es posible v. nuestro estudio “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001; también nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 205 y ss.



común más “pacífico”, porque nos comprende a todos, es la propia humanidad<sup>4</sup>.

El reconocimiento de los denominadores comunes que dan cauce a las relaciones de las partes es relevante en toda vinculación.

3. El reconocimiento profundo de los denominadores comunes es, también, importante para la vinculación de los *antecedentes* y las *consecuencias jurídicas* de las normas, de los problemas de reparto a resolver y de sus soluciones que, en nuestro caso, nos importan específicamente en el marco del Derecho Internacional Privado<sup>5</sup>.

Los tres planteos son significativos en la comprensión del *Derecho de la Cultura*<sup>6</sup>.

## II. Occidente y su vinculación en el Derecho Universal

4. A través de su *compleja y tensa* evolución, nacida en gran parte de su instalación inicial en un mar grande pero accesible, quizás de características únicas como el Mediterráneo, y de legados de Grecia, Roma, el Judeocristianismo y de los pueblos germanos, los occidentales hemos desarrollado, de maneras diferenciadas, por una parte, un enorme *despliegue económico* y una reiterada *vocación imperial*, pero también, por otra, un gran discurso sobre *amor al prójimo* y al *enemigo* y acerca de un Estado relativamente *liberal, democrático y republicano*, a menudo expresión de una nación, y respetuoso de los *derechos humanos*<sup>7</sup>.

La búsqueda de moldes imperiales de ser posible “mundiales”, particularmente presente en Roma y su legado, que entra en frecuente conflicto con otras raíces occidentales, es una aspiración reiterada en la historia de nuestra cultura.

5. La Edad Media fue marco de prolongadas aspiraciones imperiales, como las que se iniciaron con Carlomagno, pero la tensión respectiva está presente en el propio nombre del Sacro Imperio Romano Germánico.

<sup>4</sup> Aunque se haya planteado la cuestión en otra perspectiva, en el bicentenario del fallecimiento de su autor cabe recordar especialmente: KANT, Immanuel, “Sobre la paz perpetua”, trad. Joaquín Abellán, 6ª. ed., Madrid, Tecnos, 1998. Una aplicación al conflicto en Irak puede v. en [http://centros5.pntic.mec.es/ies.vega.del.prado/la\\_paz\\_perpetua.htm](http://centros5.pntic.mec.es/ies.vega.del.prado/la_paz_perpetua.htm) (1-6-2004); en otro sentido cabe c. Grupo de Estudios Estratégicos, Sobre Irak (y Kant), por Miguel Ángel Quintanilla Navarro, <http://www.gees.org/articulo/329/> (1-6-2004).

<sup>5</sup> Cabe c. nuestro artículo “Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión”, en “Juris”, t. 80, págs. 298 y ss.

En cuanto a la posición integradora de la teoría trialista del mundo jurídico, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed, 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía ...”cits., 1982/4; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

<sup>6</sup> Cabe c. nuestro estudio “Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

<sup>7</sup> Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

A fines de la medievalidad y en los espacios dejados por tensiones no superadas, en diversas regiones de Europa se desarrollaron burgos en los que nacieron el capitalismo y la burguesía. Luego de haber contribuido a la formación del Estado moderno en una alianza con los reyes, que le aseguraba un espacio más amplio que los burgos, y en lucha contra las aspiraciones generalizadoras del Sacro Imperio y la Iglesia, la burguesía comenzó a acosar a los monarcas procurando la liberalización y la democratización del Estado e incluso su “nacionalización”. Después de Maquiavelo, Hobbes y Bodin vinieron Locke, Montesquieu, Smith, Rousseau y Fichte. La Revolución Industrial contribuyó a la consolidación del Estado moderno; el carbón y el acero fueron instrumentos de esa afirmación.

Pese a múltiples conflictos, el legado compartido por los Estados occidentales permitió la *comunidad juspublicista internacional*; luego se alcanzó la *comunidad jusprivatista internacional*. Las relaciones entre Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás culminaron en el sentido del *respeto* al elemento extranjero, expresión máxima de la comunidad jusprivatista internacional clásica. Con miras a este respeto, se arribó a la imitación del Derecho que más se vinculaba con cada caso.

El respeto al elemento extranjero es afín y coetáneo con el liberalismo político, incluso con la democracia y, al fin, con la consideración debida de los derechos humanos en concreto. En determinado momento se alcanzó a pensar que el denominador común para el respeto es la condición humana.

A los nombres de Vitoria, Suárez y Grocio, ligados a la comunidad juspublicista internacional, les siguió el de Savigny, teórico de la comunidad jusprivatista internacional.

6. En el Derecho Internacional Privado clásico, una *compleja problemática*, de calificaciones, cuestión previa, reenvío y calidad del Derecho extranjero, por una parte, y de fraude a la ley y orden público, por otra, expresó las tensiones del respeto y sus límites, las difíciles vinculaciones de los denominadores comunes y los denominadores particulares<sup>8</sup>. Proyectando esa problemática ha podido elaborarse incluso una teoría general de los *contactos de respuestas jurídicas y culturales*. Así pueden entenderse, por ejemplo, las relaciones entre la economía y la vida que hoy preocupan especialmente: vale saber, v. gr., cuál de ellas califica las relaciones y puede reenviar a otros despliegues vitales y en qué medida cada una está en condiciones de defenderse rechazando el imperio de la otra (es decir, plantear un “orden público”). Por ejemplo: ¿califica la economía a la vida o ésta a la economía?

7. Las contradicciones de Occidente estuvieron muy presentes en las guerras de

<sup>8</sup> Pueden v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo Asesor de Investigaciones de la UNR, 1976, págs. 59 y ss.; también “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 3, págs. 83 y ss.

conquista colonial de América e incluso de otros continentes, a la vez animadas por la sed de riqueza y la rapiña y por la invocación y la expansión del cristianismo, que enseña el amor al prójimo e incluso al enemigo. Quizás la vivencia del conflicto occidental se manifestó de modo especial en personajes hispánicos hoy de magnífica memoria, que se esforzaron en mantener los despliegues éticos de Occidente, como Fray Francisco de Vitoria <sup>9</sup> y Fray Bartolomé de las Casas <sup>10</sup>. El denominador económico y el denominador poder pujaban contra el reconocimiento del denominador humano y muchas veces predominaron sobre él.

A comienzos del siglo XIX, la tensa vocación imperial de Occidente se expresó en el Imperio Napoleónico. En nombre de la libertad se conquistó militarmente a gran parte de Europa. El Imperio Inglés combinó la realización de la libertad en Inglaterra con la dominación de gran parte del Planeta. Si bien en el espacio bonapartista y en el ámbito de poder británico hubo más presencia romana y más discurso de libertad, en la primera mitad del siglo XX el elemento germánico y la prescindencia de los derechos humanos prevalecieron en las conquistas imperiales hitlerianas. Estos casos muestran también, en distintas medidas, que los denominadores económicos y del poder fueron prevaleciendo.

En la actualidad, sin embargo, la tensión occidental es particularmente grande, sobre todo porque los avances de los denominadores comunes economicista y del poder se producen cuando la perspectiva ideológica, en este caso de los derechos humanos, se suponía especialmente arraigada en los pueblos de nuestra cultura y del mundo. El enmascaramiento bajo un denominador religioso que ideológicamente incluye y excluye sólo sirve para el discurso del poder imperial, pero es poco convincente.

8. Sin desconocer la importancia de los inventos difundidos en ese tiempo, que viabilizaron la circunnavegación del Planeta alcanzada por Magallanes y Elcano para España, cabe señalar que el *carbón* y la *máquina a vapor*, que movieron a ferrocarriles y barcos, afirmaron al Estado moderno nacional y la comunidad internacional clásica.

Hoy, cuando los intereses burgueses desbordan al Estado moderno-nacional, las fuerzas y las relaciones de producción, apoyadas en el *petróleo*, la electricidad y el átomo, en las posibilidades del hidrógeno y la energía solar y en las relaciones contractuales, conducen a procesos de *integración* y, de manera impactante, a una *globalización/marginación* que va llevando a la posible formación de un *Estado mundial* en etapa hobbesiana de monopolio del poder, un Estado planetario en gran medida encabezado por los Estados Unidos de América, potencia que acentúa así el proceso de expansión que la caracterizó desde sus primeros tiempos<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Fray Francisco de Vitoria, <http://www.dominicos.org/op/textosdo/1vitoria.htm> (2-6-2004).

<sup>10</sup> Fray Bartolomé de Las Casas, <http://www.uni-mainz.de/~lustig/texte/antologia/lascasas.htm> (2-6-2004).

<sup>11</sup> Acerca de la internacionalidad y la globalización cabe c. por ej. nuestro artículo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs.41/56.

Pese al desafío del euro, el dólar se expande como moneda mundial y el inglés va ocupando el lugar de un “nuevo latín”. La infraestructura mundial sólo puede asegurarse con una estatalidad mundial y se hace la guerra para concretar ese nuevo equilibrio.

La aviación, sobre todo cuando se ha hecho supersónica, desborda y confunde los alcances del Estado moderno nacional. La comunicación electrónica borra las fronteras. El poder genético abre posibilidades quizás inimaginables. Se va caracterizando, al fin, un cambio de *era de la Historia*. El sueño judeocristiano expresado en la creencia en un Dios omnisciente, omnipotente y omnipresente parece hacerse realidad en los hombres. Cabe preguntarse si en el porvenir habrá un denominador común humano en el espacio y el tiempo o la economía y el poder están abriendo cauces a otros criterios de interrelación humana.

9. En el marco globalizado, el sentido de respeto al elemento extranjero de la comunidad jusprivatista internacional clásica compite hoy con la formación de soluciones más fáciles y eficientes que exceden los límites de los Estados como respuestas materiales comunes e incluso paraestatales, v. gr. con la “autonomía universal”, la nueva “lex mercatoria” y la doctrina de pretensión generalizada<sup>12</sup>. El Derecho Comercial, que nació con carácter paralelo al Derecho Común y fue estatizado cuando la burguesía dominó al Estado, hoy supera los moldes estatales. En el interior de Occidente la reserva de orden público tiende a limitarse.

Por otra parte, quizás en una expresión más de marginación, el respeto es bloqueado, en términos bélicos, al menos entre los sistemas jurídicos de Occidente y el Islam. El Derecho Internacional Privado clásico, producto occidental, es acosado por la globalización y por la hostilidad. El denominador común económico predomina y aproxima a los sectores globalizados en el interior de Occidente y excluye a otras culturas, principalmente a grandes sectores del Islam.

La comunidad juspublicista internacional, a menudo ideologizada a través de la Organización de las Naciones Unidas, está en profunda *crisis*. El replanteo llega también, con diversas perspectivas en el interior y el exterior de Occidente y el capitalismo a la comunidad jusprivatista internacional.

10. Es cierto que la cultura teocéntrica del Islam ha diferido siempre mucho del

<sup>12</sup> En cuanto a la autonomía universal puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988, pág. 195. Cabe c. KALLER DE ORCHANSKY, Berta, “Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado”, con la colaboración de Adriana Dreyzin de Klor y Amalia Uriondo de Martinoli, Bs. As., Plus Ultra, 1991, págs. 352 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable”, en “Juris”, t. 47, págs. 229 y ss.

Es posible c. por ej. The 1911 Edition Encyclopedia LoveTo Know, Law Merchant or Lex Mercatoria, [http://68.1911encyclopedia.org/L/LA/LAW\\_MERCHANT\\_or\\_LEX\\_MERCATORIA.htm](http://68.1911encyclopedia.org/L/LA/LAW_MERCHANT_or_LEX_MERCATORIA.htm) (1-6-2004); Cameron May, Lex Mercatoria, <http://www.jus.uio.no/lm/> (1-6-2004); Lex Mercatoria, <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf> (1-6-2004); Unidroit, <http://www.unidroit.org/> (1-6-2004).

predominante antropocentrismo al que ha llegado Occidente e incluso del teocentrismo tradicional judío; es verdad que el “Reino” cristiano no es de este mundo, como lo es de modo significativo el del Islam, que muchas veces llama al combate, pero al menos según una de las vertientes del pensamiento occidental esto *no justifica* una guerra como la de Irak, que ni siquiera podía ser relacionada con los sucesos del 11 de septiembre de 2001, y lleva al retroceso de vías posibles de convivencia. Culturas que al fin creen en un *mismo Dios* son impulsadas, en distintos lugares del mundo, desde uno y otro lado, pero de modo especialmente inexplicable desde parte de Occidente, a la intolerancia y el genocidio <sup>13</sup>. La *irreversibilidad* del daño causado agrega caracteres quizás trágicos a la situación <sup>14</sup>.

Es verdad que las autoridades de los Estados Unidos de América, cabeza política y militar de la agresión cometida contra Irak, han tenido hasta ahora la grandeza de no fabricar pruebas de los hechos que invocaron para la guerra y que resultaron falsos, pero la matanza y la anarquía promovidas en el país, la degradación de prisioneros <sup>15</sup> y la maniobra actual de implantar un gobierno títere no son compatibles con los ideales de Occidente.

En lugar de *universalización* respetuosa de las particularidades, dotada de denominadores comunes, pero respetuosa de los denominadores particulares, porque los sustenta al menos el denominador común humano, la planetarización actual tiende a borrar esas particularidades. La riqueza cultural de la humanidad, que exhibía el Derecho Comparado, tiende a ser un dato del pasado <sup>16</sup>.

11. Los propios procesos de integración de nuestro tiempo son diversificados según se refieran al mero desenvolvimiento del comercio, con el consiguiente predominio de la potencia económicamente dominante, como se propone en el ALCA, o a vías de relacionamiento vital más completo, según surge de nuestro debilitado Mercosur. El ALCA propone básicamente denominadores comerciales, ni siquiera económicos; el muy difícil Mercosur es la esperanza

<sup>13</sup> Puede v. El Sagrado Corán, <http://www.intratext.com/X/ESL0024.htm> (1-6-2004), acerca de la convocatoria al combate cabe c. <http://www.intratext.com/IXT/ESL0024/17G.HTM>.

En cuanto al Derecho Musulmán puede c. por ej. ESTEVEZ BRASA, Teresa M., “Derecho Civil Musulmán”, Bs. As., Depalma, 1981.

Es posible V. La Sagrada Biblia, <http://www.elcatolicismo.com/biblia> (1-6-2004). En el Evangelio según San Juan se dice, por ejemplo: 18,36 Respondió Jesús: «Mi Reino no es de este mundo. Si mi Reino fuese de este mundo, mi gente habría combatido para que no fuese entregado a los judíos; pero mi Reino no es de aquí.»

<sup>14</sup> En caso que el rechazo de la afirmación economicista lleve a sancionar políticamente al presidente Bush hijo, habrá que tener en cuenta que no se trate de una “hipocresía” histórica. Tal vez la tendencia general de muchos hombres a “usar” y abandonar a sus semejantes sea particularmente intensa en la sociedad de consumo en que ha devenido el capitalismo occidental.

<sup>15</sup> Yahoo España Noticias, 17 de mayo de 2004, UE condena abusos en Irak mientras crece escándalo en EEUU, <http://es.news.yahoo.com/040517/44/3f3ja.html> (11-6-2004).

<sup>16</sup> Puede c. nuestro artículo “Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 20, págs. 107/108.

del desarrollo de un denominador común humano e ibérico.

Debajo de la superficialidad de conflictos religiosos cuya importancia se exagera, hoy hay nuevamente una notoria sed de rapiña para asegurar la disponibilidad de productos vitales para la existencia de la economía encabezada por Occidente. Decía Werner Goldschmidt que en cuestiones vitales los mandamientos (podría decirse los proyectos para casos futuros) se replantean, y esto es lo que sucede con las reglas de respeto a los derechos humanos, adoptándose una respuesta negativa <sup>17</sup>. La agresión contra Irak está en cierta medida en la “lógica” general del comportamiento humano, pero vale interrogarse si está en la lógica de los ideales occidentales.

### III. Los denominadores comunes propuestos para el Derecho Internacional Privado

12. El respeto jusprivatista internacional se manifiesta en la adopción de denominadores comunes adecuados en la relación entre antecedentes y consecuencias de las normas, para producir relaciones que se consideren de *correspondencia*, por afinidad o atracción, y no de mera *yuxtaposición*. A semejanza de las categorizaciones personales, reales y conductistas de los problemas a resolver y de los puntos de conexión, los denominadores comunes que los vinculan pueden tener esas características. Son los denominadores comunes los que relacionan, en correspondencia o afinidad, si resultan legítimos, o en yuxtaposición, si son considerados ilegítimos, a los antecedentes y las consecuencias.

Por ejemplo, si una cuestión personal es resuelta con un punto de conexión personal, porque interviene un denominador común personal, hay correspondencia por afinidad. Así suele suceder cuando la capacidad de las personas de existencia biológica (físicas) es relacionada a través de un denominador común personal con el punto de conexión personal domicilio. Cuando una cuestión personal es solucionada con una consecuencia conductista a través de un denominador común personal que inclina a evitar perjuicios a personas, como sucede cuando para obtener hijos matrimoniales se somete la cuestión personal validez del matrimonio a la ley del lugar de celebración, hay correspondencia por afinidad. Si la cuestión de validez del matrimonio fuera resuelta a través del punto de conexión real situación de los bienes de los cónyuges, el común denominador sería sólo el poder y resultaría ilegítimo, produciendo mera yuxtaposición.

En todos los casos es conveniente aclarar, en un nivel más profundo que los denominadores comunes personales, reales o conductistas, si hay, v. gr., un denominador común de poder, económico, religioso o al fin humano. Creemos que en general hay una cierta afinidad especial

<sup>17</sup> Es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica ...” cit., págs. 75 y ss.

entre puntos de conexión personales profundos (como el domicilio) y vocación humanista, pero un abuso de la referencia a lo personal puede corresponder a un avance excesivo de un común denominador religioso. Todo punto de conexión puede tener o no sentido humanista. Así sucede, por ejemplo, con la autonomía de las partes: puede servir a la expresión de la persona con sentido humanista o ser cauce de economicismo.

#### IV. Conclusión

13. Occidente tiene que resolver si el liberalismo, la democracia, la república y los derechos del hombre que trabajosamente fue construyendo a través de los siglos son una gran conquista humanista o un simple instrumento de un mundo económico.

Las autoridades del nuevo Estado de alcance planetario que pretende constituirse en el mundo, ansiosas de controlar las fuentes de las que depende la subsistencia del sistema económico del que en gran medida emergen, no sólo nos impulsan a una guerra con iraquíes y el Islam, sino que nos ponen en conflicto con gran parte de nuestro legado occidental. Se trata de una guerra en que se juegan, más que nunca, la *autenticidad* y el *reconocimiento del legado cultural de Occidente* <sup>18</sup>.

La nueva estatalidad mundial lleva al interrogante acerca de si, a semejanza del proceso de formación del Estado moderno nacional, luego de las ideas de Maquiavelo y Hobbes vendrán nuevamente las de Locke, Montesquieu, Rousseau y Fichte.

Hay que saber si el Derecho Internacional Privado del respeto al elemento extranjero es sólo una realización local occidental que aparenta tener proyección mundial o alcanza al que es fuertemente extraño. Para hacerlo es relevante reconocer cuáles son los denominadores comunes profundos que emplea para vincular los problemas y los puntos de conexión. La correspondencia se vincula al fin con el humanismo.

14. Aunque no estamos en condiciones de “demostrar” la objetividad del acierto de nuestra posición, en una línea que compartía nuestra homenajead Berta Kaller de Orchansky jugamos todas nuestras preferencias por el liberalismo político, la democracia, la república y los derechos humanos, por el respeto a la diversidad cultural y biológica de la humanidad.

Creemos que el *denominador común* de las vinculaciones humanas, base de toda “internacionalidad” e “interculturalidad”, no ha de ser el poder, ni el mercado, ni la economía, ni la religión, ni ninguna otra particularidad que separe de la condición humana <sup>19</sup>. No sabemos

<sup>18</sup> En cuanto al debate acerca del enfrentamiento en Irak, puede v. por ej. ZNet en español, Atentados del 11 de septiembre, <http://www.zmag.org/spanish/wtcspa.htm> (2-6-2004).

<sup>19</sup> Si no hay un *denominador común* es difícil plantear la justicia relativa y el respeto. No es sin motivo que Aristóteles combinó la referencia a la polis con la justicia distributiva (en cuanto al análisis de las clases de justicia pueden v. nuestros “Estudios de Filosofía ... “cits., t. II, págs. 40 y ss.).

cuál será la evolución de nuestra especie y no emitimos parecer al respecto, pero sabemos que no estamos dispuestos a aceptar que esa evolución pase por el imperio de los denominadores comunes del poder y la economía.



# KARL POPPER Y EL FALSACIONISMO FALSADO (APORTES AL MUNDO JURÍDICO DESDE LA FILOSOFÍA DE LA CIENCIA)

ELVIO GALATI (\*)

## 1. Introducción

El presente trabajo tratará la crítica al modelo epistemológico propuesto por Popper en su libro “La lógica de la investigación científica”. Me valdré de los aportes de distintos epistemólogos y filósofos que abordan el saber y la realidad desde distintos puntos de vista.

## 2. Popper vs. la filosofía

El interés de Karl Popper y de muchos autores contemporáneos por la epistemología proviene de la vocación de la filosofía analítica por delimitar el ámbito de la ciencia, ya que en ella encontraríamos lo que se entiende por conocimiento, por conocimiento científico. Se denigraba a la filosofía por plantear pseudoproblemas (tal era la visión de George Moore, Bertrand Russell, Ludwig von Wittgenstein), que se hundían en la nebulosa del lenguaje y por su uso inadecuado; de manera que la tarea de esta era la de ser un auxiliar lingüista, a fin de aclarar sus términos.

Esto significa sacar del ámbito de la discusión filosófica, y de los parámetros de la “antigua” filosofía, mucho más abiertos y cuestionadores, y con menos ansias de certeza, a los problemas que siempre persiguieron al hombre respecto de su existencia y sentido en la vida. Y que por su profundidad revelan mayor relevancia.

Es importante delimitar el ámbito de lo científico por el enorme poder que implica declarar a un conocimiento como tal, como verdadero. Ya que quien tenga los criterios para declarar a un conocimiento como científico, tendrá en sus manos la llave del dominio que trae la predicción y que es a su vez consecuencia de las leyes científicas y tecnológicas. El saber

(\*) Profesor Superior en Ciencias Jurídicas. Docente de “Filosofía del Derecho” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

es poder. Decía Foucault: “Aún en la ciencia encontramos modelos de verdad cuya formación es el producto de las estructuras políticas que no se imponen desde el exterior al sujeto de conocimiento sino que son, ellas mismas, constitutivas de éste.”<sup>1</sup>

El modelo ptolemaico “fue adoptado por la Iglesia cristiana como la imagen del universo que estaba de acuerdo con las Escrituras, y que, además, presentaba la gran ventaja de dejar, fuera de la esfera de las estrellas fijas, una enorme cantidad de espacio para el cielo y el infierno”,<sup>2</sup> ya que nunca fue descripto lo que había luego de la última esfera.

Por ello, aunque Popper, en su prefacio a su “Lógica...”, intente desligarse de la escuela analítica con una cita de Kant,<sup>3</sup> termina sosteniendo sus ideas según la demarcación de problemas que aquella efectúa.

### 3. Popper vs. Kuhn

Popper cree que la ciencia tiene como meta el aumento del conocimiento.<sup>4</sup> Esto implica desconocer los aportes de Tomas S. Kuhn, quien entiende la ciencia como un conjunto de reglas propias de un ciclo histórico; de manera que la evolución de las ideas “científicas” en la historia, y sólo en ella, es un concepto propio de la ciencia. De ahí su noción central de paradigma y de ciencia normal y extraordinaria. Popper se desentiende de la historia, aun cuando ésta ha mostrado casos de revoluciones científicas y a pesar de que alude a ella como indispensable para el hombre de ciencia.<sup>5</sup>

Uno de los logros del epistemólogo estadounidense es amalgamar la ciencia con las condiciones sociales en las que se produce, es decir, en un contexto histórico determinado; que es lo que ayuda a entender por qué se ha llegado a una situación “científica” determinada.

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, México, D.F., 1986, Gedisa, p. 33. “Verdad y saber se hallan insertos desde siempre en estrategias de poder que los condicionan”, afirmaba Foucault. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Panorama trialista de la filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n°19, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (F.I.J.), 1995, p. 31. Recuérdense que la sofocracia de Platón llevaba al gobierno de los que tienen contacto con las ideas (sólo los filósofos), y que el pensamiento de Aristóteles legitimaba la esclavitud como natural a la sociabilidad del hombre.

<sup>2</sup> HAWKING, Stephen W., “Historia del tiempo. Del big bang a los agujeros negros”, Buenos Aires, Planeta-De Agostini, 1992, p. 20.

<sup>3</sup> “Por mi parte, sostengo la opinión exactamente opuesta y afirmo que siempre que una disputa se ha desencadenado durante cierto tiempo, especialmente en filosofía, en el fondo no se trataba nunca de un mero problema acerca de palabras, sino de un auténtico problema acerca de cosas” I. Kant (1786)”. POPPER, Karl R., “La lógica de la investigación científica”, trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1962, p. 14.

<sup>4</sup> Siendo consecuente con la idea de progreso positivista, y que lo unía al Círculo de Viena que decía combatir.

<sup>5</sup> “No hay nada más necesario para el hombre de ciencia que la historia de esta y la lógica de la investigación... [...] Lord Acton.”. POPPER, Karl, op. cit., p. 15. Si la meta de Popper es enseñarnos a investigar, deja de lado una faceta importante del investigador, que es el contexto histórico (de descubrimiento) en el que se desenvuelve. Dice que la historia es importante pero reduce la investigación científica al contexto de justificación...

Popper señala que sólo interesa a la ciencia las cuestiones (contexto) de justificación, más no las de descubrimiento de los hechos.<sup>6</sup> La experiencia es la que nos brinda los problemas que luego se plasmarán en nuevas investigaciones a los fines de solucionarlos y reflexionar sobre ellos. Despegar a la ciencia del supuesto fáctico es quedarnos con la teoría y sin la *praxis*. De lo contrario, ¿a qué va a hacer referencia la teoría?

[...] la ciencia entra en un período revolucionario cuando surge un paradigma alternativo prometededor. Las revoluciones científicas implican paradigmas rivales y comunidades científicas contrapuestas entre sí [...] ni la lógica, ni la experiencia, ni el método científico, son jueces satisfactorios para resolver esas controversias.<sup>7</sup>

En este sentido, el falsacionismo, es incompleto, insuficiente para determinar el carácter científico de una teoría:

Kühn sostiene que la lógica de la falsación no es aplicable al caso del rechazo de un paradigma. No se desestima un paradigma sobre la base de una comparación de sus consecuencias con los elementos de juicio empíricos. [...] los hechos, observaciones y experimentos no pueden dictar una decisión racional unánime sobre qué hacer con las teorías, de modo que el último empujón proviene de la psicología y sociología de las comunidades científicas. [...] Los sociólogos de la ciencia entran en escena y niegan que existan criterios de racionalidad en los procesos evaluativos y decisionales, subrayan la negociación social de los diversos intereses en la articulación de hechos, experimentos y teorías.<sup>8</sup>

Es el caso de la visión aristotélica-ptolemaica de la Tierra en el cosmos, que la entendía fija, girando el Sol y los demás planetas a su alrededor; visión opuesta a la de Copérnico, que la sabía moviéndose en torno al Sol. Puede decirse que ambos miraban las mismas cosas pero con diferentes visiones, y para ello la lógica es impotente de marcar la “verdad”. A ello contribuyeron los aportes del principio de incertidumbre de Werner Heisenberg y

<sup>6</sup> “Hans Reichenbach, en su libro *Experience and Prediction* [efectúa una] [...] discriminación –en el interior de toda idea o teoría científica- entre dos contextos, el de descubrimiento y el de justificación. [...] el primero [...] corresponde [...] al ámbito de la génesis histórica. Aquí entran en juego todas las circunstancias sociales, políticas o económicas que influyen o determinan la aparición o gestación de un descubrimiento. [...] [En el de justificación entran] todos aquellos elementos que atañen a la validación de una teoría. Aquí se abordan las cuestiones atinentes a la estructura lógica de las teorías y su posterior puesta a prueba.” Véase PARDO, Ruben H., “Verdad e historicidad. El conocimiento científico y sus fracturas” en AAVV, *La posciencia*, al cuidado de Díaz, Esther, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 60 y 61.

<sup>7</sup> DATRI, Edgardo y CÓRDOBA, Gustavo, “El otoño de la epistemología. Imposturas epistemológicas” (en prensa), Neuquén, Ediciones “Marina Vilte” de CTERA, 2003, p. 74.

<sup>8</sup> DATRI, E. y CÓRDOBA, G., op. cit., p. 74.

el análisis de Albert Einstein con la teoría de la relatividad, referida al punto de vista del observador, a partir del cual se establece la “objetividad”, dejando de lado la absolutez de la física newtoniana. A lo cual cabe agregar los estudios sobre física cuántica,<sup>9</sup> el desarrollo de distintos sistemas matemáticos, etc. De manera que no hay “enunciados observacionales o básicos [...] comunes a las teorías en competición y, [que] en última instancia, permit[an] la elección racional entre ambas.”<sup>10</sup>

Popper ingenuamente cree que los grandes científicos están dispuestos a abandonar sus teorías si estas son refutadas, pero esa creencia se debe a una concepción de la ciencia fundada en un anti-historicismo militante que no corresponde al desarrollo de la ciencia real [...] [ignora] el hecho histórico de que las teorías más importantes nacen refutadas y que algunas leyes son reelaboradas y no rechazadas a pesar de los conocidos contra-ejemplos.<sup>11</sup>

Cabe traer a colación lo que Popper llama su crítica al psicologismo, englobando en esta categoría su pretensión de no analizar desde el ámbito de la ciencia los momentos en los cuales las teorías son creadas. Es un descuido de una parte importante de la vida del científico.<sup>12</sup> Si realmente queremos reflexionar sobre las condiciones en que se realiza la ciencia, un análisis en tal sentido debe tener en cuenta los medios en los cuales los científicos

<sup>9</sup> “Los científicos actuales describen el universo a través de dos teorías parciales [...]. La teoría de la relatividad general describe la fuerza de la gravedad y la estructura a gran escala del universo [...] que van desde sólo unos pocos kilómetros hasta un billón de billones [...] de kilómetros, el tamaño del universo observable. La mecánica cuántica, [...] se ocupa de los fenómenos a escalas extremadamente pequeñas, tales como una billonésima de centímetro. [...] estas dos teorías son inconsistentes entre sí: ambas no pueden ser correctas a la vez.” HAWKING, Stephen, op. cit., p. 30. También puede verse la polémica entre Leibniz y Newton, y la que se desarrolló recientemente entre Einstein y Bohr, en nada menos que las llamadas “ciencias exactas o duras”. Cfr. DIEGUEZ, Antonio, J., “Realismo y teoría cuántica”, <http://www.elistas.net/cgi-bin/eGruposMainFile.cgi>, (05.10.2003).

<sup>10</sup> BELTRÁN, Antonio, “Introducción. T. S. Kuhn. De la historia de la ciencia a la filosofía de la ciencia”, en KUHN, Tomas, “¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos”, trad. de José Romo Feito y Antonio Beltrán, Barcelona, Altaya, 1994, p. 22.

<sup>11</sup> TOLEDO NICKELS, Ulises, “La epistemología según Feyerabend”, en “Cinta de Moebio”, n°4, 1998, <http://rehue.csociales.uchile.cl/publicaciones/moebio/04/frames01.htm>, (15.4.2003). Basta como botón de muestra para las ciencias sociales los desesperados intentos de un gran sector del partido de gobierno en Santa Fe, por mantener la ley de lemas, a pesar de tratarse de un sistema en donde puede ganar (y de hecho ha ocurrido) quien menos votos obtiene, a pesar de la “concluyente” disposición constitucional provincial que manda elegir gobernador y vicegobernador mediante la “simple pluralidad de sufragios (art. 36); es decir, consagrar la fórmula que más votos obtiene. Puede verse en tal sentido a GALATI, Elvio, “Cuestiones de Derecho Electoral”, en “Revista del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario”, diciembre de 2003, pp. 49 a 78.

<sup>12</sup> Dice Kühn: “[...] en último análisis, la explicación debe ser psicológica y sociológica. Esto es, debe ser una descripción de un sistema de valores, una ideología, junto con un análisis de las instituciones a través de las cuales es transmitido y fortalecido. Si sabemos qué es lo que los científicos valoran, podemos esperar comprender qué problemas emprenderán y qué elecciones harán en circunstancias específicas de conflicto.” BELTRÁN, Antonio, op. cit., p. 49.

construyen sus teorías. De lo que se trata dice Kuhn es de estudiar lo que hacen los científicos y tratar de entenderlo, procesos que se identifican con la llamada “ciencia real”.<sup>13</sup>

La crítica de Popper a lo que denomina psicologismo se parece a la que realizara Hans Kelsen en el ámbito del Derecho, al pretender “depurar” el análisis jurídico de las influencias de la sociología, la moral, la religión, etc.<sup>14</sup> No es casualidad que se vea en Kelsen al precursor en el ámbito del Derecho de lo que actualmente se denomina la Filosofía Analítica, que centra sus estudios en la lógica del lenguaje. Ambos pensadores pretenden una depuración de su objeto de estudio, cuando en verdad lo que hacen es quitar del ámbito de análisis aquello que puede develar las causas por las cuales la ciencia llega a sus enunciados y a sus devenires o progresos.

Así como, si se quita del Derecho el análisis sociológico, se amputa del fenómeno jurídico una parte esencial, ya que la conducta humana y su inserción en la naturaleza forman parte del Derecho,<sup>15</sup> en el ámbito de la ciencia, nos interesa **profundizar** en las condiciones en las cuales se hace ciencia, porque aspiramos a transparentar el proceso científico, es decir, en alguna medida, democratizarlo, y no hacerlo oficio de unos pocos y en el lenguaje de pocos. También debe tenerse en cuenta que la transparencia es un presupuesto de un control eficaz; sobre todo de los efectos de las teorías científicas (control sobre las instituciones científicas y sobre los efectos, también llamados “tecnologías”).

#### 4. Popper vs. la pasión-poder

Es incompleto un análisis que sólo tome en cuenta a la razón como fundante del conocimiento “científico”; desde los griegos y pasando por los irracionalistas, con Friedrich Nietzsche, se entiende a los sentimientos como parte del análisis del ser, en este caso, del análisis de la ciencia. El mismo Popper reconoce que en el proceso de la ciencia, si bien no es analizable lógicamente, “todo descubrimiento contiene ‘un elemento irracional’ o ‘una

<sup>13</sup> BELTRÁN, Antonio, op. cit., pp. 48 y 49.

<sup>14</sup> “La teoría pura desea combatirlos [se refiere a las tendencias ideológicas] exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. [...] Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que **quiere ser una ciencia** y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura.”. KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. de Moisés Nilve, 29ª ed. de la ed. en francés de 1953, Bs. As., Eudeba, 1992, p. 63. La negrita me pertenece.

<sup>15</sup> “En la vida social el jurista se enfrenta con otros hombres, con abogados de la parte contraria, con jueces, con funcionarios administrativos, que algunos defienden intereses opuestos y otros intereses diversos, pero a veces coincidentes con los propios [...]” GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. edición, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. V. También puede verse a CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Teoría General del Derecho” en “Investigación y Docencia”, Rosario, F.I.J., 1999, n°32, p. 40. “[...] debemos comprender en el objeto jurídico tanto a la norma [dimensión normativa] como a las *causas por las cuales ésta aparece y se desenvuelve como tal* [dimensión social del Derecho] y su valoración (a veces positiva y otras crítica) [dimensión valorativa].”. La cursiva me pertenece.

intuición creadora' en el sentido de Bergson".<sup>16</sup>

Dice Edgar Morin:<sup>17</sup> "[...] el desarrollo de la inteligencia es inseparable del de la afectividad, es decir, de la curiosidad, de la pasión, que son a su vez, de la competencia de la investigación filosófica o científica."

Nuestra mente, de manera inconsciente, tiende a seleccionar los recuerdos que nos convienen y a rechazar, incluso a borrar, los desfavorables [...] También tiende a deformar los recuerdos [...] Existen a veces, falsos recuerdos con la persuasión de haberlos vivido y también recuerdos que rechazamos porque estamos persuadidos de no haberlos vivido jamás.<sup>18</sup>

Esto último nos suele ocurrir al escribir, ya que al tratar de relacionar pensamientos, tratamos de recordar la ubicación electrónica o en soporte papel de información que nos es útil, y muchas veces asociamos dicha información como existente en un lugar que luego comprobamos que no era aquel en el que creíamos que estaba.

[...] hay condiciones bio-antropológicas (las aptitudes del cerebro-mente humano), condiciones socio-culturales (la cultura abierta que permite los diálogos e intercambios de ideas) y condiciones noológicas (las teorías abiertas) que permiten 'verdaderos' interrogantes, esto es, interrogantes fundamentales sobre el mundo, sobre el hombre y sobre el conocimiento mismo.<sup>19</sup>

## 5. Popper vs. el materialismo

Cuando Popper habla del aumento y avance del conocimiento como uno de los problemas centrales de la filosofía de la ciencia, deja de lado el análisis de las personas que son favorecidas (o perjudicadas), y que pueden acceder al avance de ese conocimiento. En este sentido, la exclusión social, que actualmente tiene el nombre de marginación, y que habla de aquellos que no pueden lograr las condiciones que posibilitan preguntarse como aumenta o decrece el conocimiento, es un problema que deberá plantearse en conexión con el avance del conocimiento. ¿Pueden ser optimistas quienes no avanzan en su desarrollo

<sup>16</sup> POPPER, Karl R., op. cit., p. 31.

<sup>17</sup> MORIN, Edgar, "Los siete saberes necesarios para la educación del futuro", trad. de Mercedes Vallejo-Gómez, París, UNESCO, 1999, <http://www.complejidad.org/27-7sabesp.pdf>, (25.10.2003), p. 5.

<sup>18</sup> MORIN, op. cit., p. 6.

<sup>19</sup> MORIN, Edgar, op. cit., p. 12.

neuro-fisiológico?

Debe estudiarse quiénes pueden llegar a realizar una carrera científica, con qué medios económicos pueden afrontarla, quiénes pagan sus sueldos, y quiénes subvencionan las investigaciones, que a su vez, ya han sido aprobadas por alguien.

[...] los hallazgos científicos no sólo presuponen medios técnicos y, en general, condiciones económicas adecuadas, sino también mediaciones jurídico-institucionales, tal como lo confirma el hecho de que en todos los tiempos la disposición y circulación del conocimiento científico haya estado, de manera más o menos directa, bajo la jurisdicción [sic] del Estado.<sup>20</sup>

Un ejemplo de esto puede verse en el hecho de que el primer ministro italiano, Silvio Berlusconi, haya decidido quitar del plan de estudios a la teoría evolucionista de Charles Darwin. Con lo que, el aparato estatal, tiene influencia en lo que conocemos.<sup>21</sup> Otro caso es el de la manipulación de la publicidad oficial a los medios de comunicación (el llamado cuarto poder), lo cual puede contribuir a que sólo sobrevivan los adeptos al gobierno de turno.<sup>22</sup>

Estos razonamientos nos invitan a reflexionar sobre la visión marxista acerca del Estado, que era visto (incluso el del propio Marx, me permito agregar, en su etapa pre-comunista) como el encargado de legitimar las relaciones de producción impuestas por la clase dominante. Por lo que la economía también influye en la producción y circulación del conocimiento.<sup>23</sup>

La filosofía de la ciencia no puede solamente definirse como una disciplina encargada de aportar algo “a nuestro conocimiento del mundo”. También puede entenderse como la herramienta que nos haga libres de las ataduras de las convenciones/imposiciones, y que no nos impulse a ser meros reproductores de modelos sino actores y transformadores de realidades adversas, cualquiera sean éstas.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> SAMAJA, Juan, “Epistemología y metodología: elementos para una teoría de la investigación científica”, 3ª ed., 3º reimp., Buenos Aires, Eudeba, 2003, p. 48.

<sup>21</sup> Cfr. MEINERT, Peer, “Berlusconi expulsó a Darwin de las escuelas”, [http://www.ianacion.com.ar/04/04/28/dq\\_596381.asp](http://www.ianacion.com.ar/04/04/28/dq_596381.asp), (20.04.2004).

<sup>22</sup> Puede tenerse en cuenta un informe de la revista “Noticias” del 3 de julio de 2004 (nº1436), en el que denuncia: “Informe reservado. La caja del Gobierno para presionar a los medios. Plata sucia. Uno por uno, los que más dinero reciben y los más castigados. Cómo los millones de la publicidad oficial logran que muchos periodistas justifiquen el ataque piquetero a comisarías y muestren la gira por China como la conquista de Oriente. Los impuestos de los argentinos usados para condicionar el derecho a la información.”

<sup>23</sup> Decía Karl Marx: “El Estado [...] es la forma en que los individuos de la clase dominante imponen sus intereses, y debe desaparecer cuando a través de la dictadura del proletariado la lucha de clases llegue a su más alta expresión y a su negación.” CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994, t. III-I, p. 143.

<sup>24</sup> Dice Ian Hacking: “Los filósofos de la ciencia debaten constantemente sobre las teorías y sobre la representación de la realidad, pero no dicen casi nada acerca de los experimentos, la tecnología o el uso del conocimiento para

Si bien es interesante para el “avance” del conocimiento el estudio de los problemas de la ciencia, más que las discusiones científicas, es necesario preguntarse qué tipo de problemas se analizan y quiénes son los que los enuncian.

Otro tema es el del análisis del llamado realismo ingenuo en que cae Popper.<sup>25</sup> Se cree que las teorías son fiel reflejo de la realidad, y que ésta puede captarse por el científico de manera “objetiva”.<sup>26</sup> Realidad que es cuestionada incluso en el ámbito de la (micro) física. Cabe analizar en este caso, los aportes de la complejidad. Dice Morin:<sup>27</sup> “Un conocimiento no es el espejo de las cosas o del mundo exterior. Todas las percepciones son a la vez traducciones y reconstrucciones cerebrales, a partir de estímulos o signos captados y codificados por los sentidos [...]”.<sup>28</sup> Somos producto de la cultura en la que nacemos y nos desarrollamos, y ella influye en nuestros comportamientos. Foucault va más lejos y dice que nos determina, constituyéndonos.<sup>29</sup>

Las experiencias perceptuales de los observadores son análogas a un cambio de Gestalt, dependen de sus experiencias pasadas, de sus conocimientos o sus expectativas. Esto significa que todo enunciado observacional se construye en el lenguaje de alguna teoría por elemental que ésta sea. [...] la observación pura, desinteresada, sin prejuicios y libre de hipótesis subyacentes se presenta como imposible. Es decir, serán las hipótesis subyacentes a nuestras percepciones las que servirán de guía a la investigación científica.<sup>30</sup>

Recuérdese el clásico ejemplo del vaso: medio lleno o medio vacío; el del rostro: de la mujer bonita o de la anciana. O la actitud ante la vida de ver la realidad sólo lógicamente o desde la pura perspectiva histórica. ¿Qué es lo que nos lleva a la elección? Ambos sentidos pueden complementarse.

Agrega Morin con respecto al realismo ingenuo:<sup>31</sup>

la modificación del mundo”. “The Social Construction of what?”, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 177, citado por DATRI y CÓRDOBA, op. cit., p. 77.

<sup>25</sup> “[...] en la práctica de la investigación científica la demarcación presenta [...] una urgencia inmediata en lo que se refiere a los sistemas teóricos, mientras que rara vez se suscitan dudas acerca de la condición empírica de los enunciados singulares”. POPPER, Karl, op. cit., p. 42.

<sup>26</sup> Immanuel Kant da el primer paso en la madurez del pensamiento científico con sus “categorías” del intelecto.

<sup>27</sup> MORIN, Edgar, op. cit., p. 5.

<sup>28</sup> “[...] la percepción misma no consiste en una simple lectura de datos sensoriales, sino que implica una organización activa en la que intervienen decisiones y preferencias y que se debe a la influencia sobre la percepción como tal del esquematismo de las acciones o de las operaciones.” PIAGET, Jean, “Psicología y epistemología”, Barcelona, Ariel, 1977, p. 111, citado por Beltrán, Antonio, op. cit., p. 24.

<sup>29</sup> Véase *supra* nota 1.

<sup>30</sup> DATRI, Edgardo, y CÓRDOBA, Gustavo, op. cit. p. 30.

<sup>31</sup> MORIN, Edgar, “Los siete saberes...”, cit., p. 14.



[...] las vías de entrada y de salida del sistema neuro-cerebral que conectan el organismo con el mundo exterior representan sólo el 2% de todo el conjunto, mientras que el 98% implica al funcionamiento interior, [que] se ha constituido en un mundo psíquico relativamente independiente donde se fermentan necesidades, sueños, deseos, ideas, imágenes, fantasmas, y este mundo se infiltra en nuestra visión o concepción del mundo exterior.

El propio Popper reconoce los “errores de observación”.<sup>32</sup> Un ejemplo de ello se puede ver en la comunicación social: un diario no puede abarcar todo lo que ocurre en el mundo e incluso se suscitan dificultades en los ámbitos nacional, y local. La selección es necesaria también por la escasez económica ya que si se pudiera incluir todo, no se podría publicar todo. Y esa selección se hace sobre la base de determinados criterios, lo que conforma la existencia de distintos diarios y la no existencia de diarios; del mismo modo en que muchas constituciones prohíben la existencia de partidos políticos que vayan contra ellas.<sup>33</sup> En el mundo jurídico, en los sistemas procesales penales inquisitivos, el impulso de la investigación está solo en manos del juez, quien dispone la “línea de investigación” sobre la base de sus ideas previas acerca de lo que el crimen pudo haber sido, con el consiguiente empleo de tiempo y esfuerzo en ello;<sup>34</sup> y esas ideas previas se alimentan de su subjetividad (emociones, sentimientos, sensaciones, deseos, etc.). Lo cual no se daría en gran medida si se brindara participación al acusado y al fiscal, actuando el juez como tercero imparcial (sistema penal dispositivo); y así se tendría más de una visión sobre el tema.

Otro caso se da en la medicina argentina mediante el sistemático no tratamiento “científico” de la homeopatía<sup>35</sup> como camino de tratamiento de las enfermedades, ámbito en donde se juegan intereses económicos, en gran medida de los laboratorios de medicamentos que pueden verse afectados por la competencia que significaría introducir una alternativa a la alopatía,<sup>36</sup> mucho más accesible y, por lo tanto, más económica. ¿Qué lleva a la elección por uno o por otro? La postura filosófica que subyace a ambos tratamientos se basa en tratar la enfermedad por agresión a las causas o por empatía con los síntomas, ya que en la homeopatía

<sup>32</sup> POPPER, Karl, *ibidem*.

<sup>33</sup> Se dan ejemplos en Occidente con las prohibiciones o limitaciones de los partidos anarquistas y comunistas; y en Oriente con los partidos reformistas vs. los conservadores (el caso de la continua confrontación en la República Islámica de Irán).

<sup>34</sup> Y el excesivo tiempo en el proceso tiene su “precio”, que puede transformarse en la libertad del encausado no condenado. Se trata del derecho al juicio rápido, tratado en el caso “Mattei” de 1968 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 272:188).

<sup>35</sup> “Sistema médico y terapéutico por el que se puede tratar una enfermedad con el uso de mínimas dosis de fármacos que, administrados a un hombre sano, producirían efectos parecidos a los que se intenta combatir. “Gran diccionario Salvat”, edición especial para “La Nación”, Barcelona, Salvat editores, 1992, tomo 2, voz “homeopatía”, p. 64.

<sup>36</sup> “Método terapéutico hipocrático que preconiza el empleo de medicamentos que en el hombre sano producirían fenómenos contrarios a los síntomas de la enfermedad que se trata de combatir. “Gran diccionario Salvat”, op.

se considera que en dosis ínfimas aplicadas a los síntomas, éstos desaparecen. Tal vez sea hora de aplicar los métodos complementariamente, en su caso; y no plantear el problema en términos de dicotomías.<sup>37</sup> El problema se presenta por la no inclusión de la homeopatía como tratamiento medicinal en el Programa Médico Obligatorio argentino (2001), ni en el FARMACOPEA (2003)<sup>38</sup> a seguir por las obras sociales y medicinas pre-pagas.

Esto implica reconocer al hombre, en la tarea del conocimiento, como razón y pasión, ambas fundantes de su naturaleza, ya que es un animal, pero también racional. Y en nuestra parte animal tendemos a preservarnos: pulsión de vida, de autoconservación, regida por el principio del placer,<sup>39</sup> lo cual, trasladado al ámbito del conocimiento, nos lleva muchas veces a defender hasta la “muerte”<sup>40</sup> nuestras teorías. Es aquí donde Freud también señala la existencia de la pulsión de muerte: regida por el principio de la realidad<sup>41</sup> y que por su propia conceptualización exige un retorno a un estado anterior: lo inanimado, la muerte.<sup>42</sup> Debemos pues, sin llegar a la autoeliminación, reconocer nuestros errores y abrimos hacia la comprensión de ideas distintas a las nuestras, llegar a un equilibrio entre las pulsiones de vida-defensa de nuestras ideas, y las de muerte-saber aceptar nuestros errores que nos muestran los otros o nuestra relación con la realidad.

## 6. Popper vs. el inductivismo

Si bien es cierto que de un enunciado singular o varios de ellos no puede seguirse la

cit., tomo 1, voz “alopatía”, p. 64.

<sup>37</sup> “Para la ciencia, todo efecto tiene una causa, independientemente de que en un determinado momento sepamos cuál es ésta. Todo el método científico va orientado a conocer la naturaleza en base a las relaciones causa-efecto, [...], de manera que nos permita utilizar las causas en nuestro beneficio, y predecir sus consecuencias. Así, en el caso de la medicina científica, ésta tiende a conocer todos los procesos que ocurren dentro del organismo, a fin de conocer las causas de los males, y describir aquellos tratamientos que puedan atacar a la propia causa o a sus síntomas según las posibilidades o la conveniencia. En unos casos habrá que tratar o prevenir una enfermedad con lo mismo que la causa, siempre que eso desencadene una serie de mecanismos que permitan combatir la enfermedad; otras veces el tratamiento se diseñará en base a un “contrario” específico, y otras ni con lo uno ni con lo otro.” TELLERÍA, Carlos et al, “La homeopatía. Historia, descripción y análisis crítico”, <http://www.arp-sapc.org/articulos/homeopatia/>, (6.4.2004).

<sup>38</sup> Libro oficial de los medicamentos, decreto nacional 202/2003, B.O. argentino del 17/06/2003.

<sup>39</sup> Puede verse en tal sentido a FREUD, Sigmund, “Textos fundamentales del psicoanálisis”, traducción de Luis López Ballesteros, Ramón Rey y Gustavo Dessal, Altaya, Barcelona, 1993, p. 274.

<sup>40</sup> Tanto se esfuerzan algunas personas por la satisfacción que se desgastan. El estrés, el tabaquismo, las drogas, llevan a repensar el papel del hombre en el proceso vida/muerte y su sentido.

<sup>41</sup> Que “[...] exige y logra el aplazamiento de la satisfacción y el renunciamiento a algunas de las posibilidades de alcanzarla, y nos fuerza a aceptar pacientemente el displacer durante el largo rodeo necesario para llegar al placer.” FREUD, Sigmund, op. cit., p. 275. Más adelante dice: “[...] la tendencia [...] a aminorar, mantener constante o hacer cesar la tensión de las excitaciones internas [...] tal y como dicha aspiración se manifiesta en el principio del placer, es uno de los más importantes motivos para creer en la existencia de pulsiones de muerte.”

validez de enunciado universal alguno, ya que se dice que: “[...] siempre cabe la posibilidad de que en el futuro aparezca alguna evidencia que hasta ese momento no se había considerado y que muestre que la conclusión universal era falsa”,<sup>43</sup> con el mismo criterio pueden criticarse las teorías deductivistas, si se parte de la noción de que la realidad es infinita (inabarcable) frente a la finitud humana.<sup>44</sup> En efecto, la hipótesis no deja de ser un recorte del objeto que llamamos realidad. Una contrastación con resultados favorables no establece la verdad de la hipótesis sino que sólo se limita a proporcionarle un grado mayor o menor de apoyo. Y prueba de ello es la historia de la humanidad y de la ciencia. Por lo que, al contrario de lo que pensaba Popper, el principio que precisamente le ha permitido llegar a la conclusión que el principio de inducción es incorrecto, es un mecanismo de razonamiento que se basa en la experiencia, en las inferencias inductivas: generalizamos que formulamos hipótesis para la solución de problemas. Cabe preguntarse si de esta forma se logra el objetivo. Si se contesta afirmativamente, siempre quedará la pregunta acerca de si otras hipótesis, debidamente contrastadas no solucionarían mejor nuestros problemas o reflejarían de una mejor forma la realidad. Además, también la contrastación es propia de la deducción, con lo que también se relaciona con la experiencia, que era lo que tanto se criticaba al inductivismo.

Criticar la inducción es criticar la experiencia y la creencia en su constancia. Si se dice que la inducción lleva a un círculo vicioso<sup>45</sup> ya que se basa a su vez en la inducción, cabe preguntarse qué problema hay en ello, si en última instancia creemos que la experiencia y la constancia son elementos fundamentales para nuestro acceso al conocimiento. Con el mismo criterio deberían quemarse por inútiles los diccionarios, ya que se basan en el mismo mecanismo.<sup>46</sup> Pero más de una vez me han sacado de un apuro y me han ayudado a entender el mundo que hemos construido. Criticar la inducción es criticar el acuerdo que hemos construido a lo largo de todo este tiempo.

¿Acaso Popper no se basa en la inducción que critica?: “Si desde la lógica no se permite aceptar los enunciados básicos, sino por convención, una vez que los enunciados básicos hayan sido suficientemente corroborados: ¿no es ésta una decisión que se finca en un

FREUD, Sigmund, cit., p. 325.

<sup>42</sup> El propio Freud recuerda a un filósofo irracionalista coincidente con su pensamiento: “[...] hemos arribado inesperadamente al puerto de la filosofía de Schopenhauer, pensador para el cual la muerte es el ‘verdadero resultado’ y, por tanto, el objeto de la vida y, en cambio, la pulsión sexual la encarnación de la voluntad de vivir.” “Textos fundamentales...”, cit., p. 318.

<sup>43</sup> PARDO, Ruben, H., op. cit., p. 124.

<sup>44</sup> De allí que: “El objetivo de la ciencia es construir síntesis que satisfagan las necesidades intelectuales comunes a toda la humanidad”, decía Jan Lukasiwicz, citado por SAMAJA, Juan, “Epistemología...”, cit., p. 30.

<sup>45</sup> “Si intentamos afirmar que sabemos por experiencia que es verdadero [se hace referencia al principio de inducción], reaparecen de nuevo justamente los mismos problemas que motivaron su introducción: para justificarlo tenemos que utilizar inferencias inductivas; para justificar éstas hemos de suponer un principio de inducción de orden superior, y así sucesivamente”. POPPER, Karl R., op. cit., p. 29. Lo cual llevaría a una regresión infinita.

<sup>46</sup> Ya que la definición universaliza casos singulares, convirtiendo las regularidades en ley, concepto.

procedimiento inductivo al que se quería desterrar para siempre de la ciencia?”<sup>47</sup> Es decir, si bien se reconoce a la invención creativa y a las expectativas y deseos que impulsan en el científico la formación de unas hipótesis y no otras, la teoría se sostiene en un cúmulo de experiencias constantes que corroboran a las implicaciones contrastadoras y, a la teoría. Aunque se resista en vez de acumular verificaciones, lo que ha resistido es un conjunto de “similares” sobre la base de los cuales se establece la “ley científica”; varía el procedimiento, pero la base empírica es la misma.<sup>48</sup>

Un enunciado será objetivo –según Popper- si cumple con el requisito de ser reproducible, de modo que su valor de falsedad (o de corroboración) pueda ser contrastado por cualquier persona [...] Esto supone que los enunciados básicos que operan como instancias refutadoras deberán ser aceptados por la comunidad científica para que la contrastabilidad intersubjetiva se pueda considerar legítima [...] Así la manera en que se resuelve la legitimidad de una instancia refutadora pasa imperceptiblemente a ser sociológica y comienza a tener una decisiva injerencia el vapuleado contexto externo.<sup>49</sup>

Si se dijera que la lógica prohíbe los juicios inductivos, puedo contestar que para aceptar esta conclusión debo de estar de acuerdo en aceptar las leyes de la lógica. Y aceptaría tal juicio si creyera realmente que todo en la vida se comporta de manera lógica, cuando en cantidad enorme de veces, me es mostrado que no todo es lógico, o lo lógico que quisiéramos... Por ello, la importancia del acuerdo de los científicos, que puede variar en el tiempo y el espacio en función del avance de las investigaciones.<sup>50</sup> Siempre que se acepte que el ser no permanece inalterable sino que deviene (Heráclito), cambia.

Se ha dicho que: “El paso de los datos a las teorías requiere de invención creativa”,<sup>51</sup>

<sup>47</sup> DATRI, E. y CÓRDOBA, G., op. cit. p. 58.

<sup>48</sup> “[...] todos [se hace referencia al positivismo y al falsacionismo] fueron justificacionistas pues al concebir las teorías científicas como sistemas deductivos, los postulados teóricos debían estar vinculados con sus consecuencias observacionales.” DATRI, E., y CÓRDOBA, G., op. cit., p. 59.

<sup>49</sup> TOLEDO NICKELS, Ulises, op. cit. Sigue diciendo más adelante que: “[...] hay temas sensibles en que las presiones económicas o políticas pueden llegar a ser poderosas influencias sobre la comunidad científica, dada la autoridad que la sociedad le atribuye al juicio de expertos (independientemente de la capacidad de los científicos para sustraerse a esas influencias).” Ibidem. *Mutatis mutandi*, en el Derecho se justificaría, no sólo su dimensión normológica, sino también su dimensión sociológica; como lo entiende la teoría trialista del mundo jurídico, que además incluye el análisis de la dimensión dielógica (o valorativa).

<sup>50</sup> El propio Popper reconoce la importancia del acuerdo cuando critica a los que llama positivistas: “En lugar de considerar que se encuentran ante la tarea de proponer una convención apropiada, creen que tienen que descubrir una diferencia –que existiría, [...] en la naturaleza de las cosas- entre la ciencia empírica por una parte y la metafísica por otra.” Op. cit., p. 35.

<sup>51</sup> PARDO, Ruben, H., op. cit., p. 131.

resaltando la importancia de la formación de hipótesis como etapa primera en la investigación. A lo cual cabe preguntar si no es la misma experiencia, los hechos, los que nos proporcionan los problemas sobre los que basamos nuestras investigaciones. Librar la ciencia a los estados mentales de los científicos es despegarla de la realidad a la que debe hacer referencia si quiere servir a satisfacer el ideal de hombre pleno, libre al que todos aspiramos.

El inductivismo nunca llegará, como ningún otro método (al menos que nos creamos omniscientes), a alcanzar la verdad (entendida en términos absolutos), por lo que meramente tenderá a la probabilidad, y a cambiar, cuando nuevos descubrimientos contraríen las proposiciones expresadas en un principio. De ahí que: “En este procedimiento las razones para justificar la generalización no son concluyentes, aunque aportan elementos a favor de ella. La conclusión obtenida de esta manera es considerada probable más no necesaria.”<sup>52</sup>

Cuestión distinta de criticar el inductivismo es decir que este no se basa en ideas previas sobre el objeto de estudio a investigar. Reconocer que tenemos ideas previas o preconceitos sobre nuestro objeto de estudio no invalida la ulterior confrontación con la realidad a que se verá sometida nuestra idea principal, ni la generalización consiguiente; siempre y cuando explicitemos aquellos. Si no vemos la constancia y regularidad que necesitamos para concluir en la probabilidad del cientificismo moderno, nuestra idea caerá. Pero el camino de la inducción estará presente. Ya que no podemos tener una idea descabellada y obviar la inducción para sostenerla. No podemos decir que tenemos la idea de que es más fácil a nuestros ojos leer de noche que de día, ya que si hacemos una encuesta u observación en tal sentido, la “realidad” o recopilación de casos nos dirá lo contrario. Tampoco podemos decir que es mejor para el gobierno comunitario la autocracia que la democracia, ya que si hacemos una investigación en tal sentido, los resultados (históricos) nos dirán lo contrario.

## 7. Popper vs. el positivismo

Popper se manifiesta abiertamente en contra del criterio de demarcación que brinda lo que el llama el positivismo, tanto el primitivo, como el moderno [hace referencia con éste último a lo que comúnmente se llama empirismo lógico o la corriente empírico-analítica<sup>53</sup>]. Dice que éstos últimos caen en el problema de la inducción, porque “están dispuestos a admitir únicamente como científicos [...] los enunciados que son reducibles a enunciados elementales (o ‘atómicos’) de experiencia [...]”.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> PARDO, Ruben, H., op. cit., p. 123.

<sup>53</sup> Puede verse al respecto a GALATI, Elvio, “Comentarios al libro ‘Filosofía de las ciencias humanas y sociales’, de J. M. Mardones y N. Ursua. Reflexiones sobre Epistemología y Derecho”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n°27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

<sup>54</sup> POPPER, Karl, op. cit., p. 34.

Tanto lo que Popper llama positivismo, como de lo que trata o en lo que se basa su teoría, pueden englobarse en lo que conocemos como positivismo o neopositivismo. Este último no es sino una variante del primero al incluir el análisis de la lógica de los enunciados en el tratamiento de la epistemología. De manera que en última instancia, Popper recurre a la experiencia como criterio legitimador último de su teoría; ya que si bien no es verificando que se acepta una teoría, sino resistiendo a los embates de la falsación, en última instancia hay una confrontación con una realidad que se cree “objetiva”. Aunque el propio Popper dice que las condiciones en que se acepta esta objetividad es la intersubjetividad [“una propuesta para un acuerdo o convención”<sup>55</sup>] producto de la crítica, no admite que se trata, en última instancia, de una referencia a lo que criticó en el problema del psicologismo, a algo que no es lógico, sino pre-lógico,<sup>56</sup> como el acuerdo.<sup>57</sup>

## 8. Popper vs. la axiología

Cabe preguntarse dónde hay espacio, dentro de una postura positivista, para todos aquellos valores que hacen al hombre como tal, que son el amor, la belleza, la verdad, la justicia, y el deber ser cabal del ser, que es la humanidad<sup>58</sup> [tomar a cada hombre como un fin en sí mismo,<sup>59</sup> decía Kant]. Lo cual implica incluir en el análisis epistemológico al valorativo, ya que al igual que no podemos aceptar el “*dura lex sed lex*”, tampoco podemos aceptar el “*dura lex scientiae sed lex scientiae*”. El límite de la(s) ciencia(s) (tanto “exacta” como social) no estuvo en Hiroshima, Nagasaki, Irak, Auschwitz, los Balcanes. La verdad, la lógica

<sup>55</sup> POPPER, Karl, op. cit., p. 37.

<sup>56</sup> Este reconocimiento de la débil base sobre la que se fundamentan los sistemas de tintes empíricos o lógicos puede verse en el ámbito del mundo jurídico, cuando la lógica requiere un previo acuerdo para su aplicación: “[...] la lógica no contiene normas coactivas, sino esquemas válidos de razonamiento. Pero para poner en acción tales esquemas es preciso acordar que ellos han de servirnos [...] y este **acuerdo** no puede establecerse sino desde fuera de las mismas leyes que forman nuestro objeto de conocimiento: es decir, desde una suerte de meta-lógica [...]”. Cfr. con especial referencia al Derecho: ECHAVE, Delia Teresa, URQUIJO, Ma. Eugenia y GUIBOURG, Ricardo A., “Lógica, proposición y norma”, 1ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 106.

<sup>57</sup> “[...] esto, obliga a claudicar frente al intento de delinear la metodología con el sólo recurso a la lógica deductiva. Hay una determinación central [...], que dependerá no de cuestiones lógicas, sino de la decisión de la comunidad científica. Es un asunto de ‘convención’...”. DATRI, E., y CÓRDOBA, G., op. cit., p. 57.

<sup>58</sup> “El valor humanidad es la culminación del complejo de valores a nuestro alcance y todos los otros valores deben contribuir a su realización. [...] entre los más relacionados con la humanidad está el amor.” CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La ciencia del valor humanidad (‘Praxitología’)”, en “Investigación y Docencia”, n°25, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 53.

<sup>59</sup> Werner Goldschmidt propiciará un humanismo abstencionista: “El humanismo se caracteriza por tener por meta el desarrollo de la personalidad”. Luego aclara que el humanismo intervencionista está justificado en individuos que no tienen la madurez necesaria, es decir, en los ámbitos de la familia y la infancia. No así en el ámbito de la comunidad política. “El humanismo abstencionista... exige que cada cual tenga una zona de libertad lo suficientemente amplia [como] para poder convertirse dentro de ella en persona según su propia elección. Por ser los hombres iguales cada uno tiene derecho a su zona de libertad; por ser cada hombre único a causa de su libertad,

y la utilidad no justifican cualquier atropello. Es interesante ver el caso en donde un juez argentino rechazó un pedido gubernamental de desalojo de 60 familias que usurpan terrenos del Estado. Y con una postura inhumana, el jefe de gobierno calificó al fallo como alentador de la “ilegalidad”.<sup>60</sup> Es interesante recordar que “Anatole France, ridiculizando la igualdad formal de la ley a la contraluz de su desigualdad social, dice irónicamente que la ley prohíbe dormir bajo los puentes por igual a millonarios y a mendigos. En efecto, la norma es igual; pero el imperativo nace sólo con respecto a los mendigos.”<sup>61</sup> En el mismo sentido, la ley que protege la propiedad privada casi siempre es violada por los privados de propiedad...

De allí la necesidad y la importancia de los métodos comprensivistas, hermenéuticos y críticos en las ciencias.<sup>62</sup> Elemento crítico que existe en el Derecho con la dimensión diléctica que resalta la teoría trialista del mundo jurídico.<sup>63</sup>

## 9. Popper vs. las ciencias sociales

Otra dificultad que veo en el epistemólogo de origen austríaco es unificar los métodos de la ciencia, y con ello imponer a las ciencias sociales el método de las naturales o (más) exactas. Si bien entendemos que todo depende en última instancia de la creencia que se adapte mejor a nuestra historia personal, entre las ciencias naturales y las sociales existe una diferencia básica en cuanto al tratamiento del objeto de estudio y que está dada por incluir en las sociales, como elemento principal de análisis, al hombre y a éste reunido en comunidad; cosa que no ocurre en las ciencias naturales. El diferente objeto de estudio, generará un tratamiento diferente del método de abordaje. Aplicar la lógica al hombre puede llevar muchas veces, a resultados fatales. Por ejemplo, al mencionado “*dura lex sed lex*”.

No obstante, Popper afirma:<sup>64</sup> “[...] la física teórica moderna, en la que tanto otras personas como yo vemos la realización más completa hasta la fecha de lo que yo llamo ‘ciencia empírica’”.

El hombre y la sociedad no se manifiestan en el mundo de la misma forma que una roca

sólo el mismo debe resolver sobre su destino”. “Introducción...”, cit., pp. 440 y 441. “[...] la humanidad real ha de ser el fin último de todo nuestro obrar. Cuando no se toma a la humanidad en cada uno de sus miembros como fin, sino como medio, se abandona el humanismo, que es legítimo, y se cae en el totalitarismo y el individualismo, en que el hombre es medio del conjunto social o de otros hombres.” CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La ciencia del valor...”, cit., p. 54.

<sup>60</sup> Puede confrontarse mayor información en el diario “La Nación” del 28.04.2004, <http://www.lanacion.com.ar/default.asp>.

<sup>61</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., p. 202.

<sup>62</sup> Véase MARDONES, J. M., y URSUA, N., “Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica”, México D. F., Coyoacán, 1999.

<sup>63</sup> Puede c. en tal sentido a GOLDSCHMIDT, Werner, op. cit., pp. 367 y ss.

o una rana. Somos animales, pero razonamos y sentimos, y creamos en el mundo por muchos medios:

Mientras que el animal, dice Marx, ‘produce únicamente lo que necesita inmediatamente para sí o para su prole, produce unilateralmente, el hombre produce universalmente... El animal forma únicamente según la necesidad y la medida de la especie a que pertenece, mientras que el hombre sabe producir según la medida de todas las especies y sabe imponer al objeto la medida que le es inherente; por eso el hombre crea también según las leyes de la belleza’. La universalidad del hombre no radica sólo en su capacidad de pensar, sino también en su capacidad de distanciarse de la urgencia.<sup>65</sup>

El falsacionismo consiste, según palabras del propio epistemólogo en la tarea de investigar “los métodos empleados en las contrastaciones sistemáticas a que debe someterse toda idea nueva antes de que se la pueda sostener seriamente.”<sup>66</sup> Es decir, en el hecho de que “se haya sometido a contraste y ha resistido las contrastaciones”,<sup>67</sup> aunque más adelante diga: “[...] sólo requiero que cada uno de esos enunciados sea susceptible de contrastación”.<sup>68</sup> La idea es la permanente crítica.

No es completa una teoría del conocimiento si no se incluyen en ella todos los elementos que juegan en su creación y desarrollo. Si queremos ser intérpretes de nuestra propia tarea, lo principal es ser fieles a nuestras intenciones y deseos, desde los más implícitos hasta los más explícitos. De lo contrario, nuestra tarea se convierte en parte de una corporación al estilo medieval, en donde el oficio se transmitía de generación en generación y sólo para aquellos que formaban parte de la misma. Como parte de la democratización del conocimiento, cabe que comprendamos también su proceso.<sup>69</sup>

La teoría conductista en educación consideraba el aprendizaje de los estudiantes como parte de un mecanismo de condicionamientos psicológicos, en donde ante un estímulo determinado por parte del maestro, el alumno debía responder con una operación determinada, mecánicamente. La actitud del alumno era pasiva, en la medida en que sólo recepcionaba los “conocimientos” que el maestro ya le transmitía “elaborados”. Lo que hicieron las doctrinas constructivistas y cognitivistas fue examinar la famosa “caja negra”<sup>70</sup> en que consistía el

<sup>64</sup> POPPER, Karl Raymund, op. cit., p. 37.

<sup>65</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, “Introducción” a MARX, Karl, “Manuscritos: economía y filosofía”, Barcelona, Altaya, 1993, p. 34.

<sup>66</sup> POPPER, Karl, op. cit., p. 31.

<sup>67</sup> POPPER, Karl, op. cit., p. 39.

<sup>68</sup> POPPER, Karl, “La lógica...”, cit., p. 47.

<sup>69</sup> Puede verse una aplicación de esta filosofía en: SAMAJA, Juan, “Proceso, Diseño y Proyecto en Investigación Científica”, Buenos Aires, JVE ediciones, 2004. Del mismo autor, “Epistemología y metodología...”, cit.

<sup>70</sup> “La teoría del conductismo se concentra en el estudio de conductas que se pueden observar y medir (Good y



proceso de enseñanza y aprendizaje, llegando a la conclusión de que la clave de un mejor aprendizaje sería analizar lo que ocurría en esa franja de espacio-tiempo constituida por los mecanismos que emplea el estudiante ante el conocimiento que se le acerca. Se trata de un mecanismo psicológico, y no por ello inanalizable. De seguirse la tesis de Popper, nuestros profesionales de la mente o del alma, quedarían sin trabajo y se volvería a la añeja y superada discusión acerca del carácter científico del psicoanálisis y la psicología.

## 10. Conclusión. Popper vs. Popper

El falsacionismo ha sido falsado porque aplicando el criterio falsacionista de criticar permanentemente nuestros saberes y tratar de encontrar los errores en ellos, creo haber sistematizado, varios de ellos.

Cabe resaltar que estamos haciendo referencia a las críticas a Popper, y asumiendo la acusación a la razón y sus seguidores; pero manteniendo nuestra independencia de criterio de nuestro accidental “cliente” (la crítica). En definitiva, es una invitación a la crítica a que nos llamaba Popper, lo cual revela en última instancia un refuerzo de parte de su pensamiento.

Decía Popper: “Todo lo que es verdad en el dominio de la lógica, lo es también en el método científico y en la historia de la ciencia”,<sup>71</sup> a lo cual cabe responder con una cita de Koyré: “[...] la historia del pensamiento científico no es enteramente lógica. Por eso, para comprender su evolución hay que tener en cuenta factores extralógicos.”<sup>72</sup>

No hay que demonizar a la inducción, sino contarla como una fase necesaria del proceso de investigación científico, aunque tal vez no la primaria. Como decíamos, si bien se reconoce a la invención creativa y a las expectativas y deseos que impulsan en el científico la formación de unas hipótesis y no otras, la teoría se sostiene en un cúmulo de experiencias constantes que corroboran a las implicaciones contrastadoras y, a la teoría. Si bien se resiste en vez de acumular verificaciones, lo que ha resistido es un conjunto de “similares” sobre la base de los cuales se establece la “ley científica”; varía el procedimiento, pero la base empírica es la misma. Una teoría no puede mantenerse sin elementos verificacionistas, y la ciencia no progresa sin elementos falsacionistas. ¿Qué es esto sino el acuerdo del que hablaba Popper?, el lado irracional de la ciencia, el lado irracional de la vida, y tan consustancial a nosotros. Siempre cabe la posibilidad de que tratemos otros problemas ante otras personas involucradas. El elemento político en la ciencia es inevitable.

Brophy, 1990). Ve a la mente como una ‘caja negra’ en el sentido de que las respuestas a estímulos se pueden observar cuantitativamente ignorando totalmente la posibilidad de todo proceso que pueda darse en el interior de la mente. Algunas personas claves en el desarrollo de la teoría conductista incluyen a Pavlov, Watson, Thorndike y Skinner.” MERGEL, Brenda, “Diseño instruccional y teoría del aprendizaje”, Canadá, 1998, <http://www.usask.ca/education/coursework/802papers/mergel/espanol.pdf>, (01.06.2003).

Tal vez uno de los grandes aciertos de Popper haya sido el de mantener viva la crítica permanente. En este sentido, “lo inesperado nos sorprende porque nos hemos instalado con gran seguridad en nuestras teorías, en nuestras ideas y, éstas no tienen ninguna estructura para acoger lo nuevo. [...] nunca podemos predecir cómo se presentará, pero debemos contar con su llegada [...] una vez que sobrevenga lo inesperado, habrá que ser capaz de revisar nuestras teorías e ideas en vez de dejar entrar por la fuerza el hecho nuevo en la teoría [...]”.<sup>73</sup>

Al contrario de lo que sostiene Popper, quien creía irracional al proceso de ideación de las teorías, Morin<sup>74</sup> nos ayuda a creer que ello no es así:

Un racionalismo que ignora los seres, la subjetividad, la afectividad y la vida es irracional. La racionalidad debe reconocer el lado del afecto, del amor, del arrepentimiento. La verdadera racionalidad conoce los **límites de la lógica**,<sup>75</sup> del determinismo, del mecanismo; sabe que la mente humana no podría ser omnisciente, que la realidad comporta misterio [...].

Reconocer nuestra parte irracional es reconocernos a nosotros mismos, ya que en cierta medida, somos un misterio; ese que nos motiva a seguir filosofando sobre la ciencia...

<sup>71</sup> POPPER, Karl, “Conocimiento objetivo”, Madrid, Tecnos, 1974, p. 19. Citado por Beltrán, Antonio, “Introducción. T. S. Kuhn. De la historia de la ciencia a la filosofía de la ciencia”, en KUHN, Tomas, “¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos”, trad. de José Romo Feito y Antonio Beltrán, Barcelona, Altaya, 1994, p. 13.

<sup>72</sup> Citado por BELTRÁN, Antonio, op. cit., p. 14.

<sup>73</sup> MORIN, Edgar, op. cit., p. 11.

<sup>74</sup> MORIN, Edgar, op. cit., p. 7.

<sup>75</sup> La negrita me pertenece.

## REEDICION



MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

Miembro de la Carrera del Investigador de la Universidad Nacional de Rosario

APORTES PARA UNA TEORIA DE LAS  
RESPUESTAS JURIDICAS(\*)

CONSEJO DE INVESTIGACIONES  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

ROSARIO  
1976

(\*) N. de la R.: Reedición inalterada de la versión publicada en 1976. En relación con el tema puede v. por ejemplo, del mismo autor, “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 3, págs. 83 y ss.

El presente trabajo se elaboró con miras a un proyecto de investigación sobre “Estudio comparativo de la legislación iusprivatista de los países sudamericanos” dirigido por el profesor Werner Goldschmidt.

### SYNTHESE BIBLIOGRAPHIQUE

Cette étude se développe à partir de la différenciation des projections actives et passives des réponses juridiques; dit autrement la différenciation entre les espaces où les dites réponses juridiques sont soutenues et les faits concernantes; elle part aussi de la distinction des portées conceptuelles et pratiques de ces projections actives et passives, et de la différenciation des portées (territoriales, temporelles, personnelles, relatives à des objets, potentielles et de raison) concernant les réponses. Vue l'extension des sujets nommés, cette été limité aux aspects passifs.

En développant les portées des réponses juridiques d'après les lignes fondamentales déjà signalées, on différencie en outre les portées primaires et secondaires des solutions (genre prochain et trait spécifique).

On classe les réponses des grandes unités de points de vue envisagés (territorial, temporel, personnel, relatif à des objets, potentiel et de raison) en limitées ou illimitées, immanentes ou transcendentes, on distingue le noyau et les aspects marginaux des memes et on analyse leur composition non-accumulative ou accumulative.

Puis en vise à la dynamique des portées des réponses à travers leur classement en catégories de plusmodélaton (accroissement des modèles), minusmodélaton (diminution des modèles) et remplacement des modèles.

Au dernier lieu, et en faisant la projection des études de la partie générale du Droit International Privé, on esquisse une théorie des contacts de réponses juridiques, valable pour typifier des situations de coexistence de secteurs indépendants, de domination, d'intégration, de désintégration et d'isolément relatif.

Primera edición

Hecho el depósito de ley

Derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Córdoba 1814 - Rosario

## INDICE GENERAL

<b>I. EXORDIO .....</b>	<b>89</b>
<b>II. LAS RESPUESTAS JURIDICAS .....</b>	<b>93</b>
<b>1) Alcances de los respuestas</b>	
a) <i>Dimensión normológica .....</i>	<i>93</i>
b) <i>Dimensión sociológica .....</i>	<i>102</i>
c) <i>Dimensión dikelógica .....</i>	<i>106</i>
<b>2) Dinámica de los alcances de las respuestas jurídicas</b>	
a) <i>Dimensión normológica .....</i>	<i>110</i>
b) <i>Dimensión sociológica .....</i>	<i>112</i>
c) <i>Dimensión dikelógica .....</i>	<i>113</i>
<b>3) Relaciones entre respuestas</b>	
a) <i>Dimensión normológica .....</i>	<i>114</i>
b) <i>Dimensión sociológica .....</i>	<i>126</i>
c) <i>Dimensión dikelógica .....</i>	<i>128</i>
<b>III. CONCLUSION .....</b>	<b>129</b>
<i>Indice de autores citados .....</i>	<i>129</i>
<i>Indice de materias .....</i>	<i>131</i>





# I. EXORDIO

1. Pocas veces como en nuestros días el derecho ha sufrido tantas transformaciones y pocas veces los cambios se han incorporado con tanta fuerza a los ideales dominantes en las distintas sociedades. Sin embargo la actual doctrina jurídica permanece a nuestro parecer principalmente apegada a los planteos de carácter estático, descuidando en medida considerable el aporte que debe realizar para la solución de la problemática contemporánea. Es así como nuestro pensamiento jurídico nos refiere principalmente a meras normas, cuando debería apuntar a las “respuestas” como soluciones a nuestra existencia esencialmente problemática.

Dado que el planteo jurídico integral debe responder a la concepción tridimensional —según la cual el derecho consta de hechos, normas y valores<sup>1</sup> caracterizamos a la “respuesta jurídica” como el fenómeno jurídico (tridimensional) de origen conductista relativo a un problema o un grupo de problemas. En otros términos: descartando los fenómenos jurídicos no conductistas —apoyados en distribuciones y de importancia derivada, consideramos respuestas jurídicas a los repartos (dimensión sociológica), las normas que los captan (dimensión normológica) y las valoraciones culminantes en la justicia de los repartos y las normas (dimensión dikelógica)<sup>2</sup>. Emplearemos el concepto “respuesta” porque la expresión más habitual “fenómeno” tiene a nuestro parecer un alcance más limitado y aun despersonalizado en tanto que prescindimos de los términos “reparto”, “norma” y “valoración” por su respectiva referencia a dimensiones jurídicas aisladas.

De resultados de la vinculación reinante en las concepciones de nuestro tiempo entre la esencia del derecho, el poder fáctico y el orden, el pensamiento contemporáneo está también relativamente incapacitado para apreciar los fenómenos distantes de esos extremos; o sea tiende a desalentar los despliegues de cooperación, ideología y desorden que junto a los antes nombrados son sólo los extremos entre los que se sitúa toda respuesta jurídica<sup>3</sup>. Con motivo de tales limitaciones resulta difícil diferenciar las **proyecciones activas** de las soluciones jurídicas, o sea los ámbitos en que pueden contar con respaldo —especialmente con el poder—, de sus **proyecciones pasivas**, es decir los hechos con que se relacionan<sup>4</sup>. De esa restricción visual surge asimismo la resistencia a distinguir los alcances **conceptuales** (lógicos) y los

<sup>1</sup> V. REALE, Miguel, **Teoría tridimensional do Direito**, Sao Paulo, Saraiva, 1968, y **Filosofia do Direito**, 5ª ed., Sao Paulo, Saraiva, 1969, 2º vol., págs. 435 y ss.; RECASENS SICHES, Luis, **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**, México, Porrúa, 1963, t. 1, págs. 553 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, **Teoría tridimensional y teoría trialista**, en “La Ley”, 7-XII- 1972, t. 148.

<sup>2</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, **Introducción filosófica al Derecho**, 4ª ed., Bs. As., Depalma, 1973.

<sup>3</sup> V. CROCE, Benedetto, **Ética y Política**, trad. Enrique Pezzoni, Bs. As., Imán, 1952, págs. 193 y ss.; GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 11 y 63 y ss.

<sup>4</sup> Savigny expresaba: “las reglas jurídicas están destinadas a regir las relaciones de derecho; pero ¿cuáles son los

despliegues **fácticos** de tales proyecciones activas y pasivas, aunque, como es notorio, a partir de los planteos respectivos de Hegel y Marx las relaciones entre ideología y hechos han motivado ya una importante vertiente de investigaciones proyectadas a veces en estudios de juristas de las tallas de François GénY y Miguel Reale<sup>5</sup>.

También como otra consecuencia de la asociación de la esencia del derecho con el poder fáctico, repartido de manera más notoria en lo territorial, suele hacérsenos inaccesible la delimitación de los contenidos y alcances de las respuestas en otros sentidos diferentes, o sea la determinación de que en verdad esos contenidos y alcances pueden ser no **sólo territoriales** sino también **temporales, personales, relativos a objetos, potenciales y de razón**. Fue precisamente el origen predominantemente estatal asignado al derecho moderno, culminante en el aporte de Savigny al encontrar el “asiento” de cada caso como criterio fundamental para su solución<sup>6</sup>, el hilo que condujo al predominio de la territorialización y al descuido relativo de los otros puntos de vista; pero también es el planteo del maestro prusiano, al destacar los lazos entre los problemas interespaciales e intertemporales<sup>7</sup> y el carácter básicamente sistemático —por tanto necesariamente plurifacético— del derecho<sup>8</sup>, uno de los principales orientadores de la superación. Más aún: desde la construcción de la “pirámide jurídica” de la escuela de Viena es ya notorio que el ordenamiento del derecho se manifiesta en diferentes puntos de vista<sup>9</sup>, y pensamos que no es por casualidad que Carlos Cossio intentó superar el territorialismo del sistema savigniano proponiendo que la expresión “asiento”, utilizada por el maestro de Berlín, sea reemplazada —nuestro coterráneo afirmó traducida— por “sentido”<sup>10</sup>.

Por la indebida vinculación de la esencia del derecho con el orden muchas veces nos resistimos a advertir que las respuestas jurídicas suelen tener alcances variados por **aumento, disminución o sustitución**; vicisitudes necesariamente productoras de cierta anarquía. Es también de resultas de esta exaltación del orden que perdemos las posibilidades de ubicar las relaciones entre respuestas jurídicas en función de los distintos tipos en que pueden presentarse: **de contacto de sectores independientes, dominación, integración, desintegración**

Límites de su imperio? ¿Qué relaciones de derecho están sometidas a estas reglas?” (SAVIGNY, F. C. de, **Sistema del Derecho Romano actual**, trad. Ch. Guenoux-Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Cía., 1879, t. VI, págs. 123|124. V. asimismo GOLDSCHMIDT, Werner, **Derecho Internacional Privado**, 2ª ed., Bs., As., Depalma, 1974, págs. 45 y ss.

<sup>5</sup> v. así GENY, François, **Science et Technique en droit privé positif**, Paris, Sirey, t. 1, págs. 140 y ss.; REALE, Miguel, **O Direito como experiencia**, Sao Paulo, Saraiva, 1968, págs. 139 y ss.

<sup>6</sup> v. SAVIGNY, op. cit., t. VI, págs. 131 y ss.

<sup>7</sup> *id.*, págs. 134, y 120 y 126|127.

<sup>8</sup> *id.*, 1878, t. 1, págs. 13|14.

<sup>9</sup> v. Kelsen, Hans, **Teoría general del Derecho y el Estado**, trad. Eduardo García Máynez, 3ª ed., México, Textos Universitarios, 1969, págs. 49 y ss.

<sup>10</sup> COSSIO, Carlos, **Impugnación egológica de la Escuela del Derecho libre**, en “La Ley”, t. 115, pág. 883. No obstante v. GOLDSCHMIDT, **Derecho...**, cit., pág. 117.

### y aislamiento relativo.

Como resultado de esta última limitación queda sin desarrollarse la teoría de los contactos de respuestas jurídicas, que pese a ser quizás la expresión científica más requerida por el derecho de nuestro tiempo sólo ha sido desplegada debidamente en el Derecho Internacional Privado. Desde que Vico hablaba de la sucesión de distintas especies de naturalezas y de “jurisprudencias”<sup>11</sup> mucho es lo que ha progresado la filosofía de la historia jurídica; también es cierto que han enfocado la cuestión figuras de la magnitud de Ihering<sup>12</sup> y Géný<sup>13</sup>, que Pierre Arminjon llegó a hablarnos del Derecho Internacional Privado como derecho intersistemático<sup>14</sup> y Werner Goldschmidt encaró el sistema del derecho de colisión en el espacio y en el tiempo<sup>15</sup>, pero creemos que el estudio de los caminos y contactos de respuestas es un tema privado aún de la atención que merece. Sobre esta base de los estudios de los contactos de respuestas y ramas del mundo jurídico y la comparación de las mismas ha de llegarse a un **Derecho comparado y profundizado general** que sin desconocer las diferencias supere los compartimentos estancos que hoy escinden el saber de nuestras disciplinas.

Dada la enorme magnitud de la temática bosquejada —que excede las posibilidades del esfuerzo individual— en estas líneas nos ceñiremos a la consideración de los aspectos pasivos de las respuestas (procurando abarcar sus alcances conceptuales y fácticos, territoriales, temporales, etc.).

<sup>11</sup> El filósofo napolitano se refería al curso que siguen las naciones y la jurisprudencia señalando una jurisprudencia o sabiduría divina —comprensión de los divinos misterios de la adivinación, que estimaba justo lo que tenía la solemnidad de las ceremonias divinas—, otra heroica —consistente en el empleo cauteloso y propio de las palabras, que trataba de exponer los hechos tan circunstanciadamente que las fórmulas de las acciones coincidieran exactamente— y una jurisprudencia humana —que examina la veracidad de esos hechos y somete benignamente la razón de las leyes a todo lo que requiere la legalidad de la causa—. Vico, **Principios de una ciencia nueva sobre la naturaleza común de las naciones**, trad. Manuel Fuentes Benot, 3ª ed., en B.I.F., Bs. As., Aguilar, 1966, t. IV, págs. 71 y ss. espec. 87/88.

<sup>12</sup> IHERING, R. von, **El espíritu del Derecho Romano**, trad. Enrique Principe Satorres, Madrid, Bailly-Balliere, 5ª tirada, t. III, págs. 17 y ss., espec. 55 y ss.

<sup>13</sup> GENÝ, op. cit., t. I, págs. 157 y ss.

<sup>14</sup> ARMINJON, Pierre, **L'objet et la méthode du Droit international privé**, en “Recueil des Cours”, Academia de Derecho Internacional, t. 21, espec. págs. 138 y ss., y MIAJA DE LA MUELA, **Derecho Internacional Privado**, 5ª ed., Madrid, Atlas, 1969, t. I, págs. 218 y ss.

<sup>15</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, **Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo**, en “Estudios jusprivatistas internacionales”, Rosario, Esc. de C. Política y Relac. Internacionales, 1969, págs. 283 y ss.



## II. LAS RESPUESTAS JURIDICAS

### 1) ALCANCES DE LAS RESPUESTAS

#### a) Dimensión normológica:

2. Según lo adelantamos en el exordio es posible diferenciar en cada respuesta jurídica un nivel **conceptual** y otro **fáctico**: el primero es el alcance de la misma en el terreno de las ideas; el segundo su proyección en el campo de los hechos. A su vez es posible diferenciar en cada solución un alcance **primario**, que es el género próximo al que se dirige la respuesta en su configuración originaria del ámbito a resolver, y un contenido **secundario**, que incluye su rasgo específico, o sea es el aspecto al que en definitiva se circunscribe. Aunque estos dos niveles —primario y secundario— se configuran ya en el o los tipos legales de la respuesta —o sea en las captaciones lógicas de los sectores a reglamentar—<sup>16</sup> puede decirse que el contenido primario está más estrechamente vinculado a esos antecedentes, en tanto que el despliegue secundario queda definitivamente aclarado por la afectación mostrada en las consecuencias jurídicas —que reflejan las reglamentaciones respectivas—. El alcance primario está más próximo a lo conceptual y el secundario a lo fáctico.

Cada respuesta jurídica puede encararse en los ya referidos aspectos territoriales, temporales, personales, relativos a objetos, potenciales y de razón, resultando así **limitada** o **ilimitada**. Comparando una solución con las grandes unidades de uno de esos puntos de vista (territorial, temporal, etc.) puede ser **inmanente** o **trascendente**<sup>17</sup>. Las respuestas de alcances ilimitados y trascendentes están más cercanas a lo conceptual, y las limitadas e inmanentes a la proyección fáctica.

En cuanto a su composición las respuestas tienen un **núcleo y aspectos marginales**<sup>18</sup>, y pueden presentar formación **no acumulativa** o **acumulativa**, diferenciándose a su vez entre las soluciones no acumulativas las **simples y las condicionales** —que pueden ser **subsidiarias o alternativas**—, y entre las acumulativas las de composición **igual o desigual**<sup>19</sup>. El núcleo

<sup>16</sup> GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., pág. 205.

<sup>17</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Transactions between States and Public Firms and Foreign Private Firms*, separata de "Recueil..." cit., vol. II-1972, págs. 310|311.

<sup>18</sup> v. IHERING, op. cit., t. III, págs. 51 y ss.

<sup>19</sup> v. GOLDSCHMIDT, *Derecho...* cit., págs. 112 y ss.; DIAS MARQUES, J., *Introdução ao Estudo do Direito*,

de una respuesta figura siempre en el horizonte conceptual de los aspectos marginales, pero éstos no en la idea de aquél. Las soluciones condicionales mantienen siempre sus “pendants” en el marco conceptual; las acumulativas se acompañan en lo conceptual y fáctico.

3. En el aspecto territorial la comparación con la unidad social más importante de nuestro tiempo nos lleva a relacionar las respuestas con la comunidad internacional. Las soluciones inmanentes a esta comunidad son **internacionales**, o sea que resuelven el problema internacional a favor del derecho propio o el extranjero, y las respuestas trascendentes son **nacionalísimas**, es decir referidas al marco nacional sin tener en cuenta la comunidad internacional<sup>20</sup>, o **universales**, que se pronuncian lisa y llanamente con proyección mundial<sup>21</sup>.

Tomando a los fines de la ejemplificación la respuesta matrimonial del derecho argentino, se advierte en su nivel conceptual una marcada puja entre las proyecciones limitadas internacionales e ilimitadas universales. Nuestra respuesta de fuente interna tiene por una parte soluciones como las de los arts. 2, 3, 4, 5, 6 y 104 de la LMC<sup>22</sup>, de marco internacional, y por la otra, en el mismo art. 104 —al otorgar jurisdicción exclusiva a los tribunales argentinos en juicios de divorcio y nulidad de matrimonios domiciliados en el país— y el art. 7 LMC —al negar habilitación para casarse a los cónyuges de matrimonios celebrados en Argentina y disueltos en el extranjero en disconformidad con nuestras leyes— se pronuncia en función de legislación universal. Más aún: el derogado art. 165 CC —antecedente de nuestro actual art. 7 LMC— acentuaba, por lo menos en las pretensiones conceptuales, esas proyecciones universales diciendo que el matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina (fuere o no celebrado en ella) no habilitaba para casarse a ninguno de los

2ª ed., Lisboa; 1968, t. 1, págs. 305 y ss.

<sup>20</sup> v. sobre las leyes de aplicación inmediata FRANCESKAKIS, Ph., **Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs, rapports avec les règles de conflits de lois**, en “Revue critique de droit international privé”, t. LV-1966, N° 1, págs. 4 y ss. No se deben confundir las soluciones nacionalísimas con las internacionales de alcance “material” (v. sobre este tema asimismo SIMON-DEPITRE, Marthe, **Les règles matérielles dans le conflit de lois**, en “Revue...” cit., t. LXIII, 1974, N° 4, págs. 591 y ss.

<sup>21</sup> Quizás el modelo más perfecto de una respuesta con alcance pasivo universal en lo conceptual y fáctico (principalmente en el primer aspecto) es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano hecha por Francia “para todos los hombres, para todos los tiempos, para todos los países” (v. PIRENNE, Jacques, **Historia Universal**, trad. Mario Grande Ramos y Manuel Tamayo, Barcelona, Exito, 1961, t. V, págs. 15 y ss.). Asimismo v. MORELLI, Gaetano, **“Limiti dell’ordinamento statuale e limiti della giurisdizione”**, en “Rivista di Diritto Internazionale”, año XXV, págs. 382 y ss; acerca de la unidad entre las tres categorías, surgida de la continuidad social universal, BATIFFOL, Henri, **Aspects philosophiques du droit international privé**, Paris, Dalloz, 1956, págs. 297 y ss.; en relación a la descomposición territorial y personal de un ámbito nacional, LAMPUE, **Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français**, en “Revue...” cit., I. XLIII-1954, N° 2, págs. 249 y ss.

<sup>22</sup> LMC = Ley de Matrimonio Civil; CN = Constitución Nacional; CC = Código Civil; CPCCSF = Código Procesal Civ. y Com. de Santa Fe.

cónyuges. Es de advertir sin embargo que el propio Vélez Sársfield vaciló entre proyecciones internacionales y universales, y en la nota a su mencionado artículo aceptó con criterio quizás internacional el “reconocimiento involucrado” de divorcios vinculares extranjeros afirmando: “Sea cual fuese la resolución de los países protestantes en este punto, yo creo, que siendo entre nosotros indisoluble el matrimonio, si bien podemos tener por legítimo el que se ha contraído en otro país, disuelto el vínculo de su primer matrimonio, no podemos permitir que tales matrimonios se celebren en la República con efectos civiles”. También tienen alcances universales las reglas sobre consentimiento, edad mínima y registro del matrimonio de la Convención de N. York del 7 de noviembre de 1962 (decreto-ley 18444), reglamentaria del art. 16 inc. 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que ha modificado incluso nuestras reglas de derecho interno respectivas<sup>23</sup>.

El conflicto entre mera internacionalidad y universalidad es muy marcado en los Tratados de Montevideo. Así el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 dispone en su art. 11 que la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en que se celebra, pero los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiese celebrado con los impedimentos que indica, de edad, parentesco, crimen y ligamen. Por su parte el art. 13 establece que la disolución del matrimonio se rige por la ley del domicilio conyugal siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró. Según puede verse las dos reglas generales —a semejanza de la del art. 12 relativa a efectos personales, la del 13 “ab initio” sobre separación y las de los arts. 41 y ss., acerca de efectos patrimoniales— son de alcance internacional; pero sus excepciones —y el art. 40 que consagra en general la validez de las capitulaciones matrimoniales— por lo menos aceptan las proyecciones universales<sup>24</sup>. En el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 el art. 13 reproduce el contenido del art. 11 del homónimo antecedente, con su compromiso entre internacionalismo y universalismo, pero los restantes artículos (14 y ss.) acentúan los alcances meramente internacionales. Es así como según el art. 15 la disolubilidad del matrimonio queda sometida sólo a la ley del domicilio conyugal, y el Estado donde el matrimonio se celebró tiene la única facultad de no reconocerlo si la causal invocada fue el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal<sup>25</sup>. En los dos marcos convencionales de Montevideo el alcance universal de la respuesta matrimonial podría hallar alguna acogida —poco hospitalaria por esos párrafos meramente internacionales referidos— en los respectivos artículos 4 de los Protocolos Adicionales, que dicen “Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicables

<sup>23</sup> GOLDSCHMIDT, Werner Dr., **Matrimonio entre ausentes, por Representantes o a Distancia**, en “Gaceta del Notariado”, Col. Escribanos Pcia. Santa Fe, enero-abril 1971, N° 53, pág. 18.

<sup>24</sup> Acerca de los antecedentes de este Tratado puede verse CONGRESO SUD-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (Montevideo, 1888-1889), **Actas y Tratados**, compilados por Ernesto Restelli, Bs. As., Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 1928, espec., págs. 149 y ss. y 250 y ss.

<sup>25</sup> V. Sobre los antecedentes de esta obra SEGUNDO CONGRESO SUDAMERICANO DE DERECHO

contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”. Pese a esta posible acogida del espíritu universal parece que según es adecuado a un marco convencional el orden público es entendido como instrumento de rechazo local, y no como medio de proclamación ante el mundo. Sin entrar en profundidad a los distintos aspectos de la polémica respecto a los alcances de nuestras normas de los arts. 7 LMC, y 11 y 13 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 —a la que hemos de referirnos también en la dimensión sociológica de este tema<sup>26</sup>, creemos conveniente señalar que a nuestro parecer esas reglas poseen respectivamente alcances o por lo menos aperturas universales, de mayor amplitud incluso que la consideración del orden público contenida en los arts. 4 de los Protocolos Adicionales. Es digno de ser notado que pese a sus aperturas universales los Tratados de Montevideo no alcanzan a modificar nuestro derecho de fuente interna.

En general por el fuerte arraigo en la calidad humana con que se la elabora la respuesta matrimonial tiene habitualmente en su contenido primario marcado carácter universal, pero en el nivel secundario a raíz de limitaciones fácticas suele reducirse a lo internacional o nacionalísimo. Como ejemplo de respuestas nacionalísimas pueden referirse las soluciones sobre organización de las autoridades registrales y judiciales en materia matrimonial.

El núcleo territorial de nuestra respuesta matrimonial es el domicilio conyugal (arts. 51, 53, 5 y 104 LMC) pero su marginalidad llega a abarcar el mundo. El domicilio conyugal aparece como elemento de constitución no acumulativa simple; en ciertos supuestos la residencia puede intervenir como asiento condicional subsidiario del mismo (art. 90 inc. 5 CC.), y el juego del domicilio conyugal como sede principal de la respuesta matrimonial en relación con la posibilidad de la mujer de ser eximida de la obligación de habitar con su marido cuando de esto resulte peligro para su vida (art. 53 LMC) muestra un asiento acumulativo desigual (art. 90 CC, inc. 9).

4. En lo temporal la inmanencia o trascendencia de una respuesta permite reconocerla como **intrapariódica**, **extrapariódica** o **permanente**. Quizá la comparación más importante

INTERNACIONAL PRIVADO DE MONTEVIDEO, 1939-1940, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1940, págs. 274 y ss.; LAZCANO, Carlos Alberto, **El divorcio en el Tratado de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1940**, en “La Ley”, t. 84, págs. 630 y ss.

<sup>26</sup> v. por ej. BELLUSCIO, Augusto César, **Manual de Derecho de Familia**, Bs. As., Depalma, 1974, t. 1, págs. 423 y ss.; GOLDSCHMIDT, Werner, **Matrimonio y divorcio internacionales**, en “Revista Notarial”, N° 794, págs. 347 y ss.; asimismo puede verse sobre la opinión del profesor Belluscio “La Ley”, t. 122, págs. 1065 y ss., t. 139, págs. 125 y ss. y 359 ss., “Jurisprudencia Argentina”, t. 15-1972, págs. 122 y ss.; acerca del pensamiento del profesor Quintín Alfonsín “La Ley”, t. 68, págs. 891 y ss.; con referencia a la posición del profesor Jorge Adolfo Mazzinghi “La Ley”, t. 135, págs. 1633 y ss., “El Derecho”, t. 29, págs. 586 y ss.; sobre los ideas del profesor Carlos Alberto Lazcano “La Ley”, t. 67, págs. 822 y ss.; acerca de la opinión del la profesora Berta K. de Orchansky “La Ley”, t. 149, págs. 250 y ss.; sobre el pensamiento del profesor Antonio Boggiano “Jurisprudencia Argentina”, t. 14-1972, págs. 219 y ss. Asimismo v. GUGGENHEIM, Paul, **La validité et la nullité des actes juridiques internationaux**, en “Recueil...” cit., t. 74, esp., págs. 203 y ss.



deba hacerse en este caso con las vidas de las personas. En relación al núcleo temporal de una solución es posible referirse a su **tiempo axial** y en cuanto a su marginalidad es dado detectar su **preparación, decadencia y supervivencia**.

Por las mismas razones de arraigo en los caracteres básicos de la personalidad de los protagonistas antes señaladas la respuesta matrimonial tiene fundamentalmente contenido primario ilimitado, y en su nivel secundario resulta limitada sólo por situaciones imprevisibles como la muerte o el divorcio vincular. En el despliegue conceptual la respuesta matrimonial es incluso permanente, es decir trascendente a la vida de los esposos —lo que se traduce por ejemplo en la continuidad del uso del apellido del marido por la esposa supérstite (arts. 8 y 10 dec.-ley 18248)— pero en la proyección fáctica se la considera en general inmanentizada intraperiódica dentro de dicho ciclo vital común (art. 81 LMC y su complemento en art. 31 ley 14394). El tiempo axial de la respuesta matrimonial va desde su celebración a la eventual separación de cuerpos, declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los cónyuges o disolución del vínculo (arts. 39 y 64 LMC, 31 ley 14394 y 81 LMC); la preparación abarca el período de “diligencias previas” de los arts. 17 y ss. LMC, 13 de la ley 12331 y 1 y ss. de la ley 16668, resultando al respecto particularmente significativo el rechazo de los esponsales de futuro del art. 8 LMC; la decadencia corre desde la separación de cuerpos o declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los esposos hasta la disolución, sea ésta por muerte o posterior matrimonio del cónyuge del ausente (arts. 72 y ss. LMC y 31 ley 14394), y la supervivencia se muestra en reglas como la referida del uso del apellido del marido por la mujer viuda, las que vedan a la viuda el posterior casamiento por un cierto lapso (arts. 93 y 94 LMC) y las que otorgan a algunos cónyuges supérstites que no han contraído posteriores nupcias determinados beneficios de carácter hereditario (arts. 3573 bis y 3576 bis CC.). El tiempo axial de la respuesta es un ejemplo de constitución no acumulativa simple; en la medida que se continúan sus efectos en la decadencia ésta puede ejemplificar una extensión temporal subsidiaria; si hay separación y posterior reconciliación que restituye todo al estado anterior a la demanda de divorcio, extinguiendo la acción respectiva (art. 71 LMC), se presenta en relación al tiempo axial inicial una acumulación igual, y los períodos en que el cónyuge del ausente presuntamente fallecido no ha contraído nuevas nupcias y en que la viuda debe esperar para celebrarlas constituyen con el tiempo axial una acumulación desigual.

5. La comparación de los alcances de la respuesta en lo personal puede hacerse principalmente con las nacionalidades y las clases sociales. Surgen así soluciones **nacionales, extranacionales e hiponacionales; clasales, extraclasales e hipoclasales**<sup>27</sup>.

El contenido conceptual de la respuesta matrimonial argentina en cuanto a aptitud

<sup>27</sup> Acerca de la importancia del fenómeno de clases Ignace Lepp nos dice que en nuestros días, la colectividad en cuyo

para casarse es francamente ilimitado, hiponacional e hipoclasal, en el sentido que todos los hombres son considerados en principio hábiles para la unión (v. así arts. 16 y 20 CN.). Lo propio puede decirse del alcance del nivel primario y aún del secundario, ya que aquí se advierten sólo ciertas limitaciones por razones de parentesco, edad, ligamen, crimen y salud (arts. 9 y ss. LMC, 14 ley 14394, 13 ley 12331, y 1 y ss. ley 16668) que en definitiva por su escaso efecto restrictivo confirman aquella proyección El distinto rol dirimente o meramente impediendo de dichos obstáculos matrimoniales revela que poseen diferente jerarquía fáctica. Obviamente si descendemos del nivel de las normas de desarrollo de la respuesta matrimonial, para adentrarnos en los hechos en que se desenvuelven (o sea en la dimensión sociológica), la proyección ilimitada hiponacional e hipoclasal cambia considerablemente.

El núcleo personal de la solución matrimonial está constituido por los cónyuges, pero no cabe duda que la unión posee importantes alcances marginales, principalmente respecto a los hijos de la pareja y las personas que adquieren parentesco por afinidad. Los caracteres personalísimos de la unión hacen que en principio no pueda haber roles suplementarios o alternativos (art. 16 LMC); la evolución de los roles de los esposos muestra un paulatino pasaje de la acumulación desigual con marcada diferenciación y potestad marital a la acumulación igual, dándose en la actualidad estos dos tipos de constitución respectivamente en los arts. 53 LMC y 1276 párr. 2º CC. y en los arts. 17 y ss., 37 y ss., y 50 y ss. LMC. Pueden advertirse asimismo los roles acumulativos desiguales que caben a padres, tutores, magistrados y oficiales públicos autorizantes de la unión (arts. 17 y ss. y 37 y ss. LMC).

6. Si bien en derecho sólo podemos referirnos a objetos por las potencias e impotencias que extraemos de ellos, es posible formular algunas consideraciones más específicamente dirigidas a los mismos. La clasificación de las respuestas en atención a las clases de objetos a que se refieren permite distinguir las soluciones basadas en objetos **materiales** o **ideales**; el alcance de su referencia lleva a diferenciar respuestas dirigidas a objetos **particulares (infrapatrimoniales)** o de proyección **global (patrimoniales)**.

El alcance conceptual del matrimonio está referido a los patrimonios totales de los cónyuges y este carácter ilimitado es evidenciado en sus obligaciones alimentarias, pero descendiendo a un nivel más fáctico se advierte que habitualmente sólo abarca el patrimonio

seno se vive más intensamente es la solidaridad de clase. (v. LEPP, Ignace, **La comunicación de las existencias**, trad. Manuel Mercader, 7ª ed., México, Carlos Lohlé, 1975, especialmente págs. 59, 60 y 61). Aunque esto no refleje totalmente la realidad argentina no cabe duda que se trata de un testimonio sobre un importante estilo de vida contemporáneo a ser tenido en cuenta.

Un análisis tridimensional de la nacionalidad puede verse en CIURO CALDANI, Miguel Angel, **Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el derecho internacional privado**, en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", N° 43, p. 1 y ss. Planteo análogo debería hacerse acerca de las clases sociales.

conyugal. El contenido primario de la respuesta matrimonial es dicho patrimonio conyugal (arts. 1261 y ss. CC.) y su alcance secundario está dado por las distintas soluciones referidas a ese patrimonio, como por ejemplo las que fijan la administración de la sociedad en los arts. 1276 y ss.

El núcleo de los objetos a que se refiere la respuesta matrimonial son los bienes gananciales que cada uno de los cónyuges o ambos adquiriesen durante el vínculo por cualquier título que no sea herencia, donación o legado (art. 1272, 1er. párr. CC.); ocupan en cambio lugar marginal los frutos de los bienes comunes o propios percibidos durante el matrimonio o pendientes al tiempo de concluirse la sociedad, las mejoras que durante el matrimonio hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges, el producido de los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales durante la sociedad conyugal, etc. (arts. 1272 y ss). Incluso se incorpora a ese ámbito marginal el inmueble propio de uno de los esposos en que esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores e incapaces, ya que para disponer de él se requiere consentimiento de ambos (art. 1277 CC, 2º párr.). Cada uno de los objetos afectados a la respuesta matrimonial con carácter conyugal da a ésta una composición no acumulativa simple; cuando se afectan bienes propios para satisfacer las necesidades de la respuesta matrimonial que no funciona normalmente se produce una composición no acumulativa subsidiaria (art. 51 LMC y concordantes); la posibilidad de alterar el régimen legal de bienes —en nuestro derecho interno tan restringida— muestra una relación no acumulativa alternativa; los bienes gananciales guardan entre sí una vinculación acumulativa igual, y con referencia al patrimonio conyugal la afectación de la disponibilidad del inmueble propio donde se halle el hogar conyugal (art. 1277 cit.) es una manifestación de acumulación desigual.

7. Desde este punto de vista normológico las potencias e impotencias son respectivamente derechos y deberes. En atención al orden de reciprocidad de los derechos y deberes recibidos por los protagonistas la respuesta puede ser **simétrica** o **asimétrica**<sup>28</sup>. Considerando la importancia de lo recibido en relación a la superficie o profundidad de la vida puede ser **cotidiana** o **vital**.

El alcance conceptual de la respuesta matrimonial es marcadamente simétrico y vital. Sin embargo el despliegue fáctico es diferente: los deberes concretos son dispares y lo hacen asimétrico; los cónyuges por su deserción de los deberes que les corresponden y el Estado por la facilidad progresiva en conceder divorcios y separaciones van convirtiéndola en cotidiana. Ya en su contenido potencial primario la respuesta matrimonial es limitada porque excluye por ejemplo los llamados derechos personalísimos<sup>29</sup>, pero no cabe duda que se trata de una

<sup>28</sup> v. GOLDSCHMIDT, *Transactions...* cit., págs. 319/320.

<sup>29</sup> v. por ej. art., 1071 bis CC.; BENABENT, Alain, *La liberté individuelle et le mariage*, en “Revue trimestrielle de Droit Civil”, año 72, Nº 3, págs. 440 y ss.

solución de alcances primarios y secundarios de notable amplitud.

El núcleo de las potencialidades del matrimonio está en los deberes de fidelidad y cohabitación de los esposos (arts. 50 y ss. LMC), pero su alcance marginal es muy amplio, llegando incluso por ejemplo al nombre de la mujer (art. 8 dec.-ley 18248). Los derechos y deberes de fidelidad entre los cónyuges son no acumulativos simples, en razón de que la falta de uno de los esposos no autoriza al otro a proceder del mismo modo (arts. 50 y 71 bis LMC); el deber del marido de vivir en una misma casa con su mujer y prestarle todos los recursos que necesite, y el de darle en caso de incumplimiento suyo los alimentos necesarios, ejemplifican potencialidades subsidiarias (art. 51 LMC); las distintas posibilidades de coadministración de la sociedad conyugal o por mandato expreso o tácito a favor de uno de los esposos muestran potencialidades alternativas (art. 1276 CC); los deberes de los dos esposos de contribuir a la sociedad de gananciales constituyen, desde el punto de vista formal, una acumulación potencial igual (arts. 1261 y ss. CC.), y por último los deberes del esposo de cohabitar con su esposa y brindarle todos los recursos que entonces le fueren necesarios muestran una acumulación doblemente desigual, pues en cuanto a profundidad prima la cohabitación, que sólo cesa como deber si la esposa es eximida de su obligación por los tribunales cuando de su ejecución resulte peligro para su vida, y en cuanto a permanencia es superior el deber alimentario que sobrevive aún en casos en que cesa la cohabitación (arts. 51 y ss. LMC).

8. La razón de una respuesta se manifiesta con relación a las normas aisladas como una **razón propia**, que anida en los móviles de los repartidores respectivos —en sus intenciones concretas y principalmente en sus fines de carácter abstracto—; con referencia a los conjuntos de normas se constituye en una **razón difusa**, surgida de sus contactos más allá de los móviles de los repartidores<sup>30</sup>. A los fines de la interpretación y de la adaptación de las normas a los casos el punto de referencia dominante ha de ser el de los móviles de los repartidores (ajustando el contenido de su voluntad para salvar los inconvenientes surgidos de la normatividad difusa)<sup>31</sup>.

También con miras a la ubicación de la respuesta en una rama jurídica se ha de dar primacía a la razón abstracta propia de la misma: en última instancia una respuesta jurídica

<sup>30</sup> v. SOLER, Sebastián, **Interpretación de la ley**, Barcelona, Ariel, 1962 págs. 110 y ss.; BATIFFOL, Henri, **Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit**, en “Revue Internationale de Droit Comparé”, año 28, N° 4, págs. 663 y ss. y **Questions de l’interprétation juridique**, en “Archives de Philosophie du Droit”, N° 17, pág. 24. La razón difusa es correspondiente normativo de la influencia humana difusa detectada en la realidad social.

<sup>31</sup> Creemos que los móviles a considerar son los de los repartidores actuales, que quizás se hayan apropiado de textos de repartidores anteriores. Advertimos por otra parte que a veces —como es frecuente en Derecho Penal liberal— un repartidor superior puede mandar que en caso de duda se dé primacía al texto legislativo sobre la voluntad del legislador si aquél es más favorable a algún protagonista.

corresponde normativamente a una rama del derecho cuando su razón propia es la que inspira a dicha rama. Surgen así con miras a esta topografía jurídica normativa respuestas meramente **casuísticas** —que no constituyen la clave autonomizante de una rama jurídica—, otras **autonomizantes** de una rama del derecho y por último las **comunes** al derecho en general.

La razón propia de la respuesta matrimonial tiene alcances conceptuales proyectados a todo el ordenamiento, pero aún así muchas veces la razón difusa la desborda ampliamente con proyecciones fácticas desatendidas. Aunque la importancia del matrimonio parece decrecer, no cabe duda que es aún una de las pautas fundamentales de la constitución de los ordenamientos normativos contemporáneos: nuestra circumscripción “ley de matrimonio civil” es una pieza fundamental de todo el sistema que nos rige, con amplias proyecciones en lo contractual, sucesorio, etc. Sin embargo en los niveles fácticos y en la razón difusa la situación se va modificando notablemente: en campos como el Derecho Laboral o Previsional se otorgan en algunos casos al concubinato derechos que corresponderían al matrimonio, aún en detrimento de uniones legales (v. ordenanza Munic. Bs. As. N° 27.944 del 31-VII-1973; ley de Santa Fe 7.639 modificatoria de la 6.830, y ley 20.744, arts. 172 y 269). Atendiendo a la razón propia de la respuesta matrimonial, sea a nivel primario y más aún en el secundario, resulta una solución casuística dentro del Derecho Civil. Más aún: nuestra ley de matrimonio parece enfocar sólo la unión de la pareja —con el deseo de dar a dicho vínculo carácter laico— prescindiendo de sus notorias proyecciones difusas en el resto de la organización familiar.

La disolución por causa de muerte de uno de los cónyuges figura en el núcleo de la razón matrimonial; la disolución por siguiente matrimonio del cónyuge del ausente presuntamente fallecido se sitúa en los alcances marginales. La razón de la separación de cuerpos es no acumulativa subsidiaria con la que funda la convivencia; la que daría base al posible divorcio vincular sería no acumulativa alternativa con la de disolución por causa de muerte; las razones diversas para la separación o el divorcio vincular (ej. art. 67 LMC) muestran una composición que puede ser acumulativa igual, y en el art. 67 bis LMC, pese a su redacción algo inconsecuente, toma cuerpo una acumulación desigual de las razones tendientes a evitar el escándalo del proceso público y a castigar al culpable, con primacía de esta última.

9. Entre los niveles conceptual y fáctico o los contenidos primario y secundario de una respuesta se presentan relaciones horizontales en que puede realizarse el valor **concordancia**. En el despliegue conceptual anida el valor **racionalidad**, cuyo desborde genera la dogmática; en el desenvolvimiento fáctico puede reconocerse el valor **practicidad**, cuya exageración engendra la pragmática. La más radical posibilidad de concordancia de los niveles conceptual y fáctico de una respuesta se da entre las dimensiones normológica y sociológica, a través de la **fidelidad**, **exactitud** y **adecuación** de las normas respectivas, o sea cuando las normas expresan con acierto el contenido de la voluntad de los repartidores, cuando dicha voluntad

se cumple y cuando los conceptos con que las normas captan la realidad social sirven para profundizarla<sup>32</sup>. Como surge de los propios conceptos de los niveles “primario” y “secundario” la concordancia entre éstos es siempre incompleta, por lo que esa discordancia inherente es cubierta desde el ámbito de los alcances activos de la respuesta con la vinculación surgida del común origen en el mismo repartidor —autor de lo “primario” y “secundario”— de donde se satisface el valor **agnación**.

Las respuestas ilimitadas o trascendentes son más favorables a la **concordancia** que las limitadas e inmanentes. Sin embargo sus proyecciones fácticas suelen ser restringidas, perjudicándose las relaciones de producción con los niveles conceptuales, sean verticales u horizontales, con detrimento de la realización de los valores respectivos de **subordinación e infalibilidad**. Los ámbitos nucleares y marginales de una misma respuesta y sus distintas maneras de composición se vinculan horizontalmente, pudiendo realizar el valor **concordancia**. En la medida que esta satisfacción se debilita —principalmente en las composiciones alternativas y acumulativas— las relaciones se constituyen en virtud de la producción por un mismo repartidor realizándose el valor **agnación**.

Las proyecciones trascendentes (sean universales, permanentes, hiponacionales, etc.) pretendidas por nuestra respuesta matrimonial muestran las dificultades de concreción propias de todas las soluciones de esa característica. En relación a las proyecciones universales han de recordarse los conflictos con los alcances meramente internacionales; respecto a la permanencia han de tenerse en cuenta los sucesivos intentos de introducir el divorcio vincular, sea oficialmente como ocurrió con el art. 31 de la ley 14.394 o por vías indirectas como la del mejoramiento de la condición del concubinato adulterino; en cuanto a los alcances hiponacionales no ha de descuidarse que nuestra respuesta interesa en última instancia sólo a quienes tienen nuestra nacionalidad normativa “real” —en esta materia por haberse casado en el país, tener en él su domicilio conyugal, etc.—<sup>33</sup>, y así sucesivamente. En pocos ámbitos como el matrimonial es tan fácil caer en la dogmática principista, pero también pocas áreas son tan amenazadas por la caída en la pragmática circunstancionalista (sean una u otra antidivorcista, divorcista, etc.).

## b) Dimensión sociológica:

<sup>32</sup> En relación a los valores inherentes a las normas y el ordenamiento normativo puede verse CIURO CALDANI, Miguel Angel, **Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Justicial Internacional Privado**, en “Doctrina Jurídica” 17 y 24 de noviembre, 1º y 9 de diciembre de 1972, puntos 13 y ss., y **Reflexiones sobre los valores jurídicos en una sociedad en transformación**, en “Zeus”, 31-X-1975, punto 4.

<sup>33</sup> Puede verse CIURO CALDANI, **Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales...** cit., espec. págs. 10 y ss. La vieja cuestión de la nacionalidad o el domicilio como puntos de conexión personales queda aclarada advirtiendo que el domicilio es la “nacionalidad” del derecho privado.

10. Los niveles conceptuales y fácticos y los contenidos primarios y secundarios de una misma respuesta jurídica son despliegues distintos de la planificación y la realización del o los repartos respectivos. Los niveles conceptuales y fácticos se vinculan en la medida de su producción al hilo de la misma realizabilidad, y los contenidos primarios y secundarios se relacionan en cuanto son momentos de la misma **intencionalidad**. En el caso que la realizabilidad y la intencionalidad sean escasas o no se presenten, es decir que lo fáctico no sea el desarrollo de lo conceptual y lo secundario el desenvolvimiento de lo primario, las adjudicaciones se alejan del ámbito de los repartos conscientes para acercarse o entrar al de los repartos inconscientes o al de las influencias humanas difusas<sup>34</sup>. En los niveles conceptuales de la respuesta anida desde el punto de vista sociológico el valor **consientización** y su exageración conduce al fanatismo; en los despliegues fácticos se realiza el valor **facticidad** y su excesiva búsqueda conduce al facticismo.

Como los alcances de los repartos se determinan al hilo de nuestra posibilidad de previsión (al hilo de la previsibilidad) y ésta es limitada, las respuestas ilimitadas y trascendentes exceden con frecuencia el ámbito de los repartos para aproximarse o entrar al de las influencias humanas difusas. Además por superar el ámbito de acción al alcance de los repartidores poseen frecuentemente mero carácter conceptual, dependiendo en lo fáctico de su descomposición en múltiples subrespuestas conectadas al hilo del seguimiento espontáneo. En consecuencia pese a perseguir un orden más estricto que las soluciones limitadas e inmanentes suelen hallarse en la práctica al mismo nivel que éstas. Entre los diferentes aspectos —territoriales, temporales, personales, etc.— de una misma respuesta hay una relación de correspondencia y tensión, de manera que el acrecentamiento en un aspecto suele ir acompañado del crecimiento en otros, pero al mismo tiempo de la restricción de unos terceros (ej. el crecimiento territorial va acompañado del personal, pero de la reducción de posibilidades temporales).

La formación de las respuestas ha de ser juzgada desde el punto de vista sociológico al hilo del acierto en su planificación, que aquí deberá realizar por una parte el valor de disposición de medios a fines, denominado **providencia**, y por otra el valor de ajuste de los distintos componentes en sentido transversal —de medios y medios, fines y fines— que llamamos **correspondencia**.

El planteo de los alcances de razón desde este punto de vista sociológico ha de diferenciar la **razón social** y la **razón objetiva** de la respuesta. La razón social es la que le atribuye la comunidad cuando la considera valiosa —y por tanto digna de ser seguida como modelo de ejemplaridad—; se compone de un despliegue **propio** de la solución y otro **difuso** proveniente de otras respuestas (respuestas que por sí mismas no se aceptarían son admitidas por su papel en el conjunto). La razón objetiva es la que le brinda la función que cumple, con

<sup>34</sup> v. GOLDSCHMIDT, **Introducción...** cit., pág. 80.

independencia de los móviles de los repartidores y del juicio de la comunidad (o sea según su finalidad objetiva). Esta razón objetiva decide la situación sociológica de una respuesta en relación a las ramas jurídicas.

Conforme lo anticipamos en las consideraciones generales acerca de esta clase de respuestas, los caracteres trascendentes de nuestra solución matrimonial sufren fuerte presión adversa en el campo de los hechos, sobre todo en cuanto se busca burlar la universalidad y permanencia del matrimonio mediante el reconocimiento de relaciones que según las normas son concubinatos adulterinos, y a las que por otra parte —dado el carácter positivista normológico de nuestra formación jurídica tradicional— se mira con mayor beneplácito cuando las cubren divorcios vinculares extranjeros fraudulentos.

En relación a esos alcances trascendentes un importante sector de la jurisprudencia y la doctrina pretende defender la universalidad y permanencia hasta sus últimas consecuencias teniendo a las uniones que las violan como matrimonios inexistentes<sup>35</sup>. En otros casos se recurre a la nulidad de tales uniones matrimoniales, solución que de alguna manera tiende a ceder en aquella transcendencia, sobre todo si se considera al régimen de nulidad del matrimonio como independiente de las reglas generales normativas sobre nulidad, de manera que las causas, épocas y personas habilitadas para el cuestionamiento del vínculo disminuyen<sup>36</sup>. Por último con miras a los vínculos cubiertos por divorcios extranjeros aparece una tercera posición que pretende distinguir entre países con competencia universal —en cuanto a validez del matrimonio sería el de su celebración, arts. 2 LMC y 11 y 13 Tratados de Der. Civ. Internac. de Montevideo— y países restantes, que sólo podrían pronunciarse con alcances nacionales: los primeros estarían facultados para declarar la inexistencia o la nulidad; los segundos sólo podrían negar eficacia extraterritorial en su propio ámbito, con consecuencias que por su rigidez son entre nosotros intermedias entre las de la inexistencia y la nulidad<sup>37</sup>. Si no se trata de una mera diferencia de interpretación de las normas de nuestro derecho positivo y se piensa que esta adjudicación de facultades es de la “naturaleza de las cosas” nos encontramos aquí con una indebida hipóstasis de una regla internacional iusnaturalista. Aunque en el despliegue activo de las respuestas las facultades de los repartidores están enmarcadas internacionalmente, en la proyección pasiva pueden tener vocación universal.

<sup>35</sup> v. así “La Ley”, t. 154, págs. 208 y ss., y 10-XII-1975 “O. de B., A. M. c/ R., J.”; también v. los importantes pronunciamientos expuestos en BIDART CAMPOS, Germán J., **Resoluciones y dictámenes del Registro Civil de la Capital Federal**, Bs. As., La Ley, 1973, espec. págs. 134 y ss.

<sup>36</sup> v. “Jurisprudencia Argentina”, 1965-II, págs. 453 y ss.; “Juris”, t. 42, págs. 53154; “El Derecho”, 7-III-1974 “K. de S., c/ S., A. B.”, y 13-VIII-1975, “Suárez de López Muñoz, Martha c/ Instituto de Ayuda Financiera para el pago de Pens. y Ret. a Militares”; “La Ley”, t. 138, págs. 189 y ss. y 740 y ss.

<sup>37</sup> v. “Jurisprudencia Argentina”, t. 14-1972, págs. 219 y ss.; asimismo el controvertido fallo de t. 3-1969, págs. 494 y ss. (“El Derecho”, t. 27, pág. 428 y “La Ley”, t. 135, pág. 624). También v. “La Ley”, t. 92, pág. 520, t. 104, págs. 612 y ss., t. 124, págs. 1060 y ss.; “El Derecho”, 10-IX-1975 “Rodríguez de Tabanero, María T. c/ Tabanera, Juan A.”.



Pese a la habitual creencia en la fuerza ilimitada del derecho positivo y al carácter “no conformista” de nuestra sociedad<sup>38</sup> creemos conveniente señalar que los factores adversos a la universalidad y permanencia de nuestra respuesta matrimonial pueden haber alcanzado la categoría de límites necesarios de los repartos (surgidos de la naturaleza de las cosas)<sup>39</sup>. Dicho de otro modo esos factores adversos pueden ser ya ingredientes de la “constitución material” de nuestra sociedad<sup>40</sup>, contra los cuales no habría expectativa fundada de éxito. En efecto, el matrimonio tradicional pretende constituir una “comunidad” y en última instancia se apoya en la potestad de uno de los cónyuges sobre el otro, relaciones que nuestra sociedad masificada, materialista e igualitaria quizás no pueda realizar ni tolerar<sup>41</sup>: según el profesor Philippe Malaury puede decirse que el liberalismo del nuevo divorcio no es un acto de fe, que aun para sus partidarios más que una “conquista” se trata de aceptar la realidad, de reconciliar el derecho y los hechos<sup>42</sup>. Cabe preguntarse “¿qué significan la dignidad, la seriedad y la gravedad del matrimonio, si el modo de vida de la mayoría de los esposos no tiene ni dignidad, ni seriedad, ni gravedad?”<sup>43</sup>. No creemos que la fuerza de la respuesta divorcista provenga del triunfo de la razón o del “no conformismo” de nuestra sociedad pretendiendo resolver los desajustes de la convivencia; nos parece que se trata en mucho de la racionalización de factores de descomposición familiar y comunitaria quizás incontrolables o vinculados a un replanteo familiar mucho más amplio, que no deben quedar ocultos bajo una máscara de racionalidad.

En los últimos tiempos —creemos que de resultas de la presión contra la universalidad y permanencia de la unión— se ha extendido en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina una nueva forma de ataque a la trascendencia, esta vez referido a las potencialidades y razones del vínculo, que otorga a uniones no matrimoniales efectos laborales y previsionales correspondientes al lazo legal y extiende indebidamente presuntas deficiencias del alcance activo que desembocan en la nulidad<sup>44</sup>.

La resistencia quizás generalizada al carácter trascendente de la solución matrimonial muestra su relativa falta de razón social, pero la defensa de dicho alcance amplio afirma que éste posee a su favor razones objetivas, principalmente de estabilidad social.

<sup>38</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, **La sociedad contemporánea: su no conformismo y su concepción de la justicia**, en “Jus”, N° 23, págs. 35 y ss.

<sup>39</sup> v. GOLDSCHMIDT, **introducción...** cit., págs. 71 y ss.

<sup>40</sup> v. LASSALLE, Fernando, **¿Qué es una constitución?**, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo XX, 1957.

<sup>41</sup> v. por ej. LEEP, op. cit., págs. 67 y 85 y ss.

<sup>42</sup> MALAURIE, Philippe, **Mariage et concubinage en droit français contemporain**, en “Archives...” cit., t. 20, pág. 18.

<sup>43</sup> *id.* pág. 27.

<sup>44</sup> En contra del concubinato v. por ej. “La Ley”, t. 23, págs. 903 y ss., t. 79, págs. 94 y ss., y t. 122, págs. 71 y ss. La admisión del concubinato a los fines previsionales está presente en los fallos de Jurisprudencia Argentina, 1958-III, págs. 488 y ss.; “El Derecho”, 2-VI-1975 (“Trabajo y Seguridad Social”, año 2, N° 7, págs. 476 y

### c) Dimensión dikelógica:

11. En la respuesta **justa** desde el punto de vista de la justicia formal coinciden los despliegues conceptuales y fácticos; cuando los primeros desbordan a los segundos la solución se hace **ideológica**, y en atención a los despliegues fácticos que impiden a un protagonista realizar la respuesta justa la solución más valiosa al alcance de éste es **justificada**.

Los contenidos primarios y secundarios se relacionan entre sí necesariamente de manera **correctiva** (absoluta), pues la justicia distributiva (relativa) depende de una comparación que el rasgo específico del nivel secundario no puede lograr acabadamente.

Las respuestas ilimitadas y trascendentes permiten la **más amplia** consideración (el **desfraccionamiento**) de los posibles despliegues comunes de todos los elementos que entran en cuenta, pero a costa de **reducir (fraccionar)** la atención a las particularidades que pueden respetar mejor las limitadas e immanentes. Como en el universo todo es semejante y diferente, es imposible establecer “a priori” si se debe optar por soluciones ilimitadas y trascendentes o limitadas e immanentes.

En el núcleo de las respuestas se emplea preponderantemente la justicia **correctiva** y en la marginalidad la justicia **distributiva**. Con miras a las diferentes composiciones que pueden presentar las respuestas —básicamente no acumulativas o acumulativas— es dado señalar que por la variedad de los casos a resolver **una misma realización de la justicia**

ss.; “Legislación del Trabajo”, año XXIII, N° 271, págs. 655 y ss.) “Sanmartino de Weskamp, Aída (pensión)”; “Juris”, 2-II-1976 “Mejía, Claudio, suc.”, y 4-II-1976 “Borda de De la Rúa, María Esther” (“La Ley”, 23-IX-1975); “Legislación del Trabajo”, año XXIV, N° 278, págs. 129|130 “Lobos”. Es de especial importancia el pronunciamiento de la Suprema Corte de Buenos Aires que en el voto del Dr. Ortiz nos dice, “el matrimonio es, sí, la base de la organización familiar, pero no una base excluyente; los relaciones de familia se reconocen tanto cuando el grupo tiene como causa legal las nupcias, como cuando emana de una unión extramatrimonial” “Jurisprudencia Argentina”, t. 23-1974, págs. 464 y ss.).

Particularmente antes de la reforma del decreto-ley 17711 la resistencia a la trascendencia de la solución matrimonial se centró en la interpretación estricta del art., 86 LMC. v. en este sentido, “La Ley”, t. 43, págs. 566 y ss., t. 44, págs. 341 y ss., t. 54, págs. 404 y ss., t. 85, págs. 302 y ss., t. 87, pág. 611, t. 90, págs. 322 y ss., t. 92, págs. 621 y ss., t. 139, págs. 122 y ss., “Jurisprudencia Argentina”, t. 13, págs. 372 y ss., t. 19, págs. 263 y ss., t. 39, págs. 136 y ss., 1946-IV, págs. 224 y ss. y 332 y ss., 1954-III, págs. 102 y ss. (“La Ley”, t. 74, págs. 780|781), 1958-II, págs. 317 y ss., 1958-IV, págs. 128 y ss., 1961-IV, págs. 409 y ss., en contra “La Ley”, t. 5, págs. 194 y ss., t. 19, págs. 231 y ss., t. 33, págs. 170 y ss., t. 46, págs. 249 y ss. En cuanto a las opiniones de los profesores Díaz de Guíjarro y Fassi favorables a la interpretación estricta: “Jurisprudencia Argentina”, 1942-II págs. 333 y ss., 1950-I, doct., págs. 3 y ss., y 1961-V, doct., págs. 51 y ss. (también en **Estudios de Derecho de Familia**, de Santiago Carlos Fassi, La Plata, Platense, 1962, págs. 171 y ss.). Acerca de la posición adversa v. por ej. el pensamiento del profesor Molinario en “Jurisprudencia Argentina” 1958-II, doct., págs. 66 y ss.

Sobre otros temas: potestad marital “La Ley”, t. 23, págs. 754 y ss., t. 98, págs. 267 y ss.; sociedad conyugal “Revista del Notariado”, N° 739, págs. 201 y ss. (“La Ley”, 27-XII-1974 y “El Derecho”, 15|XIII|1975); “El Derecho”, 2|XI|1975 (“La Ley”, 16|XIII|1975) “Raute, S.A. c/ Catoni Aldana, Anastasia y otra”; “La Ley”, 13-XI-1975, “M., A. V. c/ V., J. y otra”, 10-XII-1975, “E. T., S.R.L. c/ P., J.”.

**puede valerse de distintas composiciones** (de resultados semejantes, no idénticos) y a la inversa **composiciones coincidentes a nivel superficial pueden producir respuestas de valores diferentes**<sup>45</sup>.

En cuanto al contenido que ha de tener la respuesta justa la diferencia de los alcances conceptuales y fácticos nos lleva a la discusión general —acentuada por el planteo cartesiano y la radicalización de Fichte, y en la que también se inscriben nombres tan diversos como los de Cervantes, Hegel y Marx— acerca de la relación entre la “idea” y la “materia”. Según es sabido, el genio cervantino presentó el conflicto de manera inmortal al enfrentar a Don Quijote y Sancho Panza, y en el terreno filosófico Marx pudo plantear su relación con Hegel diciendo que para éste “el proceso del pensamiento es el demiurgo de lo real, y esto la simple forma externa en que toma cuerpo”, en tanto que para él “lo ideal no es, por el contrario, más que lo material traducido y traspuesto a la cabeza del hombre”<sup>46</sup>. No creemos oportuno profundizar en el debate, pero sí señalar “la condición carnal de la persona humana”, en la que idea y materia separados son sólo abstracciones, puntos de vista sobre la unidad de lo compuesto<sup>47</sup>. Entendemos —para expresarlo con figuras cervantinas— que el camino para realizar la justicia ha de resolver la tensión entre “Don Quijote” y “Sancho Panza” sin llegar a la muerte en que lo logró el Caballero español.

Los niveles conceptuales tienden a la **igualación** y la democracia (entendida como régimen de la igualdad de todos los hombres), en tanto que los niveles fácticos son proclives a la **diferenciación** y el **liberalismo político** (considerado como respeto a la unicidad de cada cual)<sup>48</sup>. Conviene recordar que la igualación y la diferenciación, la democracia y el liberalismo político, son siempre necesarios, ya que por nuestra paradójica naturaleza los hombres somos iguales y únicos: sólo en atención a materiales estimativos relativamente concretos se puede establecer la composición justa de uno y otro tipo de respuesta. En todos los casos se ha de estar en guardia contra los riesgos que el empleo indebido de elementos conceptuales conduzca al igualitarismo y la demagogia, y la consideración excesiva de los despliegues fácticos lleve al particularismo y la oligarquía.

Como es obvio, el pasaje del contenido primario al contenido secundario de una solución supone una **diferenciación**. La necesidad lógica de contenidos primarios y secundarios, de igualación y diferenciación, refleja el proceso de alternación de estos dos

<sup>45</sup> ZWEIGERT, Konrad, **Des solutions identiques par des voies différentes**, en “Revue Internationale... cit., año 18, N° 1, págs. 5 y ss.

<sup>46</sup> MARX, Carlos, **El Capital**, trad. Wenceslao Roces, 7ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1973. postfacio a lo 2ª ed., 24/11/1873, t. 1. pág. XXIII.

<sup>47</sup> MOUNIER, Emmanuel, **Manifiesto al servicio del personalismo**, trad. Julio D. González Campos, Madrid, Taurus, 1965, pág. 336.

<sup>48</sup> El liberalismo político difiere del económico y el filosófico y tiene diversa jerarquía de justicia (v. GOLDSCHMIDT, **Introducción...** cit., págs. 443/444; puede verse también CIURO CALDANI, Miguel Angel, **El liberalismo político desde el punto de vista jurídico** (tesis Fac. Der. y Cs. Pol. UNR, 1969, inédito).

momentos, de diferenciación y comunión<sup>49</sup>, de reflexión como preparación a la correflexión y la ultrarreflexión, del que nos hablaba el padre Teilhard de Chardin y que se muestra cada vez más nítidamente como expresión de la cosmogénesis correspondiente a la humanidad<sup>50</sup>.

El carácter limitado e inmanente de las respuestas tiende a respetar las **diferencias** entre sus protagonistas y a la realización del **liberalismo político**, en tanto que las soluciones ilimitadas y trascendentes son vías para la **igualación** y la **democracia**.

Desde el punto de vista iusfilosófico la diferenciación se vincula siempre con el historicismo y la igualación con el racionalismo, pero aquí estas relaciones se hacen particularmente fuertes: recuérdese por ejemplo la polémica en que el historicista y conservador Savigny defendió la libertad jurídica de Alemania contra la dominación del espíritu —paradójicamente liberal— del Código Napoleón inspiradora de Thibaut<sup>51</sup>.

Los sectores nucleares de las respuestas son más aptos para el respeto a las **diferencias** entre los protagonistas, en tanto que los sectores marginales tienden a relacionar —de alguna manera **igualar**— sus méritos o deméritos con los núcleos. Es así como la relación entre la extensión de los sectores nucleares y marginales de una misma solución permite clasificarla como particularista si prepondera la extensión del núcleo e “igualitarista” si es más amplia su marginalidad.

Las respuestas no acumulativas tienden a **igualar** a las protagonistas, en tanto que las soluciones acumulativas permiten respetar sus **particularidades**. Esa función igualadora de las respuestas no acumulativas es más intensa en las soluciones simples y menos en las condicionales.

Con miras al ámbito de razón surgen en esta dimensión las **razones fundamentales** de la respuesta jurídica, o sea sus “apoyaturas” de justicia. Estas razones pueden ser **internas** o **externas** a la solución, según sean propias de ella aisladamente considerada o provengan de un ámbito mayor. La fundamentación de la respuesta decide su situación dikelógica en una rama jurídica —formada por todas las soluciones con una misma “apoyatura”— y esta ubicación debe primar sobre las que surgen de las dimensiones sociológica y normológica.

Volviendo a los fines de la ejemplificación a la respuesta matrimonial<sup>52</sup> se advierte que los planteos que la sitúan en el marco general de la institución y los que la ubican en el campo general del contrato, desatendiendo sus particularidades, son manifestaciones ideológicas. La limitación del alcance del desconocimiento del matrimonio celebrado en el extranjero

<sup>49</sup> v. LEPP, op. cit., págs. 9 y ss.

<sup>50</sup> v. por ej. TEILHARD DE CHARDIN, Pierre, **Las singularidades de la especie humana**, en “La aparición del hombre”, trad. Carmen Castro, 5ª ed., Madrid, Taurus, págs. 261 y ss.

<sup>51</sup> Puede verse Ciuro Caldani, Miguel Angel, **Análisis de los elementos materiales de la controversia Thibaut-Savigny y valoración de sus posiciones**, en “Dos estudios tridimensionalistas”, Rosario, 1967, págs. 7 y ss.

<sup>52</sup> Acerca de diversas posiciones sobre los valores del matrimonio v. por ej. LEPP, op. cit., págs. 134 y ss.; MOUNIER, op. cit., págs. 133 y ss. con palabras de Philippe Malaurie puede decirse “El matrimonio es la más

en fraude a la indisolubilidad del vínculo, refiriéndola sólo al ámbito argentino cuando en justicia debería ser universal, es una muestra de respuesta justificada. Del contenido primario del régimen de bienes de los arts. 1261 y ss. CC. no es posible extraer por vía distributiva el despliegue secundario del art. 1277 que afecta la disposición de ciertos bienes al consentimiento del otro cónyuge. El carácter ilimitado y trascendente que suele presentar la respuesta matrimonial, por ejemplo en las proyecciones temporales, muestra el fraccionamiento de las particularidades de los distintos momentos de la vida de los esposos, pero a cambio de ese corte se desfraccionan los rasgos comunes a todas las existencias a través del tiempo, que podrían quedar sacrificados con un enfoque meramente circunstancial.

El núcleo de la respuesta matrimonial positiva se circunscribe en el aspecto personal a los esposos, y los hijos son tenidos como figuras marginales, de donde se toma pie para enjuiciar a éstos sólo distributivamente respecto a los méritos que se atribuyen a aquéllos, y darles —por la escasa comparabilidad— muy reducida participación en cuestiones que desde el punto de vista correctivo (absoluto) les incumben en alta medida, como ser la nulidad del vínculo entre sus padres o su divorcio<sup>53</sup>. Aunque el matrimonio es una de las respuestas más enraizadas en la profundidad de lo común a todos los hombres, no cabe duda que la “copia” de soluciones justas para unos ámbitos —por ej. donde la mujer no está socialmente emancipada— puede ser desvaliosa en otros diferentes —en el ej. donde la mujer y el hombre se hallan a un mismo nivel—.

Según lo adelantado la permanencia (trascendencia del alcance temporal) del matrimonio tiende a igualar los distintos momentos de su desarrollo: quienes piensan en la “vida” de los protagonistas como totalidad tienden a la indisolubilidad del vínculo: los que se refieren a la “existencia” de los mismos como agregación de vivencias son más proclives al divorcio. El carácter inmanente —y limitado— del vínculo matrimonial —sea en el espacio, el tiempo, las personas, etc.— ha acompañado al espíritu diferenciador del liberalismo político, en tanto que su alcance trascendente —e ilimitado— es defendido por orientaciones menos particularistas y más igualadoras, como el pensamiento católico. En la dimensión sociológica hicimos algunas observaciones acerca de la posibilidad de trascendencia de la solución matrimonial ¡séanos permitido desarrollarlas desde el punto de vista dikelógico! Según hemos señalado, el carácter trascendente de la respuesta matrimonial la aproxima al marco de lo imprevisible, y en consecuencia al desborde del terreno de los repartos para ingresar al de las influencias humanas difusas; esta aproximación al campo de las influencias humanas difusas puede ser título para sostener la necesidad de retraerse al marco de los repartos inmanentizando la solución —por ejemplo mediante el divorcio—, pero también puede ser apoyo para defender

segura protección de todos aquellos que sufren en lo provisorio —hijos y mujer que envejece, todos aquellos que tienen necesidad de otra cosa que del momento presente” (MALAURIE, op. cit., pág. 28).

<sup>53</sup> v. sobre el interés familiar CICU, Antonio, **El Derecho de Familia**, trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediar, 1947, págs. 145 y ss.

la trascendencia afirmando que por tratarse de un ámbito donde al final siempre reina lo imprevisible —principalmente lo influencia humana difusa— se debe dar una respuesta absorbente de todos los riesgos —en su caso indisoluble—. Si bien es fácil advertir que una cuestión de la hondura vital del matrimonio requiere en principio una respuesta hiponacional e hipoclasal respetuosa de la común naturaleza humana, no ha de olvidarse que las disparidades de la realidad pueden exigir soluciones diferentes: con el profesor Jean Carbonnier puede decirse que “en las sociedades que nosotros tenemos ante los ojos, la edad, la clase social, la confesión, el nivel de instrucción profundizan lo que Theodor Geiger llama los cismas de la moral. ¿Cómo dictar la ley común? Tal ley podrá ser común sin ser uniforme, si sabe dotar a los individuos de opciones, facultades y posibilidades de voluntad contrarios”<sup>54</sup>. En cuanto a la trascendencia de la respuesta matrimonial en lo potencial ha de considerarse que nuestro vínculo es uno de los ámbitos más apropiados para el amor —el más elevado valor de agregación— de modo que en principio sus alcances deben ser amplios.

Tan sólo añadiremos que a nuestro parecer la tendencia a abandonar la trascendencia de la solución matrimonial asignando consecuencias en lo laboral y previsional al concubinato es contraria a la unidad del estilo de vida nacional y puede conducirnos al fariseísmo que no entra ni deja entrar en el reino de los cielos (Mt., XXIII, 13)<sup>54 bis</sup>.

Conforme o lo expuesto anteriormente la ubicación de los hijos del matrimonio en una situación marginal ha conducido a sacrificar sus méritos diferenciados de los que poseen sus padres: las razones meramente internas a la vida de la pareja han de abrirse a las externas de la vida familiar, pues no existe derecho matrimonial autónomo sino como mínimo derecho familiar. Por su constitución no acumulativa los deberes de fidelidad de los esposos tienden a igualar las diferencias que pueden tener sus conductas anteriores, dando el mismo derecho a ser beneficiado al cónyuge culpable que al inocente; los deberes del esposo de cohabitar con su mujer y brindarle la asistencia que necesite, de constitución acumulativa y diferentemente jerarquizados según el punto de vista que se adopte<sup>55</sup>, muestran el respeto a las particularidades de los distintos aspectos de la vida de la pareja.

## **2) DINAMICA DE LOS ALCANCES DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS**

### **a) Dimensión normológica:**

<sup>54</sup> CARBONNIER, Jean, prefacio al torno 20 de “Archives...” cit., pág. 4.

<sup>54 bis</sup> Creemos que la situación de necesidad del concubino podría salvarse por otros medios o por lo menos debería ampliarse la protección a otros afectos también extralegales pero más valiosos, como los de la paternidad de crianza, la gratitud por el servicio prolongado, etc. (v. punto 16).

<sup>55</sup> v. punto 8.

12. Siendo el derecho un particular modo de ser de la vida misma es notorio que las respuestas jurídicas se desenvuelven en concordancia con los otros fenómenos vitales: crecen decaen y son substituidas. Puede hablarse así de fenómenos de **plusmodelación**, **minusmodelación** y **sustitución** del modelo. A su vez cada una de estas manifestaciones puede afectar simultáneamente a los despliegues conceptuales y fácticos o principalmente a uno de ellos, y es reconocible en los ámbitos territorial, temporal, personal, relativo a objetos, potencial y de razón.

Tratando de encontrar los nombres que reflejen las distintas variaciones puede decirse que cuando la plusmodelación se refiere a lo conceptual y lo fáctico la respuesta se **expande**, si se dirige sólo a lo conceptual se produce su **inflación**, y si se refiere principalmente a lo fáctico se presenta su **sobreactuación**. Si la minusmodelación se refiere a lo conceptual y lo fáctico la solución se **reduce**; si se dirige exclusivamente a lo conceptual se presenta su **deflación**, y si apunta solamente a lo fáctico se origina su **vaciamiento**. Según que la sustitución se produzca en ambos despliegues o principalmente en uno de ellos se presenta su suplantación **total**, **conceptual** o **fáctica**.

En los aspectos personales de la respuesta matrimonial la eliminación de impedimentos dirimientes, como ocurrió con los de diferencia de estado no consentida (servidumbre-libertad) originaron una expansión; si sólo se trata de la supresión de impedimentos meramente impeditivos, como podría ser el de “maleficio”, nos acercamos a la inflación de la respuesta, y la disminución indirecta del alcance del impedimento de ligamen por introducción del divorcio vincular —como ocurrió con el art. 31 de la ley 14394— amplía el sector fáctico donde puede producirse la solución matrimonial originando una sobreactuación. La agregación o extensión de impedimentos —sobre todo si son dirimientes, como cuando el art. 14 de la ley 14394 elevó las edades mínimas para el matrimonio— muestra la reducción de la respuesta; cuando los impedimentos que se agregan son meramente impeditivos, como lo sería quizás el de las leyes 12331 y 16668<sup>56</sup>, nos aproximan a la mera deflación, y al disminuir fácticamente el marco de los individuos que pueden casarse, por la introducción del requisito de presencia en persona de los dos cónyuges o por lo menos uno de ellos como lo hace la Convención de Nueva York, se vacía la solución. La permisividad del divorcio vincular por el referido art. 31 de la ley 14394 es una manifestación de suplantación conceptual y fáctica de la respuesta no divorcista por la divorcista; la derogación sistemática del divorcio vincular operada por decreto-ley 17.711 cuando ya se habla producido la suspensión de sus alcances fácticos por decreto-ley 4070/56 produce una suplantación conceptual, y por su parte la suspensión del divorcio mediante el decreto-ley 4070/56 es una muestra de suplantación fáctica.

13. En los aspectos axiológicos normológicos las distintas expresiones de plusmodelación, minusmodelación y sustitución de modelos son alteraciones —y siempre en alguna manera

<sup>56</sup> BELLUSCIO, op. cit., t. 1, págs. 173 y ss.

disminuciones— de los valores **concordancia** —propio de la horizontalidad de esos distintos momentos— y **armonía** —inherente al ordenamiento normativo en su conjunto. Cuando en esa dinámica se producen desajustes entre los niveles conceptuales y fácticos se alteran los respectivos valores de racionalidad y practicidad. En la inflación y el vaciamiento se hace mayor la racionalidad —o sea se forma la dogmática—, y en la sobreactuación y la deflación se favorece la practicidad —surgiendo así la pragmática—. En todos los casos varía el grado de cumplimiento de la voluntad de los repartidores respectivos, o sea la **exactitud** de las normas.

### b) Dimensión sociológica:

14. Las modificaciones de las respuestas jurídicas suponen cambios en los proyectos de los repartos respectivos o en su cumplimiento, alterándose los valores inherentes de **predecibilidad** y **efectividad**. La plusmodelación tiende a producir **orden** desde el punto de vista de la respuesta que se amplía y la minusmodelación y sustitución introducen anarquía con su desvalor de **arbitrariedad**. La inflación y el vaciamiento son afines al fanatismo, y la sobreactuación y la deflación tienden al facticismo.

En muchos países de nuestro grupo cultural el ámbito del matrimonio y la familia viene siendo objeto de importantes alteraciones que afectan la filosofía regional de dicho sector y el planteo iusfilosófico general. Basta recordar, para demostrar esta afirmación, que el tomo 20 —correspondiente a 1975— de los “Archives de Philosophie du Droit” es dedicado precisamente al tema de las reformas del Derecho de familia, y al prologarlo Jean Carbonnier afirma “al comienzo de este siglo, Bonnetcase, influido por las obras de Joseph Grasset, el anti-evolucionista de Montpellier... habría adoptado voluntariamente una filosofía muy estática del derecho de familia. Pero nosotros hemos cambiado todo eso. En el tiempo del análisis de las sangres, de la inseminación artificial, de la píldora anticonceptiva, etc..., los derechos positivos entienden someterse la naturaleza, y no someterse a ella<sup>57</sup>.”

Según las palabras finales del civilista citado “el derecho es demasiado histórico para ser perfectamente racional”<sup>58</sup>, o sea que —recordando el concepto de revolución de Carlos Cossio como cambio de la lógica de antecedentes y consecuentes—<sup>59</sup> podríamos decir que nos enfrentamos a un estado de revolución en el derecho que afecta también al matrimonio.

El despliegue jurídico-sociológico de la respuesta matrimonial argentina suele evidenciar rasgos de creciente vaciamiento en lo temporal y potencial, principalmente a través de los intentos de reducir la permanencia de la unión mediante divorcios extranjeros fraudulentos

<sup>57</sup> CARBONNIER, op. cit., pág. 2.

<sup>58</sup> id., pág. 5.

<sup>59</sup> COSSIO, Carlos, **El concepto puro de revolución**, Barcelona, Bosch, 1936, págs. 46 y ss.



no del todo repudiados<sup>60</sup> y la restricción de los alcances de las potencias e impotencias matrimoniales con el otorgamiento de efectos previsionales al concubinato adulterino o la igualación radical de las situaciones de los cónyuges<sup>61</sup>. También han de tenerse en cuenta las posibilidades de vaciamiento temporal por la relativa facilidad del fraude disolutorio a través de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de personas ajenas a esta situación y el posterior matrimonio de sus cónyuges, y de sustitución integral por otorgamiento de las potencialidades del matrimonio al poco frecuente concubinato natural. El proceso iniciado con el reconocimiento de efectos previsionales a matrimonios solamente religiosos, y que pasó por la equiparación práctica del vínculo legal con el extranjero fraudulento —Corte Supremo, caso “Sanmartino de Weskamp”—, acaba de concluir —en el pronunciamiento del Alto Tribunal en el caso “Lobos”— con la admisión lisa y llana del concubinato<sup>62</sup>.

### c) Dimensión dikelógica:

15. Las transformaciones de las respuestas jurídicas han de apreciarse siempre con miras a los valores en juego, sean éstos inherentes a las dimensiones sociológica, normológica o dikelógica, pero respetando en última instancia la primacía de la justicia. Desde el punto de vista formal la plusmodelación, minusmodelación y sustitución del modelo han de medirse mediante la justicia **distributiva** (relativa), pero para decidir sobre su acierto ha de recurrirse también a la justicia **correctiva** (absoluta). En definitiva estas transformaciones se expresan desde el punto de vista formal como cambios en las relaciones de fraccionamientos y desfraccionamientos con que se supera la pantonomía de la justicia. Con relación a las

<sup>60</sup> v. nota 37.

<sup>61</sup> v. nota 44. El enfrentamiento entre defensores y adversarios del concubinato toma especial énfasis en el campo previsional y adquiere notoria relevancia para este aspecto de nuestro planteo. Al fallar el caso Sanmartino de Weskamp la Corte Suprema de la Nación dijo: “los conceptos utilizados por el legislador en las leyes jubilatorias deben interpretarse conforme a la esencia y al sentido de la institución previsional en juego, lo cual —acreditado la convivencia efectiva de la pareja— tiene por objeto cubrir los riesgos de la subsistencia y la ancianidad, sin relación estricta con la perfección o legitimidad del estado civil en que se sustento el reclamo. Por su parte refiriéndose a este pronunciamiento el profesor Germán J. Bidart Campos sostiene: “de ningún modo tiene lógica suponer que cuando la ley previsional habla de viuda, hijos, padres, etc., esté empleando palabras y conceptos del derecho de familia con un alcance que no sea, estrictamente, el del derecho civil” (v. “Trabajo y Seguridad Social”, año II, N° 7. págs., 476 y ss.).

<sup>62</sup> v. especialmente “Jurisprudencia Argentina”, t. 23-1974, págs. 464 y ss. Asimismo la reseña legislativa, doctrinaria y jurisprudencia de ETALA, M. Cristina, **Derecho a pensión de la concubina**, en “El Derecho”, 11IVIII1975; también BINSTEIN, Gabriel, **La concubina y el derecho a pensión**, en “Derecho Laboral”, año XVII, N° 10, págs., 495 y ss. BOSSERT, Gustavo A., **Concubinato**, Rosario, Orbir, 1968; AMEGLIO ARZENO, Carlos, **El concubinato, hecho jurídico “sui-generis”**, en “Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas”, 3ª serie, t. I, págs. 607 y ss.

Hallándose esta obra en prensa la Corte Suprema en su nueva composición ha cambiado de orientación (c. Fernández, Aída G.”).

variaciones en los niveles conceptual y fáctico se advierte que la inflación y el vaciamiento tienden a la ideologización, en tanto que la sobreactuación y la deflación conducen a la justificación. Desde el punto de vista del contenido de la justicia, la plusmodelación favorece la **igualación** y la **democracia**, en tanto que la minusmodelación tiende a la **diferenciación** y el **liberalismo político**.

No creemos necesario pronunciarnos sobre la justicia de la minusmodelación y sustitución de la respuesta matrimonial antes señaladas, pero si debemos destacar que el vaciamiento detectado conduce a la ideologización de nuestra convivencia, es decir a la creencia —o aparente creencia— en trascendencias que en mucho ya no existen en los hechos y a la diferenciación de los estilos de vida que hasta ahora han igualado constructivamente nuestro modo de ser. Permítasenos agregar que si no creemos que el concubinato sea una unión legítima deberíamos asignar iguales efectos a las otras simples vinculaciones afectivas acompañadas de dependencia económica del causante, sean por amistad, gratitud, etc. Por lo demás ha de reconocerse que el matrimonio religioso ilegal, sea cual fuere la religión en que se base, posee títulos de legitimidad profundamente diferentes del concubinato, o sea que el proceso jurisprudencial iniciado con la justa sustitución casuística del matrimonio legal por el matrimonio religioso ha llegado hoy a la mucho menos valiosa minusmodelación de la respuesta legal por vaciamiento en aras del concubinato.

### 3) RELACIONES ENTRE RESPUESTAS

#### a) Dimensión normológica:

16. El Derecho Internacional Privado, derecho de contactos de respuestas en la comunidad internacional, ha servido para poner al descubierto una **problemática común a todos los contactos** de soluciones, sean éstas de base territorial —como las de la referida rama del derecho—, temporal, personal, relativa a objetos, potencial o de razón. El Derecho Internacional Privado muestra relativamente libres de ocultamiento normativo las relaciones comunes a todo el mundo jurídico.

La referida rama jurídica se basa fundamentalmente en la comunidad internacional, compuesta de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás que guardan estrechas relaciones entre sí. En sentido amplio está inserto en una realidad en que compiten fenómenos de **coexistencia de unidades independientes, en vías de dominación, integración, desintegración o aislamiento relativo**. Este mismo espectro de posibilidades es general a todos los contactos de respuestas: a veces —como ocurre en la rama jurídica a que nos referimos— los soluciones son volcadas en normaciones expresas; otras —como

suele ser la tónica de los contactos de razón— sólo se trata de problemas subyacentes, pero las cuestiones son en el fondo en todos los casos semejantes.

La ciencia iusprivatista internacional inspirada en la concepción normológica<sup>63</sup> reconoce como característica común a todas las normas de contacto que componen su materia el carácter **indirecto**. Por otra parte sistematiza al hilo de la estructura de esas normas los siguientes problemas de contacto: en relación a la norma en su totalidad, las **calificaciones**; respecto a las características positivas del tipo legal<sup>64</sup>, el problema de los **alcances** del mismo; en cuanto a las características negativas del mencionado tipo legal, la cuestión del **fraude a la ley**; con referencia a las características positivas de la consecuencia jurídica, los problemas de la conexión y lo conectado —que abarcan respectivamente el estudio del **carácter** y la **estructura** de la conexión, y de la **parte**, la **cantidad** y la **calidad** del derecho conectado—, y al hilo de las características negativas de dicha consecuencia jurídica el problema del **orden público**<sup>65</sup>.

Respecto a toda esta problemática, común a los contactos de respuestas, puede señalarse en general que las soluciones de coexistencia de sectores independientes tienden a conservar la diferencia entre el ámbito receptor y el recibido (sector “causae”); las de dominación dan preeminencia al sector dominante, sea el receptor o el recibido; las de integración se orientan a superar las diferencias reuniendo los ámbitos en contacto en uno nuevo; la desintegración disuelve los sectores respectivos generando particularizaciones, y el aislamiento relativo tiende a rehuir la influencia del ámbito recibido en el ámbito receptor. Pese a que intentamos aludir en general a la problemática de contactos de respuestas hemos de centrar nuestra atención en las relaciones de los ámbitos de razón.

17. No obstante las discusiones doctrinarias al respecto creemos que la norma de Derecho Internacional Privado es no sólo “de colisión” sino indirecta, o sea que no se contenta con hallar el derecho aplicable al caso, sino que a través de tal derecho le da solución, Profundizando en la discusión aludida se advierte que todas las normas tienen, en mayor o menor grado, proyecciones **directas** e **indirectas**: las primeros obran en relación al ámbito al que dan solución por sí mismas; las segundas al expandirse en el resto de las normas. A su vez cada respuesta se compone de ingredientes directos de sus propias normas e indirectos recibidos del ordenamiento en que se insertan.

<sup>63</sup> v. GOLDSCHMIDT, *Derecho...* cit., pág. 17, y *La concepción normológica del Derecho Internacional Privado* en “Estudios... cit., págs. 7 y ss.

<sup>64</sup> v. GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., pág. 205.

<sup>65</sup> v. GOLDSCHMIDT, *Derecho...* cit., págs. 73 y ss. y *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2º ed., Bs. As., EJE, 1952, t. 1, págs. 187 y ss. También v. BATIFFOL, Henri, *Droit international privé*, 5ª ed., con el concurso de Paul Lagarde, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, t. 1, págs. 300 y ss. Inspirado en la concepción iuscientífica v. PILLA RIBEIRO, Elmo, *Contribuição ao estudo da norma de*

Aunque ambos tipos de proyección están presentes en todo contacto de respuesta, según los tipos de relación a que responden se puede detectar el siguiente panorama: a) cuando se trata de sectores independientes las relaciones se apoyan principalmente en alcances indirectos; b) si se produce el dominio de un sector sobre otro tienden a crecer las proyecciones directas del ámbito dominante; c) la integración suele generar un nuevo ámbito de normatividad directa; d) la desintegración se evidencia con la aparición de nuevas normatividades directas e indirectas dentro del seno de cada unidad, y e) los supuestos de aislamiento relativo se caracterizan por el acrecentamiento de la normatividad directa del ámbito que se aísla.

Tomando a los fines de la ejemplificación las relaciones entre la respuesta sucesoria y la matrimonial puede señalarse en primer término que los arts. 3570 y ss. CC., al diferir la sucesión al “cónyuge supérstite”, “viudo o viuda”, muestran un contacto de sectores independientes con la apertura del ámbito sucesorio a la normatividad indirecta del sector matrimonial<sup>66</sup>. El art. 3526 CC. al impedir la partición por el ascendiente entre sus descendientes cuando existe o continúa la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos, y los arts. 3527, 3591 y 3595, al limitar las posibilidades testamentarias en aras del cónyuge, son respectivas muestras de proyección directa y casi indirecta del matrimonio dominando a la sucesión. Cuando los arts. 3410, 3573 bis y 3576 bis consagran para el cónyuge supérstite derechos de posesión hereditaria, de sucesión especial en un derecho de habitación y de sucesión refleja de sus suegros, que no le corresponden durante la unión ni tiene el común de los herederos, muestran normatividades directas integradoras de las dos realidades. La desintegración de la respuesta matrimonial de resultados de la acción indirecta del sector sucesorio podría mostrarse con una solución sucesoria que otorgara vocación hereditaria al concubino, sobre todo si abarcara al concubinato adulterino. Incluso el art. 3573 bis, al diferenciar los cónyuges beneficiados o no por el derecho de habitación según datos económicos, hace jugar normatividades indirectas vinculadas a la posibilidad de constitución del bien de familia que aíslan en cierto modo

**Direito Internacional Privado**, Porto Alegre, 1964, págs. 35 y ss. No obstante puede verse un planteo crítico de la concepción normológica en MIAJA DE LA MUELA, op. cit., t. 1, págs. 218 y ss.

<sup>66</sup> Acerca del derecho sucesorio del cónyuge v. por ej. MAZEAUD, Henri y León; MAZEAUD, Jean, **Lecciones de Derecho Civil**, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., EJE, 1965, parte 4ª vol. II, espec. sobre el aspecto histórico págs. 344 y ss.; PLANIOL, Marcelo - RIPERT, Jorge, **Tratado práctico de Derecho Civil francés**, trad. Dr. Mario Díaz Cruz, t. IV, acerca del mismo aspecto págs. 144 y ss.; BACH, Eugène, **Contribution à l'étude de la condition juridique du conjoint survivant**, en “Revue trimestrielle... cit., año 64, N° 3, págs. 545 y ss.; BORDA, Guillermo A., **Tratado de Derecho Civil argentino**, Sucesiones II, con la colaboración de Federico J - M. Peltzer, 2ª ed., Bs. As., Perrot, 1964, págs. 52 y ss.; POVIÑA, Horacio L., **Sucesión de los Cónyuges y de los Parientes Colaterales**, Bs. As., Plus ultra, 1973, págs. 9 y ss. Sobre afinidades del régimen de bienes en el matrimonio y la sucesión v. por ej. - RIGAUX, François, prólogo a **Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé**, Septimus conventus ex omni latinitate scribarum, Bruselas, 1963, págs. 8 y 12. Respecto a las dificultades para ubicar la respuesta del art. 3573 bis en relación a las partes del Derecho Civil v. por ej. BARBERO, Omar U., **El cónyuge supérstite, prelegatario legal particular forzoso**, en “Jurisprudencia Argentina”, 111111976, puntos II y ss.

del matrimonio y cuyo más claro efecto es la interferencia en la unidad del régimen del mismo. La respuesta del art. 3573 CC., que puntualiza que algunos cónyuges supérstites matrimonialmente no desjerarquizados carecen del derecho sucesorio aísla relativamente a la sucesión de la solución matrimonial utilizando normaciones directas de ese ámbito (además es en cierto modo desintegradora del matrimonio).

18. El problema de las calificaciones es conceptualizado en la ciencia del Derecho Internacional Privado como “la pregunta por el ordenamiento normativo llamado a definir en último lugar los términos empleados en la norma indirecta”<sup>67</sup>. En función de las respuestas a tal interrogante se diferencian las calificaciones según la “lex civilis fori” (derecho interno del ordenamiento del juez), la “lex civilis causae” (derecho interno aplicable al caso) o conforme a soluciones iusprivativas internacionales autárquicas (propias del ordenamiento iusprivatista internacional). En el planteo general de las relaciones de respuestas el problema de las calificaciones consiste en averiguar **cuál ha de ser en último lugar el sentido de los términos de la solución dada al contacto de soluciones**. Con miras a los distintos supuestos pueden establecerse las siguientes tendencias: a) en la coexistencia de respuestas independientes la calificación se produce según el criterio del ámbito recibido (“lex causae”); b) en las soluciones de dominación califica el sector que ha de ocupar el lugar preponderante (“lex principalis”); c) en los procesos de integración la calificación se obtiene de conceptos elaborados específicamente para la solución del contacto (calificación autárquica); d) en la desintegración de los ámbitos en relación la calificación se efectúa con criterios diferentes según los casos (“lex particularis”) y, e) en el aislamiento relativo del ámbito receptor la solución se obtiene de este mismo campo (“lex fori”). Cuando la respuesta al problema de contacto no está formulada —como habitualmente ocurre en los contactos entre respuestas de distinta razón— no hay diferenciación entre solución que regula y solución que califica, de modo que lo expresado en el punto 17 sobre normación directa e indirecta resulta en general válido en el presente acerca de calificaciones.

A los fines de la ejemplificación del panorama calificadorio puede decirse que los arts. 3410, 3570 o 3576 bis y 3595 CC., al remitir en general la solución del problema sucesorio a la existencia de matrimonio entendido conforme al criterio de este último ámbito, muestran la calificación según el sector recibido que corresponde a los contactos de campos independientes. El art. 94 LMC, que sanciona la mujer que contrajese nuevas nupcias antes de pasados diez meses de disuelto o anulado el matrimonio con la pérdida de los legados y beneficios que el marido le hubiese hecho en su testamento, es una muestra de calificación de la vocación sucesoria testamentaria a su favor según el espíritu dominante de lo solución matrimonial. La consideración global de los arts. 3415, 3570 a 3576 bis y 3595 CC. que

<sup>67</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho...* cit., pág. 78.

utilizan los conceptos del sector matrimonial recibido, de los arts. 3574 y 3575 que emplean también conceptos apropiados al afianzamiento del matrimonio y el art. 3573 bis que se aparta de la solución matrimonial puede dar idea de un criterio específico de la solución de contacto como es característica de la integración. Por su parte los referidos conceptos propios del sector sucesorio empleados en los arts. 3573 y 3573 bis, diferentes de los obtenidos del ámbito matrimonial, tienden a desintegrar este campo y a aislar relativamente la sucesión del matrimonio.

19. En Derecho Internacional Privado se suscita el problema de construir el tipo legal analizando el caso a fin de remitir los distintos aspectos a derechos diferentes o manteniéndolo sintetizado con la sumisión de su totalidad a un solo derecho. Una vez que se optó por el análisis se ha de decidir si las soluciones de las diferentes partes han de ser simplemente confluyentes o han de influirse unas por otras (llamado éste problema de la cuestión previa). Trasladando estos interrogantes a la generalidad de los contactos de respuestas como **posibilidad de análisis o síntesis de la problematización**, y considerando el panorama de las distintas situaciones de relación posibles pueden establecerse las siguientes tendencias: a) en los contactos de sectores independientes se utiliza el método analítico y las cuestiones son equivalentes; b) la dominación tiende al uso del método sintético en torno al sector dominante o el método analítico con primacía de dicho sector; c) la integración se vale principalmente de respuestas especiales de síntesis; d) en la desintegración el análisis tiende a multiplicar el desgajamiento de los sectores en contacto y, e) el aislamiento relativo conduce al análisis radical o a sintetizar todo el problema en torno al sector que se aísla.

En cuanto deslindan la sucesión del cónyuge y la de otros herederos los arts. 3571 y 3576 CC. son muestras del empleo del método analítico y la equivalencia que es propio de los contactos de sectores independientes. El art. 3570 al otorgar al cónyuge supérstite la misma parte que a cada uno de los hijos legítimos es una expresión del método analítico con primacía del vínculo sucesorio de los hijos dominando al surgido en relación al matrimonio, y el art. 3576 bis, al dar derecho sucesorio a la viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos en la sucesión de sus suegros, condicionando y proporcionando su participación a lo que hubiera correspondido a su esposo, es manifestación del análisis con primacía del vínculo sucesorio filial sobre el de la nuera. Los arts. 3410, 3573 bis y 3576 bis son muestras del uso de la síntesis al servicio de la integración: el art. 3410 al incluir en un mismo giro a los ascendientes, los descendientes y el cónyuge, beneficiándolos como familiares más próximos con la posesión automática de la herencia que no corresponde a otros herederos, es una muestra de unidad conceptual; el art. 3573 bis que consagra el derecho habitacional de ciertos cónyuges supérstites modificando las consecuencias normales del sector sucesorio se vale de la presentación de su problema de una manera sintética que no separa nítidamente lo matrimonial y lo sucesorio en aras de la integración de los dos ámbitos, y por último el art.

3576 bis, al otorgar a la viuda el derecho ya referido en la sucesión de sus suegros muestra el caso de manera global y no utilizando el análisis que hubiera significado el derecho de representación. Los efectos desintegradores sobre el matrimonio que puede tener el art. 3573 CC. al privar a ciertos cónyuges de la sucesión se evidencian como profundización del análisis con el surgimiento de dos clases de cónyuges supérstites: los que heredan y los que no reciben; lo propio puede decirse del art. 3573 bis cuando diferencia por simples datos económicos a los cónyuges beneficiados con el derecho de habitación y los que carecen de él. Por último si se vuelve la atención al aislamiento que el art. 3573 establece entre el matrimonio y la sucesión se advierte que para lograrlo se vale de un nuevo concepto de síntesis con relativa primacía sucesoria: cónyuge con antigüedad en tal carácter; asimismo al considerar que el art. 3573 bis aísla el ámbito sucesorio puede anotarse su respectivo —y complejo— concepto de síntesis; “cónyuge en concurrencia con otras personas con vocación hereditaria o como legatarios en una sucesión con un solo inmueble habitable cuya estimación no sobrepase lo indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia”.

20. El fraude a la ley en el ámbito iusprivatista internacional consiste “en que los protagonistas transforman en la norma indirecta los puntos de conexión que el legislador no concibió como negocio jurídico, en negocio jurídico”<sup>68</sup> (o sea el intento de los interesados de vivir en un país con la legislación de otro, la cual les permite lo que aquél les prohíbe”<sup>69</sup>). En general se trata de la desviación de los fines buscados mediante la reglamentación a través de la fabricación de los hechos reglamentados (o sea del intento de vivir una respuesta mediante otra). Con miras a los distintos supuestos de contacto se pueden establecer las siguientes tendencias: a) en la coexistencia de sectores independientes se reprime el fraude a la ley remitente y a la recibida; b) en los fenómenos de dominación sólo se prohíbe el fraude a la ley del sector dominante; c) en los casos de integración de nuevas unidades se reprime el fraude a las leyes de todos los ámbitos a integrar, pero el concepto de fraude se elastiza facilitando la opción por las respuestas de distintos sectores; d) en los procesos de desintegración el fraude a la ley se permite, y e) cuando se produce el aislamiento relativo de un sector es reprimido únicamente el fraude a la ley propia.

El art. 3573 CC, destinada a impedir el fraude a la respuesta sucesoria a través del matrimonio, contrasta con la falta de una disposición que ampare del fraude en sentido inverso, evidenciándose así una situación de dominio relativo del vínculo conyugal sobre la sucesión. Esta carencia de la prohibición del fraude a la sucesión se debe en parte a la escasa influencia normal de dicho ámbito sobre la respuesta matrimonial y además a la creencia —en parte acertada— que el hecho desencadenante de la sucesión es ajeno al fraude. Sin embargo corresponde advertir que en verdad las soluciones pensadas con miras a la sucesión pueden

<sup>68</sup> GOLDSCHMIDT *Derecho...* cit., pág. 103.

<sup>69</sup> *id.*, pág. 101.

influir en el matrimonio y que la muerte no es siempre un hecho biológico ajeno a la voluntad de las partes: ejemplo de tales situaciones de excepción lo tenemos en la autorización al cónyuge del ausente presuntamente fallecido para contraer nuevas nupcias disolviendo con éstas el vínculo con el ausente (art. 31 ley 14394), o sea que el ámbito básicamente sucesorio de la ausencia con presunción de fallecimiento (art. 28 ley cit.), abierto por un hecho que puede ser fraudulento, deja expedito un amplio marco para la burla o la solución matrimonial. El art. 86 LMC al prohibir la acción de nulidad de un matrimonio después de la muerte de uno de los esposos, permitiéndolo en cambio —además del cónyuge de una unión anterior— a los ascendientes y descendientes que esgrimieran un derecho relacionado con la validez del vínculo conyugal, es un ejemplo de intento de integrar los sectores matrimonial y sucesorio elastizando la represión del fraude: el matrimonio posiblemente fraudulento no se discute por sí mismo (tampoco se convalida) pero puede reverse en materia sucesoria. Por otra parte, en la medida que el concubino puede beneficiar a su pareja por testamento en detrimento de su posible cónyuge la respuesta sucesoria permite el fraude desintegrador de la solución matrimonial, y si el art. 2 LMC autorizara el fraude en la elección del lugar de celebración del matrimonio también a los fines de influir en el ámbito sucesorio, tendríamos allí un ejemplo de desintegración de la respuesta sucesoria a través del matrimonio. En cuanto el art. 3573 repudia sólo el fraude o la sucesión permitiendo en cambio que el matrimonio sospechado surta efectos como base de la sociedad conyugal nos brinda una muestra de aislamiento de la respuesta sucesoria.

21. En Derecho Internacional Privado el problema de la conexión surge de la necesidad de determinar el derecho aplicable, sea de manera estable y nominativa (conexión en sentido estricto, ej. derecho “argentino”) o por vía variable y determinable en función de las circunstancias aludidas del caso (punto de conexión, ej. derecho del “lugar de celebración”). Cada tipo de solución puede tener composición no acumulativa o acumulativa, pudiendo ser a su vez la primera simple o condicional y la segunda igual o desigual. Lo propio puede decirse de los contactos de respuestas en general: la elección puede valerse de una **indicación nominativa o abstracta** y puede **elegir sólo una respuesta o dos, a su vez de manera simple o condicional, igual o desigual**.

Con miras a las distintas soluciones de contacto posibles es dado establecer las siguientes tendencias: a) la coexistencia de unidades independientes se vale de puntos de conexión no acumulativos; b) los procesos de dominación utilizan conexiones o puntos de conexión simples que remiten al sector dominante; c) la integración emplea principalmente conexiones no acumulativas simples que envían a respuestas comunes a todos los elementos integrados y conexiones o puntos de conexión no acumulativos condicionales o acumulativos en que se sustituyen, alternan o agregan los derechos de los sectores integrados; d) en vías de desintegración se utilizan conexiones o puntos de conexión no acumulativos condicionales de



carácter alternativo o acumulativos, mediante los que se despedaza la unidad de tratamiento de un mismo sector, y e) cuando se trata de aislamiento relativo se emplean conexiones simples que designan el ámbito que pretende aislarse.

En cuanto los arts. 3571 y 3576 CC disponen en definitiva el derecho sucesorio liso y llano del cónyuge, entendiendo por tal al que surja del ámbito matrimonial, son ejemplos del uso de puntos de conexión no acumulativos al servicio del contacto de sectores independientes. Al reforzar el espíritu del matrimonio reflejando sus detalles en la sucesión (cónyuge divorciado, inocente, etc.) los arts. 3574 y 3575 utilizan conexiones simples de dominio relativo de ésta por aquél. Las distintas respuestas en que el cónyuge es heredero único o comparte con ascendientes o descendientes surgidas de los arts. 3570 y ss. muestran vicisitudes propias de la integración de los ámbitos en contacto valiéndose de puntos de conexión no acumulativos condicionales o acumulativos. Si se atiende en cambio al sistema alternativo de conexión de los arts. 3570 a 3572 CC. —a su vez en un caso alternativo y en otros dos acumulativo— en que el cónyuge supérstite figura una vez como único heredero, otra como coheredero con asignación propia y en la tercera toma en la sucesión la misma parte de cada uno de los hijos, se observa que esta diversificación sirve a la desintegración relativa de la unidad del régimen del matrimonio. Lo propio puede decirse de la acumulación del punto de conexión cónyuge supérstite y la conexión de otros requisitos allí determinados, en el otorgamiento del derecho sucesorio del art. 3573 o el derecho de habitación del art. 3573 bis CC. A su vez la conexión del art. 3573, que indica los requisitos específicos de antigüedad del vínculo exigidos al cónyuge supérstite para beneficiarse con los derechos de los tres artículos anteriores sirve al aislamiento relativo, y en el art. 3573 bis la conexión aislante se vale de la indicación de requisitos económicos ajenos a la calidad de cónyuge supérstite.

22. Cuando el Derecho Internacional Privado remite a un derecho extranjero se suscita en relación a lo conectado una triple problemática acerca de la parte, la cantidad y la calidad del derecho referido. En primer término ha de saberse cuál de los distintos ordenamientos extranjeros sucesiva o simultáneamente vigentes ha de tenerse en cuenta (determinación temporal y espacial de la ley aplicable); en segundo lugar ha de decidirse si se tendrá en consideración el derecho extranjero en su integridad, abarcando sus respuestas indirectas, posiblemente remitentes a otros derechos, o sólo las soluciones directas (problema del reenvío), y en tercer término ha de aclararse si el derecho extranjero se considera un hecho o una norma, de lo que depende si hemos de seguir el funcionamiento que la respuesta tendría en el extranjero (teoría del uso jurídico) o la haremos funcionar según nuestras propios criterios. Proyectando esas cuestiones a la teoría general de los contactos de respuestas jurídicas se advierten también en ella los problemas de la **especialidad** (consideración de subrespuestas), **cantidad** (admisión de respuestas indirectas remitentes a otras o sólo directas) y **calidad** (hecho o norma) del sector jurídico a recibir para resolver el caso.

23. Al relacionar la cuestión de la especialidad del sector a considerar con los distintos supuestos de contactos jurídicos se advierten las siguientes tendencias: a) en los casos de contactos de sectores independientes la selección de las subrespuestas se hace según las reglas propias del ámbito que las brinda; b) en los fenómenos de dominación la elección se hace conforme a los criterios del campo dominante; c) los procesos de integración utilizan principalmente criterios específicos destinados a tales fines o subsidiariamente seleccionan la subrespuesta según las pautas del ámbito que los brinda; d) en la desintegración se emplean distintas reglas selectivas que no respetan las pautas de los ámbitos de origen de las subrespuestas, y e) en el aislamiento relativo la determinación de la subrespuesta se hace según el criterio del ámbito receptor que se aísla.

Aunque los problemas transitorios de nuestros sectores matrimonial y sucesorio deben resolverse según las mismas pautas legislativas de alcance general para el Derecho privado argentino, no cabe duda que los dos ámbitos tienen —sobre todo a los fines de la integración de las posibles carencias— espíritu diverso. En la respuesta sucesoria el respeto a la voluntad del causante, conducente a la irretroactividad, posee más asidero que el de la voluntad de los cónyuges en el matrimonio, donde tiene más fundamentos la retroactividad. En concreto puede decirse que los arts. 3570, 3571, 3572 y 3576, en cuanto consagran llanamente la sucesión del cónyuge, sirven al contacto de respuestas independientes recibiendo el espíritu del ámbito matrimonial, o sea que “cónyuge supérstite” será el que establezca este régimen al tiempo de diferirse la sucesión. En relación a los arts. 3574 y 3575 que sirven al dominio de la sucesión por el matrimonio se llega a la quiebra de la regla procesal según la cual la sucesión se dirime con pruebas preexistentes abriendo la posibilidad de petición de herencia a quien no contara con las pruebas de los pertinentes extremos de la vida conyugal en ese momento (art. 596 CPCCSF). Las respuestas de integración de los ámbitos matrimonial y sucesorio, como lo es en cierto sentido la del art. 3573 bis CC, originan la necesidad de determinar el sistema transitorio con especial atención: ¿en el caso de dicho artículo el derecho de habitación del cónyuge supérstite ha de responder al espíritu del matrimonio y abarcar aun las sucesiones causadas con anterioridad, o ha de responder al criterio sucesorio rigiendo sólo para las sucesiones futuras? La influencia del espíritu de la sucesión aislándose del matrimonio y aun desintegrando su régimen está presente en la reforma del art. 86 LMC que permite a los ascendientes y descendientes —no a cualquier posible heredero— cuestionar la validez de matrimonios disueltos por la muerte cuando de ese cuestionamiento depende algún derecho y pese a que en general tal acción no puede intentarse sino por el cónyuge de un matrimonio anterior.

24. No obstante haberse puntualizado que la remisión entre disposiciones de un mismo ordenamiento interno no constituye reenvío en sentido estricto<sup>70</sup> creemos que el planteo de

<sup>70</sup> v. GOLDSCHMIDT, *Derecho...* cit., pág. 127.

la cantidad del derecho recibido a considerar puede generalizarse a todos los contactos de respuestas. Al relacionar la cantidad del derecho recibido a tener en cuenta con los diferentes tipos de contactos de soluciones jurídicas se advierten las siguientes tendencias: a) en los contactos de sectores independientes se admiten las soluciones del sector recibido en su totalidad, sean indirectas o directas; b) al producirse la dominación las respuestas indirectas de dicho ámbito recibido son aceptadas sólo cuando él es el dominante; c) en la integración suelen buscarse soluciones directas, sean comunes a los ámbitos en contacto o propias del sector recibido; d) la desintegración se expresa mediante la variación de los tipos de remisión, adoptando frente a las soluciones indirectas recibidas posiciones claudicantes, y e) en el aislamiento relativo sólo se aceptan respuestas directas.

La independencia de las soluciones sucesoria y matrimonial es evidenciada por la posibilidad de que cualquiera de ellas conteste a la remisión con una respuesta indirecta, por ejemplo enviando a una ley extranjera. Los artículos que evidencian mayor dominación del ámbito sucesorio por el matrimonial, como el 3574 y el 3575, muestran la posibilidad de aceptación de una solución indirecta matrimonial pero no dejan lugar —precisamente por su ubicación en el campo sucesorio— para que el ámbito receptor haga jugar una respuesta de este último tipo. Las soluciones más acentuadamente integradoras de los sectores matrimonial y sucesorio, como las de los arts. sucesorios 3573 bis y 3576 bis, se adaptan con dificultad a los casos en que el otro ámbito —en esta relación el matrimonial— da una solución indirecta: el cónyuge supérstite tenido en cuenta en el art. 3573 bis y la viuda contemplada en el art. 3576 bis quizás sólo sean los de matrimonios cuyos efectos, sobre todo en cuanto a régimen de bienes, son regidos por el derecho argentino. Las respuestas de carácter más desintegrante del matrimonio, como son las de los requisitos de antigüedad y económicos de los arts. 3573 y 3573 bis, parten de la aceptación de la solución indirecta que puede dar ese sector en cuanto al carácter de cónyuge supérstite, pero limitan sus alcances fijando ellas mismas dichos requisitos especiales. Precisamente este rechazo de las respuestas indirectas matrimoniales es además una muestra de aislamiento del sector sucesorio.

25. En relación al problema de la calidad -de norma o hecho— con que aplicamos una respuesta según los distintos tipos de contacto se presentan las siguientes tendencias: a) en los contactos de sectores independientes la respuesta tomada es considerada a nivel de hecho, o sea de la solución concreta que recibe o hubiera recibido el problema en su propio ámbito<sup>71</sup>; b) en la dominación la solución recibida es un hecho si proviene del sector dominante y mera norma si el ámbito recibido es dominado; c) habitualmente en los procesos de integración sólo se reciben normas, en razón de que con ellas se logra una mayor apariencia de acer-

<sup>71</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho...* cit., págs. 16 y 128 y ss.

camiento, pero la integración que entonces se produce es simplemente nominal: la integración concreta supone la recepción a nivel de hechos y la adaptación al nuevo ámbito; d) en la desintegración más notoria varían los criterios —hechos o normas— con que se reciben las soluciones extrañas, pero también contribuyen a este proceso las respuestas en que sólo se atiende a las normas del ámbito de referencia, y e) en el aislamiento relativo el sector recibido es considerado mera normatividad sometida a los criterios de funcionamiento del ámbito que se aísla.

El problema de la calidad con que aplicamos la solución matrimonial en el campo sucesorio nos coloca ante el interrogante de saber si los arts. 3410, 3571, 3573, 3576 y 3595 CC. se remiten a la sentencia dictada o que con el máximo grado de probabilidad se dictaría en los tribunales normalmente encargados de juzgar acerca del matrimonio, o si sólo atienden a las normas de este sector sometiendo su funcionamiento a los criterios sucesorios. Aunque la cuestión no es habitualmente planteada, quizás dando por descontado que se trata sólo de las normas matrimoniales funcionando según juzgamientos sucesorios, pensamos que esta solución no se adopta al espíritu de tales disposiciones, donde no predomina la integración nominal ni la dominación del matrimonio por la sucesión sino el contacto de sectores independientes. Creemos que la variante integradora o de dominación no responde al sistema de las respuestas en contacto dentro de la legislación, a las divisiones jurisdiccionales —principalmente territoriales— que pueden separar los planteos matrimonial y sucesorio, y consecuentemente al espíritu del federalismo argentino (espec. por el art. 67 inc. 11 CN y la ausencia de casación). De todos modos sea cual fuere la respuesta que se considere correcta, las distintas posibilidades contribuyen a ejemplificar nuestro planteo teórico.

Como muestra del respeto a la solución concreta del ámbito matrimonial, que expresa su dominio sobre el marco receptor sucesorio, puede destacarse el art. 3574, cuyo primer párrafo requiere que la solución sucesoria se apoye en la sentencia matrimonial de divorcio dictada por juez competente.

Creemos que las respuestas más integradoras, como son las de los arts. 3573 bis y 3576 bis al otorgar respectivamente derecho de habitación al cónyuge supérstite y de sucesión a la nuera viuda, imponen tener en cuenta la solución concreta real o posible del ámbito matrimonial pero adaptándola al propósito quizás más generoso de la sucesión. En cuanto se aíslan del matrimonio y en cierto modo lo desintegran exigiendo requisitos de antigüedad del vínculo y económico ajenos al mismo, los arts. 3573 y 3573 bis deben funcionar desplazando las soluciones concretas matrimoniales por los propios criterios sucesorios.

26. El orden público consiste en el conjunto de disposiciones y principios que, respectivamente “a priori” o “a posteriori”, resguardan la existencia del ordenamiento local excluyendo el derecho extranjero que sería aplicable, en cuanto se les oponga. En general se trata de las **pautas más o menos abstractas para resguardar la existencia del ámbito**

**receptor ante la posible amenaza de la respuesta recibida.** El juego de dichas pautas en las distintas situaciones de contacto evidencia las siguientes tendencias: a) en los contactos de sectores independientes el aseguramiento de la existencia del ámbito receptor está reservado a principios que sólo “a posteriori”, luego de haberse contemplado el contenido de la respuesta a recibir, pueden determinar su exclusión; b) en la dominación el aseguramiento sólo se produce si el ámbito receptor es el dominante, que se expresa entonces mediante disposiciones excluyentes “a priori” de la aplicación de la respuesta extraña; si en cambio el sector dominante es el recibido su “orden público” invasor avanza sobre el ámbito dominado; c) la integración se vale de la disminución de las reservas entre los partícipes del proceso; d) en la desintegración el ámbito receptor que se desintegra pierde su resguardo y surgen reservas interiores, y e) en el aislamiento relativo el campo receptor acrecienta sus pautas de reserva, que se conforman como disposiciones de aplicación “a priori”.

La compatibilidad de la reglamentación matrimonial con el ordenamiento sucesorio a que ha de incorporarse está asegurada por la indignidad para suceder que puede afectar al cónyuge según lo previsto en los arts. 3291 y ss. CC. Creemos que conforme es propio de los contactos de sectores independientes la reserva se muestra aquí como un conjunto de principios que “a posteriori”, luego de haberse contemplado el contenido de la relación matrimonial, determinan la exclusión de la respuesta surgida de dicho vínculo. Las reglas de los arts. 3574 y 3575, en que el matrimonio domina a la sucesión, excluyen la causal de indignidad del art. 3293 por haber acusado voluntariamente al causante de un delito que habría podido hacerle condenar a prisión o trabajos públicos por cinco años o más, o sea que si la acusación se produjo para demostrar la inocencia o la culpabilidad en la separación de cuerpos no genera la indignidad sucesoria. En los casos de integración de los dos ámbitos que muestran los arts. 3573 bis y 3576 bis las causales de indignidad merecen un replanteo: creemos que no intervienen en el derecho de habitación del cónyuge supérstite consagrado por el primero, pero sí en el derecho de sucesión de la nuera viuda establecido en el segundo. Los arts. 3573 y 3573 bis en cuanto desintegran la unidad del régimen matrimonial con sus requisitos de antigüedad del vínculo y de carácter económico muestran la pérdida de la fuerza del campo del matrimonio respondiendo en definitiva a una mayor resistencia del área sucesoria. Precisamente por esto la sucesión logra aislarse disponiendo “a priori” la modificación de la solución matrimonial.

27. Las distintas respuestas de contacto brindan el siguiente panorama normológico general: las vinculaciones de sectores independientes son favorables a las relaciones horizontales, en que unas soluciones influyen en el cumplimiento de otras o les proporcionan contenido, realizándose respectivamente los valores **infalibilidad** y **concordancia**; la dominación tiende a las relaciones verticales en que unas soluciones dan su contenido a las otras satisfaciéndose el valor **ilación**; la integración y la desintegración se refieren

directamente a la existencia más amplia o reducida del ordenamiento normativo y desatienden principalmente las relaciones horizontales trascendentes sacrificando la satisfacción de los valores **infalibilidad** y **concordancia**.

Las observaciones hechas anteriormente sobre constitución y dinámica de las respuestas jurídicas (puntos 2 a 16) pueden combinarse con el panorama que ahora presentamos, o sea que los diversos tipos de contactos señalados aquí pueden darse en los niveles conceptuales y fácticos, primarios y secundarios, nucleares y marginales, etc., y coincidir con plusmodelaciones, minusmodelaciones o sustituciones de modelos.

Cuando las consideraciones sobre contactos de respuestas que anteceden son referidas a los móviles de los repartidores permiten detectar la permanencia o el cambio del espíritu que ubica normológicamente a una respuesta en una rama jurídica. En la relación matrimonial-sucesoria tomada para la ejemplificación los novedosos artículos 3573 bis y 3576 bis, de carácter principalmente integrador, y por otra parte los efectos desintegradores de la unidad del matrimonio del primero de ellos, muestran que las proyecciones del actual replanteo del matrimonio están invadiendo el campo sucesorio.

#### **b) Dimensión sociológica:**

28. En concordancia con el panorama recién trazado puede establecerse aquí el siguiente cuadro de realizaciones y valores inherentes a la dimensión sociológica de las respuestas de contacto: cuando coexisten sectores independientes se realiza la ejemplaridad (modelo-seguimiento) y el valor que le es propio de **solidaridad**; en la dominación se afianzan los medios de constitución propios de la respuesta dominante, sea la disposición de medios a fines con su valor **providencia**, sea el ajuste de los distintos componentes —medios entre sí, fines entre sí— con su valor **correspondencia** y en definitiva aumenta la planificación con el valor inherente de **previsibilidad**; la integración y la desintegración se refieren directamente a la realización más amplia o reducida de los modos constitutivos de los órdenes y de éstos en su conjunto, con sus respectivos valores **previsibilidad**, **solidaridad** y **orden**, y el aislamiento relativo, quizás con miras a la obtención de un orden más profundo, desatiende sobre todo la ejemplaridad entre ámbitos sacrificando consecuentemente la solidaridad.

Los contactos de sectores independientes, la dominación y la integración tienden a la constitución de nuevos órdenes pero por procedimientos de inmanentización diferentes. Los contactos de ámbitos independientes se valen de la formación de un sistema específico de selección de respuestas —como el Derecho Internacional Privado y el Derecho Transitorio— que denominamos **inmanentización doble**<sup>72</sup>; la dominación e integración se dirigen en cambio a la composición lisa y llana del nuevo orden mediante la inmanentización simple.

<sup>72</sup> GOLDSCHMIDT, *Transactions...* cit., págs. 313 y ss.

Por el contrario la desintegración y el aislamiento relativo desarticulan el orden existente o impiden la formación de uno nuevo mediante la mayor o menor **trascendentalización** que en el aislamiento se combina a su vez con **inmanentización simple**. Las vicisitudes de contactos que anteceden exteriorizan la permanencia o modificación de la razón objetiva de una respuesta y consiguientemente de su ubicación sociológica respecto a las ramas jurídicas.

Según lo destaca el profesor Henri Batiffol, habitualmente es en el dominio sucesorio más que en el régimen matrimonial donde se traduce la concepción de los lazos de familia que inspira al legislador<sup>73</sup>. En el despliegue jurisprudencial argentino de las relaciones entre matrimonio y sucesión merece ser destacado entre los pronunciamientos más significativos el enjuiciamiento global efectuado por la Cámara Civil y Comercial de Rosario, sala 3ª, en el caso “A.H.C. Declaratoria” cuando dijo: “Una valoración general de las normas apuntadas (del decreto-ley 17711), permite apreciar un realce en la tradicional tendencia legislativa patria de reconocer marcada participación al cónyuge supérstite en la herencia; y también, desde otro punto de vista, se acentúa la importancia del factor de imputabilidad o culpabilidad en las causales de exclusión hereditaria del cónyuge...” (“Juris”, 40, 187; La Ley”, Rep. XXXIII, 1487)<sup>74</sup>. Sin embargo, si a nivel legislativo el contacto matrimonial-sucesorio es principalmente de sectores independientes e incluso de dominación de la sucesión por el matrimonio e integración, en la órbita jurisprudencial y de repartos autónomos (contractual, testamentaria) se advierte una fuerte resistencia que, basada en el rechazo de la indisolubilidad de la unión, trata de aislar el régimen sucesorio bloqueando la influencia matrimonial y a veces hasta de consagrar el dominio del matrimonio por la sucesión. Se ha de recordar así la enérgica invasión del régimen matrimonial que se produjo en su momento a través de la jurisprudencia y la doctrina que interpretaban el art. 86 LMC a rajatablas declarando incluso la convalidación de uniones viciadas con el principal objeto de dar efectos sucesorios a matrimonios afectados por impedimentos de ligamen<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> BATIFFOL, Henri, **Existence et spécificité du droit de la famille**, en “Archives...” , cit . t. 20, pág. 11.

<sup>74</sup> Sobre la sucesión del cónyuge, motivo de tan abundante jurisprudencia, puede verse además por ejemplo: “Juris”, t. 43, págs. 281 y ss. (“Jurisprudencia Argentina”, reseñas 1974, pág. 421), y t. 44, págs. 125 y ss. (“Jurisprudencia Argentina”, t. 22-1974, pág 667); “El Derecho”, 7/IIII1974, “C., J. C. suc.”; “La Ley”, t. 110, págs. 123 y ss.; “Jurisprudencia Argentina”, t. 21-1974, págs. 177 y ss. y 543/544. Ha sido motivo de dudas la ubicación sucesoria del derecho de la nuera viuda (v. por ej. “La Ley”, t. 149, pág. 350, t. 150, pág. 585, y t. 156, pág. 608). Sobre el art. 3573 bis trataba por ejemplo el tema 5 de la XIX Jornada Notarial Bonaerense (Pergamino, junio de 1975).

<sup>75</sup> Puede verse CIURO CALDANI, Miguel Angel, **El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico**, Rosario, 1965.

**c) Dimensión dikelógica:**

29. Al ubicar dikelógicamente los contactos de respuestas independientes se nota que la ejemplaridad y la inmanentización doble a su servicio son afines a la justicia distributiva; en cambio los instrumentos que conducen a la dominación, la integración, la desintegración y el aislamiento relativo, o sea la disposición de medios a fines, el ajuste de componentes, la ordenación y la desordenación, la inmanentización simple y la trascendentalización, se apoyan principalmente en la justicia correctiva. Los contactos de soluciones independientes dan especial realce a las diferencias entre los mismos pero respetan sus semejanzas; la dominación sacrifica la atención a las diferencias mismas en aras de la igualación; la integración desfracciona los rasgos igualitarios y prescinde de los diferenciadores, y a la inversa la desintegración y el aislamiento relativo tienden a prescindir de las características igualitarias y a atender a las diferencias en los respectivos campos donde actúan. Las distintas proyecciones de valor de las vicisitudes de contacto aquí señaladas corresponden a la permanencia o variación de la situación dikelógica de una respuesta en relación a las ramas jurídicas.



### III. CONCLUSION

30. Con lo expuesto creemos haber bosquejado la composición y los alcances de las respuestas jurídicas en lo territorial, temporal, personal, relativo a objetos, potencial y de razón; aspectos todos que han de tenerse en cuenta para su identificación. La dinámica de las soluciones jurídicas nos revelan que pueden experimentar plusmodelación, minusmodelación o sustituciones de modelos. Los contactos de respuestas muestran fenómenos de coexistencia de ámbitos independientes, dominación, integración, desintegración y aislamiento relativo que por el momento han de estudiarse aprovechando principalmente las líneas problemáticas de la ciencia del Derecho Internacional Privado.

Sabemos que sólo hemos bosquejado algunas ideas sobre el tema, pero esperamos que sirvan para penetrar en la vida del derecho que es una manera de ser de la vida toda y en la que épocas y especialmente países como los nuestros necesitan un desarrollo racional acelerado como nunca se había visto en el tiempo conocido de la humanidad.

#### INDICE DE AUTORES CITADOS

(Los números corresponden a los párrafos)

Alfonsín: 3.  
Ameglio Arzeno: 14.  
Arminjon: 1  
Bach: 11  
Barbero: 17.  
Batiffol: 3, 8, 16, 28.  
Belluscio: 3, 12.  
Benabent: 7.  
Bidart Campos: 10, 14.  
Binstein: 4.  
Boggiano: 3.  
Bonnecase: 14.  
Borda: 17.  
Bossert: 14.  
Carbonnier: 11, 14.

Cervantes: 11.  
Cicu: 11.  
Ciuro Caldani; 1: 5, 9, 11, 28.  
Congreso Sud-Americano de Der. Internac. Priv.: 3.  
Corte Suprema de la Noción: 14.  
Cossio: 1, 14.  
Croce: 1  
Días Marques: 2.  
Díaz de Guijarro: 10  
Etala: 14.  
Fassi: 10.  
Fichte: 11  
Francescakis: 3.  
Geiger: 11  
Gény: 1.  
Goldschmidt: 1, 2, 3, 7, 10, 11, 16, 18, 20, 24, 25, 28.  
Grasset: 14.  
Guggenheim: 3.  
Hegel: 1, 11.  
Ihering: 1, 2.  
Kelsen: 1.  
Lampué: 3.  
Lassalle: 10.  
Lazcano; 3.  
Lepp: 5, 10, 11.  
Maurie; 10, 11.  
Marx: 1, 11.  
Mateo (San): 11.  
Mazeaud, H., L. y J.: 17.  
Mazinghi; 3.  
Miaja de la Muela: 1, 16.  
Molinario: 10.  
Morelli: 3.  
Mounier: 11.  
Orchansky: 3.  
Ortiz: 10.  
Pilla Ribeiro: 16.  
Pirenne: 3.

Planiol: 17.  
 Poviña: 17.  
 Reale: 1.  
 Recaséns Siches: 1.  
 Rigaux: 17.  
 Ripert: 17.  
 Savigny: 1, 11.  
 Segundo Congreso Sudamericano Der. Internac. Priv.: 3  
 Simon-Deprite: 3.  
 Soler: 8.  
 Suprema Corte de Buenos Aires: 10.  
 Teilhard de Chardin: 11.  
 Thibaut: 11  
 Vélez Sársfield: 3.  
 Vico: 1  
 Zweigert: 11

## INDICE DE MATERIAS

### Acumulación

desigual: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 25.

igual: 2, 4, 5, 6, 7, 8, 21.

Acumulativas (soluciones): 2, 5, 6, 11, 21.

Adecuación: 9.

Agnación: 9,

Aislamiento relativo: 1, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30.

Ajuste de componentes: 29.

Alcances (o aspectos):

conceptuales: 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9,

10, 11, 12, 13, 15, 27 (v. “despliegues fácticos y “niveles”).

de razón: 1, 2, 30.

del tipo legal: 16, 19.

marginales: 2.

personales: 1, 2, 5, 30.

potenciales: 1, 2, 11, 14, 30.

primarios: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 27.

relativos a objetos: 1, 2, 6, 30.

secundarios: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 27,

temporales: 1, 2, 4, 14, 30.

territoriales: 1, 2, 3, 30.  
 (v. “contenidos” y “proyecciones”).  
 Alternativas (soluciones): 2, 5.  
 Amor: 11.  
 Anarquía: 1, 4.  
 Antecedentes de las normas: 2.  
 Arbitrariedad: 14.  
 Armonía: 13.  
 Asiento de las respuestas: 1  
 Aspectos (v. “alcances”).  
 Aumento del alcance: 1 (v. “plusmodelación”),  
 Calidad del sector jurídico recibido: 22, 25.  
 Calificación autárquica: 18.  
 Calificaciones: 16, 18.  
 Cantidad del sector jurídico a recibir: 22, 24.  
 Carácter:  
 indirecto: 6.  
 sistemático del derecho: 1.  
 Clases sociales: 5.  
 Comunidad internacional: 3, 16.  
 Comunión: 11.  
 Concepción  
 Normológica: 16.  
 tridimensional: 1.  
 Conceptual (lo): 2.  
 Concordancia: 9, 13, 27.  
 Condicionales (soluciones): 2, 11, 21.  
 Conectado (lo): 16.  
 Conexión (la): 16, 21,  
 Conscientización: 10.  
 Consecuencias jurídicas: 2.  
 Constitución material: 10.  
 Contactos de respuestas: 1, 16, 18, 23, 24, 26, 27, 28, 29.  
 (coexistencia) de sectores independientes: 1, 6, 17, 18, 19, 20, 21,  
 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30.  
 Contenidos de razón: 1, 12, 16,  
 personales: 1, 12, 16.  
 potenciales: 1, 12, 16.

relativos a objetos: 1, 12, 16.  
Temporales: 1, 12, 16.  
(v. “alcances”).  
Cooperación: 1  
Correspondencia: 10, 28.  
Cuestión previa: 19.  
Cuestiones equivalentes: 19.  
Deberes. 7.  
Decadencia de las respuestas: 4.  
Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: 3.  
Declaración Universal de Derechos Humanos: 3.  
Deflación: 12, 13, 14, 15.  
Demagogia: 11.  
Deméritos: 11.  
Democracia: 11, 15.  
Derecho  
extranjero: 3, 22.  
calidad: 22.  
cantidad: 22.  
partes: 22.  
propio: 3.  
Derecho comparado y profundizado general: 1  
Derecho Internacional Privado: 1, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 28, 30.  
Derecha intersistemático: 1  
Derecho Transitorio: 23, 28.  
Derechos: 7.  
Desfraccionamiento: 11, 15, 29.  
Desorden: 1.  
Desordenación: 29.  
Despliegues fácticos: 1, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 27 (v. “alcances conceptuales” y “niveles”).  
Diferenciación: 11, 15, 29.  
Disminución del alcance: 1 (v. minusmodelación”).  
Disposición de medios a fines: 10, 28, 29.  
Distribuciones: 1  
Dogmática: 9, 13.  
Dominación: 1, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30.  
Efectividad: 14.

Ejemplaridad: 28, 29.  
 Equivalencia: 19.  
 Especialidad del sector jurídico a recibir: 22, 23.  
 Exactitud: 9, 13.  
 Existencia problemática: 1.  
 Expansión: 12.  
 Facticidad: 10.  
 Facticismo: 10, 14,  
 Fático (lo): 2.  
 Fanatismo: 10, 14.  
 Fariseísmo: 11.  
 Fidelidad: 9.  
 Formación  
 acumulativa: 2.  
 no acumulativa: 2.  
 (v. “acumulativas” y “no acumulativas”).  
 Fraccionamiento: 11, 15.  
 Fraude a la ley: 16, 20.  
 Historicismo: 11.  
 Horizonte conceptual: 2.  
 Ideología: 1, 11.  
 Ideologización: 15.  
 Igualación: 11, 15, 29.  
 Igualitarismo: 11.  
 Ilación: 27.  
 Indicación  
 abstracta: 21  
 nominativa: 21.  
 (v. “conexión” y “punto de conexión”).  
 Infabilidad: 27.  
 Inflación: 12, 13, 14, 15.  
 Influencias humanas difusas: 8, 10, 11.  
 Inmanentización: 11, 28.  
 Doble: 28, 29,  
 simple: 28, 29.  
 Integración: 1, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30.  
 Intención: 8  
 Intencionalidad: 1.

Jurisprudencia: 1  
divina: 1.  
heroica: 1.  
humana: 1.  
Justicia: 11, 15.  
Correctiva: 11, 15, 29.  
Distributiva: 11, 15, 29.  
Justificación: 15.  
“*lex causae*”: 18.  
“*lex civilis causae*”: 18  
“*lex civilis fori*”: 18.  
“*lex particularis*”: 18.  
“*Lex principalis*”: 18.  
Leyes de aplicación inmediata 3.  
Liberalismo  
Económico: 11.  
Filosófico: 11.  
político: 11, 15.  
Límites necesarios de los repartos: 10.  
Marginales (aspectos): 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 27.  
Méritos: 11.  
Método:  
analítico: 19.  
sintético: 19.  
Minusmodelación: 12, 13, 14, 15, 27, 30.  
Móviles de los repartidores: 8, 27.  
Nacionalidad normativa real: 9.  
Nacionalidades: 5.  
Naturalezas: 1.  
Negocio jurídico: 20.  
Nivel  
conceptual: 2.  
fáctico: 2, 4, 5.  
(v. “alcances conceptuales” y  
“despliegues fácticos”).  
No acumulativas (soluciones): 2, 4, 11, 21.  
condicionales: 2, 11, 21.  
alternativas: 2, 6, 7, 8.

subsidiarias: 2, 4, 6, 7, 8.  
simples: 2, 3, 4, 6, 7, 11, 21.  
Norma: 1, 22, 25.  
indirecta: 16, 17, 18, 20.  
Normación:  
directa: 17, 10.  
indirecta: 17, 18.  
Normas: 9, 12.  
Núcleo: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 27.  
Objetos  
ideales: 6.  
materiales: 6.  
particulares: 6.  
Oligarquía: 11.  
Orden: 1, 14, 28.  
público: 3, 16, 26.  
Ordenación: 29.  
Ordenamiento  
iusprivatista internacional: 18.  
normativo: 13, 27.  
Pantomía de la justicia: 15.  
Particularidades: 11.  
Particularismo: 11.  
Pautas de reserva: 26.  
Pensamiento católico: 11.  
Pirámide jurídica: 1.  
Planificación: 28.  
Planteos de carácter estático: 1.  
Plusmodeloción: 12, 13, 14, 15, 27, 30.  
Poder: 1.  
Posibilidad de análisis o síntesis: 19.  
Practicidad: 9, 13.  
Pragmática: 9, 13.  
Predecibilidad: 14.  
Preparación de las respuestas: 4.  
Previsibilidad: 10, 28.  
Problemas  
interesaciales: 1.



intertemporales: 1.  
Profundidad de la vida: 7.  
Providencia: 10, 28.  
Proyección global: 6.  
Proyecciones  
activas: 1, 10.  
directas: 17 (v. “normación”).  
indirectas: 17 (v. “normación”).  
pasivas: 1, 10.  
Puntos de conexión: 20, 21.  
Racionalidad: 9, 10, 13.  
Racionalismo: 11.  
Rama del derecho: 1, 8, 10, 11, 16, 27, 28, 29.  
Rasgo específico: 2.  
Razón: 8.  
difusa 8.  
fundamental  
externa: 11.  
interna: 11.  
objetiva: 10, 28.  
propia: 8.  
social  
difusa: 10.  
propia: 10.  
Razonabilidad: 10.  
Reconocimiento involucrado: 3.  
Reenvío: 22, 24.  
Relaciones  
de contacto de sectores independientes: 1 (v. “contactos de sectores independientes”).  
de desintegración: 1 (v. “desintegración”).  
de integración: 1 (v. “integración”).  
Reparto: 1.  
Repartos: 1, 11.  
conscientes: 10.  
Inconscientes: 10.  
Respuestas (o soluciones)  
asimétricas: 7.  
autonomizantes: 8.

basadas en objetos  
con proyecciones globales (patrimoniales): 6.  
ideales: 6.  
materiales: 6  
particulares ( infrapatrimoniales): 6.  
casuísticas: 8.  
comunes al derecho en general: 8.  
cotidianas: 7.  
extraperiódicas: 4.  
ideológicas: 11.  
ilimitadas: 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11.  
inmanentes: 2, 3, 4, 10, 11.  
internacionales: 3, 9.  
intraperiódicas: 4.  
justas: 11,  
justificadas: 11.  
limitadas: 2, 3, 4, 5, 10, 11.  
nacionalísimas: 3.  
permanentes: 4, 9, 10, 14.  
simétricas: 7.  
trascendentes: 2, 3, 4, 9, 10, 11, 15, 27.  
universales: 3, 9, 10.  
vitales: 7.  
(v. “soluciones”).  
Sabiduría: 1  
Sector “causae”: 16.  
Sentido de las respuestas: 1.  
Simples (soluciones): 2.  
Sistema del derecho de colisión en el espacio y en el tiempo: 1.  
Sobreactuación: 12, 13, 14, 15.  
Solidaridad: 28.  
Soluciones  
acumulativas: 2.  
desiguales: 2.  
iguales: 2 (v. “acumulación”).  
clases: 5.  
condicionales: 2.  
alternativas: 2.

subsidiarias: 2, 4, (v. “no acumulativas”).  
extraclases: 5.  
extranacionales: 5.  
hipoclasales: 5, 11.  
hiponacionales: 5, 9, 11.  
“igualitaristas”: 11.  
iusprivatistas internacionales autárquicas: 18.  
nacionales: 5.  
“particularistas”: 11.  
simples: 2 (v. “no acumulativas”).  
(v. “respuestas”).  
Sucesión  
de jurisprudencias: 1.  
de naturalezas: 1.  
Supervivencia de las respuestas: 4.  
Suplantación  
conceptual: 12.  
táctica: 12.  
total: 12.  
Sustitución  
del alcance: 1.  
del modelo: 12, 13, 14, 15, 27, 30.  
Teoría  
de los contactos de respuestas jurídicas: 1.  
del uso jurídico: 22.  
Tiempo axial: 4.  
Tipos legales: 2 (v. “alcances del tipo lega”).  
Topografía jurídica: 8.  
Transformación del derecho: 1.  
Trascendentalización: 28, 29.  
Uso jurídico: 22.  
Vaciamiento: 12, 13, 14, 15.  
Valor  
adecuación: 9.  
agnación: 9.  
armonía: 13.  
concordancia: 9, 13, 27.  
conscientización: 10.

correspondencia: 10, 28.

efectividad: 4.

exactitud: 9, 13.

facticidad: 10.

fidelidad: 9.

ilación: 27.

infallibilidad: 27.

justicia: 11, 15.

orden: 28.

practicidad: 9, 13.

predecibilidad: 14.

previsibilidad: 28.

providencia: 10, 28.

racionalidad: 9, 10, 13.

solidaridad: 28.

Vida

de las personas: 4.

profundidad: 7.

APORTES PARA UNA TEORIA DE LAS RESPUESTAS JURIDICAS, se terminó de imprimir el 9 de diciembre de 1976 en la Escuela de Artes Gráficas del Colegio Salesiano San José, bajo la dirección técnica del Servicio de Publicaciones de la Universidad Nacional de Rosario.

---

Se terminó de imprimir en diciembre de 2004  
en Acquatint Evolución Gráfica  
Alem 2254 - S2000FML Rosario - Santa Fe - Argentina  
e-mail: info@acquatint.com





