

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

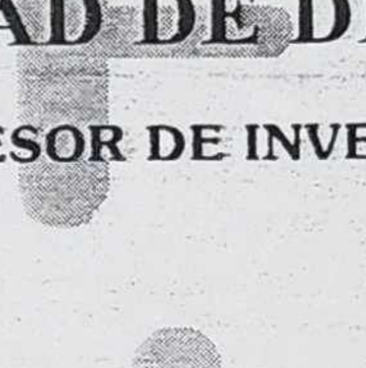
FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

INVESTIGACION Y DOCENCIA

Nº 26

FILOSOFIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

1996

(c)

Registro de la Propiedad Intelectual Formulario N° 16414, Expediente N° 407309
Propietaria: Fundación para las Investigaciones Jurídicas
San Lorenzo 1155, 8° A, Rosario (Código Postal 2000), Argentina.

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
Córdoba 2020, C. P. 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: 250 ejemplares

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Ing. Raúl Arino

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Daniel A. Erbetta
Vicedecano: Dr. Mario L. Ducler

Consejo Directivo

Consejeros Docentes
Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani
Dr. Roberto Miguel Natale
Dr. Eduardo Barrios
Dr. Mario Chaumet
Dr. Ernesto Granados
Dra. Adriana Pérez
Dr. Rodolfo Shcoler
Dr. Roberto Galván

Consejeros Graduados
Dr. Sergio Bobrosky
Dr. Horacio Lorenzo Ardusso
Dra. Analía Sonia Antik
Dr. Delfo Carlos Freguglia

Consejeros No Docentes
Srta. Amada Gaitan
Srta. Alicia Albertengo
Sr. Juan Carlos Pansia
Sr. Ricardo Torrano

Consejeros Estudiantiles
Sr. Victor Gustavo Moldeznik
Sr. Hernán Javier Botta
Srta. Julieta Gianelloni
Sr. Cristian Carlos Colombino
Srta. María Eugenia Maiztegui
Sr. Fernando Gabriel Nouet
Srta. Daniela Beatriz Mucilli
Sr.Eduardo Vicente Silvestre Massa

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFIA JURIDICA Y FILOSOFIA SOCIAL

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

Investigadores

Dra. Blanca Di Salvo (Profesora de la Facultad)
Dr. Alfredo Mario Soto (Investigador de la U.N.R.)
Dra. María Isolina Dabove (Investigadora de la U.N.R.)
Dra. Graciela Gonem de Gandolfo (Investigadora de la U.N.R.)

Secretario Administrativo: Sr. Walter Birchmeyer (Docente de la Facultad)

INDICE

DOCTRINA

CIURO CALDANI, Miguel Angel
El cambio de estatutos, dimensión imprescindible del Derecho Internacional Privado 9
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) 20

RESEÑA

SOTO, Alfredo Mario
Presentación de la traducción castellana de Filosofía del Derecho Privado (I, La idea individual) de Gioele Solari, Bs.As., Depalma, 1946, por Renato Treves 219

FACULTAD DE DERECHO

DOCTRINA



FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

EL CAMBIO DE ESTATUTOS, DIMENSION IMPRESCINDIBLE DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. Dado que ahora más que nunca el hombre se desplaza intensamente en el espacio, al punto que a través de la técnica va adquiriendo hasta ciertos rasgos de "ubicuidad", es de gran importancia reconocer y solucionar el problema del **cambio de estatutos**.

a) El cambio de estatutos

2. El cambio de estatutos consiste en que según el punto de conexión **el caso se desplaza** entre distintos países. Se asemeja en ciertos aspectos al problema del ámbito temporal pasivo de las normas de Derecho Internacional Privado e incluso al del cambio en el Derecho aplicable, porque también en él hay una "sucesión" de normas referidas al caso, pero difiere, entre otros aspectos, porque en el cambio de estatutos las normas no se modifican, sino que es la vida del caso, orientada habitualmente por la voluntad de las partes, la que produce esa sucesión.

A diferencia de los "conflictos" entre distintas leyes invocables según diferentes puntos de conexión, en el cambio de estatutos no se trata del conflicto entre puntos de conexión diversos sino entre **momentos** del **mismo punto de conexión**. Por ejemplo: un domicilio se conflictúa como contacto con otro anterior o sucesivo. El problema se agudiza porque el propio peso de la elección hecha en la norma de conflicto indica que las distintas realidades sucesivas subyacentes al punto de conexión tienen significación.

En ciertos casos, cuando se hace referencia a la situación de inmuebles "por naturaleza", la cuestión resulta **excluida** por los propios caracteres de la realidad que impiden el cambio. Casos muy excepcionales, como la avulsión de tierras producida por ríos o arroyos o movimientos geológicos de envergadura, podrían configurar cambios de estatutos en cuanto a inmuebles por naturaleza. A veces los autores de normas deciden, de modo consciente o inconsciente, el problema del cambio de estatutos precisando temporalmente los puntos de conexión, por ejemplo, cuando recurren al Derecho del **primer** domicilio conyugal o a la ley del **último** domicilio del causante. De lo contrario el problema del cambio de estatutos se hace particularmente agudo porque requiere solución por vía de determinación.

En general la comprensión del cambio de estatutos es sumamente difícil, porque significa

(*) Profesor titular de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Privado Profundizado y director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

en cierto sentido comprender el **movimiento**, con todas las dificultades que ya desde la más remota historia de la Filosofía se han advertido al respecto (1). En el cambio de estatutos se entrecruzan las complejidades del **espacio** y el **tiempo**.

El cambio de estatutos trae la necesidad de ubicar el caso en cuanto al pasado, el presente e incluso el porvenir, procurando que a través del espacio no quede desintegrado en el tiempo. Aunque a veces de cierto modo se lo ha "espacializado", pretendiendo la aplicación espacial de la regla del respeto a los derechos adquiridos, en realidad en el cambio de estatutos no se trata de que se hayan adquirido derechos, sino de la sucesión de normatividades que resultan aplicables.

A la luz de la "bidimensionalidad" espacio-tiempo, destacada por los aportes einsteinianos, es sorprendente la consideración relativamente escasa que se ha brindado a la problemática del cambio de estatutos (2). Quizás por esa insuficiencia se han abierto más posibilidades para que el espacio sea de alguna manera negado en la universalidad. La comprensión acabada del cambio de estatutos es condición indispensable para que en nuestra época de la mundialización no se disuelva todo en la universalidad. El triunfo del espacio sobre el tiempo se torna al fin en disolución del propio espacio.

3. En la correcta solución del cambio de estatutos se juegan en mucho el respeto o el avasallamiento de los rasgos **"biográficos"** de los protagonistas, sean individual o colectivamente considerados. Hay que respetar la unidad del curso vital, que se va desplazando a través de las fronteras, evitando que sea destrozado por el recorte internacional, y para esto pueden aprovecharse

(1) Puede v. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", nueva edición revisada, aumentada y actualizada por Josep-Maria TERRICABRAS, Barcelona, Ariel, 1994, t. III, págs. 2471/2 ("movimiento") y t. I, págs. 852 y ss. ("devenir"). Acerca de las dificultades que planteó Zenón de Elea respecto del movimiento v. por ej. FRAILE, Guillermo, O. P., "Historia de la Filosofía", 4a. ed., corregida y actualizada por Teófilo URDANOZ, Madrid, La Editorial Católica, t. I, 1976, págs. 190 y ss.

(2) En relación con la problemática del cambio de estatutos pueden v. no obstante por ej. SAVIGNY, F. C., "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, 1878/79, t. VI, 1879, págs. 123 y ss. y concord. (párrafos CCCXLIV y concord.); GOLDSCHMIDT, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a. ed., Bs. As., EJEA, 1952/54, t. I, págs. 329 y ss.; "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1986, págs. 124 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Droit international privé", 5a. ed. con la colab. de Paul LAGARDE, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. 1970, págs. 380 y ss.; LOUSSOUARN, Yvon - BOUREL, Pierre, "Droit international privé", París, Dalloz, 1978, págs. 298 y ss.; HAGE-CHAHINE, Fayez, "Les conflits dans l' espace et dans le temps en matière de prescription", París, Dalloz, 1977, págs. 301 y ss.; GRAULICH, P., "Conflit de lois dans le temps", en "Répertoire de droit international" publicado bajo la dirección de Ph. FRANCESCAKIS, París, Dalloz, t. I, 1968, págs. 509 y ss.; MAURY, Jacques - LAGARDE, Paul, "Étranger", en "Répertoire ..." cit., t. I, págs. 771/2; DROZ, Georges A. L., "Regards sur le Droit International Privé Comparé", en "Recueil des Cours", de la Académie de Droit International, t. 229 (1991-IV), págs. 13 y ss.; RIGAUX, François, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", en "Recueil ...", cit., t. 213 (1989-I), por ej. págs. 43/44, 96/97, 138 y ss., 155 y ss. y 201; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El cambio de estatutos en el Derecho Internacional Privado", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 18, págs. 11 y ss.; también v.gr. SYMEONIDES, Syméon, "Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane", en "Revue critique de droit international privé", t. 81, págs. 280/1; STRENGER, Irineu, "Direito internacional privado", 2a. ed., San Pablo, Revista dos Tribunais, vol. 1, 1991, págs. 357 y ss.; BOUZA VIDAL, Nuria, "Las garantías mobiliarias en el comercio internacional", Madrid, Pons, 1991. En relación con el tema v. también por ej. HAY, Peter, "Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law", en "Recueil ..." cit., t. 226 (1991-I), págs. 226 y ss. Savigny dijo "No puede negarse que esta ... especie de modificación pertenece á la vez al dominio de la colisión local y al de la colisión temporal. Sin embargo, como el elemento local domina, vale más referir todas las colisiones de este genero á los límites locales del imperio de la regla, y por consiguiente, tratarlas en el capítulo primero" (SAVIGNY, op. cit., t. VI, pág. 127, párrafo citado).
Incluso vale tener en consideración que Goldschmidt adhirió, en posición que no compartimos, al rechazo de toda teoría general de la materia y a la propuesta del análisis individual de cada norma que, en cuanto no sea excluyente, sí admitimos (GOLDSCHMIDT, "Sistema ..." cit., t. I, pág. 330).

las enseñanzas de la **"teoría de los contactos de respuestas jurídicas"** (3).

Se ha de atender a la **"recepción" diacrónica** que se produce porque cada momento tiene su vivencia de todos los demás y a su vez vive en todos los otros y hay que lograr que entre ellos haya al fin no sólo **adaptación** sino **asimilación**. Por ejemplo, cuando en la línea de la jurisprudencia francesa del caso "Lizardi" se dispone que la incapacidad según la ley personal anterior no es oponible a terceros que no podían conocerla se atiende a la asimilación de la incapacidad en el nuevo medio.

Superando el aislamiento entre los tiempos de la vida e incluso la mera "continuación" de unos momentos por otros hay que lograr su **integración**, haciendo que el pasado sobreviva y de cierto modo el porvenir previva en cada presente. Al evaluar cada solución del cambio de estatutos se ha de considerar todo lo que en el curso del mismo punto de conexión las personas han sido, son y conjeturalmente serán.

La respuesta respetuosa de los despliegues biográficos se muestra importante sobre todo en una época como la actual, que ha avanzado en la comprensión de los procesos psicológicos y biológicos de nuestra existencia y en el reconocimiento del relativo sentido de "rizoma", con conexiones ocultas, de las manifestaciones de nuestra vida (4). El Derecho debe tomar cabal conciencia de los despliegues biográficos y para ello es imprescindible brindar debida consideración al cambio de estatutos.

Quizás un sentido positivo del negativo debilitamiento de la conciencia del tiempo histórico que caracteriza a la postmodernidad sea que con él hay más transparencia para apreciar el tiempo biográfico en el que se desenvuelve el cambio de estatutos.

4. Para "ubicar" a un caso hay que saber acerca de su **materia**, su **espacio** y su **tiempo**. Un caso y las personas, los bienes y las conductas que lo componen están en el **espacio** según la materia y **en un determinado tiempo**, de modo que **sólo se puede comprender de modo cabal el Derecho Internacional Privado si se comprende el cambio de estatutos**.

Como todo desfraccionamiento, el del despliegue temporal tiene riesgos de confusión, pero es evidente que la limitada consideración actual del cambio de estatutos es un fraccionamiento ilegítimo.

5. El cambio de estatutos que aquí nos ocupa se refiere a la **vertiente espacial**, o sea al **cambio de espacio en el tiempo**; es el del también llamado, siguiendo a Bartin, "conflicto móvil", expresión que hace referencia al espacio. Sin embargo, también existen "cambios de estatutos" **en lo material** y **en lo personal**, es decir, cambios en el tiempo en la materia y en las personas integrantes de los casos, que significan asimismo cambios en los regímenes jurídicos.

(3) En relación con los aspectos históricos y biográficos puede v. por ej. nuestro artículo "Perspectivas históricas y biográficas en el mundo jurídico", en "Boletín ..." cit., N° 10, págs. 27 y ss.
Acerca de los contactos de respuestas y de la recepción interespacial, cuya teoría puede esclarecer los otros casos de recepción, es posible v. nuestros estudios "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976; "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "Revista de Direito Civil", 8, págs. 73 y ss. y "Originalidad y recepción en el Derecho", en "Boletín ..." cit., N° 9, págs. 33 y ss.

(4) Puede v. nuestro estudio "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín ..." cit., N°19, págs. 9 y ss.; asimismo por ej. "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., N° 25, págs. 25 y ss.; "Filosofía del orden público en la postmodernidad", en "Boletín ..." cit., N° 21, págs. 24 y ss. También, nuestro artículo en colaboración con Mario E. CHAUMET, "Perspectivas jurídicas "dialécticas" de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., N° 21, págs. 67 y ss.

Cambios de estatutos en lo material son, por ejemplo, el paso de una relación de concubinato a otra matrimonial y la legitimación por subsiguiente matrimonio. Quizas el cambio de estatutos en lo personal más notorio sea la sucesión por causa de muerte.

En los tres casos de cambio para comprender y resolver las situaciones con claridad hay que atender al valor de lo que cambia y lo que permanece y al valor del cambio mismo. Las tres perspectivas tienen gran importancia biográfica.

6. Al encarar el problema del **cambio de estatutos** espacial en la **dimensión sociológica** se advierte que, aunque el desplazamiento puede ser forzado, en muchos casos se ponen en juego la conducta repartidora y la **autonomía** de los sujetos de que se trata y la ejemplaridad con que a menudo deciden sus desplazamientos.

Como interviene la conducta de los sujetos, para apreciar la plenitud del cambio hay que reconocer su sustrato y su **sentido**, sea éste más individual o social o más consciente o inconsciente. No sólo se trata de un cambio de lugar, sino de lo que ese cambio significa. Es notorio que los cambios de estatutos de los emigrantes rusos "blancos" que huian del regimen comunista, de los emigrantes europeos de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX llegados a America y de los desplazamientos que reinan en los paises de Occidente en la actualidad poseen sentidos de contenidos e intensidades muy diversos. Al considerar el cambio de estatutos no hay que centrarse en la circulación de bienes y de capitales y se debe atender a la extraordinaria importancia humana de los fenómenos migratorios (5).

Hay que tener especial cuidado en reconocer el reparto del cambio de estatutos en cuanto a repartidores, recipiendarios, objetos (potencias e impotencias), forma y razones. Al reconocer los recipiendarios interesados en el cambio de estatutos se debe tomar en cuenta que no son sólo los protagonistas del desplazamiento, sino también, por ejemplo, los demás integrantes de la comunidad de origen y la receptora, de modo que siempre se trata de una autonomia relativamente "claudicante".

En general los puntos de conexión **conductistas** suelen dar soluciones menos afectadas por el cambio de estatutos; en cambio éste se presenta de manera más intensa en los puntos de conexión **personales** y **reales**, en este caso, cuando los puntos reales se refieren a bienes que pueden cambiar con facilidad de ubicación física o normativa.

Los cambios de estatutos respecto de los puntos de conexión personales "simples" (no "compartidos"), como el domicilio de una persona (no el domicilio conyugal) tienen menos interesados significativos y son en principio más fáciles de resolver que los cambios de estatutos de puntos reales, donde hay más interesados.

7. En la **dimensión normológica** el cambio de estatutos se presenta como problema de la **determinación temporal** de los puntos de conexión. Al cambiar de estatuto, la movilidad del caso replantea, según lo ya señalado, todos los **problemas generales** de los "estatutos" que se conectan sucesivamente. No sólo hay sucesión en cuanto a que con el nuevo asiento varía el contenido del Derecho aplicable, sino acerca de los problemas generales de las calificaciones, el fraude a la ley,

(5) V. por ej. TODD, Emanuel, "Le destin des immigrés - Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales", Paris, Seuil, 1994; también v. gr. MANGOLDT, Hans von, "Migration ouvrière et double nationalité. La situation allemande", en "Revue ..." cit., t. 84, págs. 671 y ss.

el reenvío, el orden público (si se atiende al orden público extranjero), etc.

De cierto modo, el cambio de estatutos establece una negocialidad que pone en crisis a la aunque sea mínima institucionalidad de los diversos países. La "idea" que tiene en cuenta un ordenamiento normativo es puesta en cuestión por el desplazamiento de la realización en el "espacio-tiempo".

Cuando el cambio de estatutos se produce en un marco no negocial el desplazamiento puede ser en **fraude a la ley**. Asimismo el cambio puede significar también **fraude a los terceros**. En muchos casos el rechazo de tales maniobras provoca la no admisión del cambio o de sus consecuencias.

8. En la **dimensión dikelógica** se aprecia que el cambio de estatutos es decidido porque se lo considera **útil**, porque sirve como medio para los fines de los protagonistas o lisa y llanamente como un fin. En un tiempo como el nuestro, donde las cargas institucionales ceden ante el despliegue utilitario, la admisión del cambio de estatutos tiene más posibilidades.

El cambio de estatutos suele responder a la privatista justicia particular, pero pone en cuestión las relaciones con la justicia general. En relación con la pantonomía de la justicia, en el cambio de estatutos se produce un entrecruzamiento del **complejo temporal** en el complejo personal y en el complejo real y con las consecuencias, o sea que el complejo personal y el complejo real varían con el desplazamiento del caso y las consecuencias pueden llegar a proyectarse sobre otros sujetos, de la vieja o la nueva ubicación.

En definitiva, en el cambio de estatutos se trata de saber si la **temporalidad**, que difiere del mero tiempo cronológico, porque es oportunidad para realizar los valores, ha de construirse en los casos del Derecho Internacional Privado con alcances mayores o menores de conservación del **pasado** o de apertura al **porvenir**.

Desde cada **punto del universo** se ve su todo de manera diferente, pero en el cambio de estatutos cada punto está en relación con los otros puntos del movimiento respectivo. En cada lugar se aprecia la pantonomía de la justicia de modo diverso, mas cada perspectiva debe servir para enriquecer a las demás, no para empobrecerlas.

Para valorar la legitimidad del cambio de estatutos hay que atender a que el reparto sea justo en cuanto a repartidores, recipiendarios, objeto, forma y fundamentación ("razones"). Por ejemplo, no es igual la legitimidad de un cambio de estatutos domiciliarios decidido por el propio interesado, o sea de manera autónoma, fijado de manera aristocrática o impuesto antiautónomamente; no es la misma la legitimidad de un cambio de estatutos que contempla a todos los interesados de una familia que otro en el que se abandona a algunos de ellos.

Un problema significativo acerca del cambio de estatutos es el de la **responsabilidad** que puede generar el desplazamiento, cuyo régimen quizás pueda someterse al Derecho que resulte aplicable.

A través de una solución correcta o incorrecta del cambio de estatutos las personas pueden quedar temporalizadas (no sólo situadas) con justicia o flotando o apresadas en el tiempo. Hay que evitar las referencias **apresuradas** o **tardías**.

BIBLIOTECA

En principio el cambio suele expresar **humanismo abstencionista**, aunque también a veces el sujeto toma desviadamente como medio a las comunidades o a los otros hombres, generándose un desvío individualista y, en otros casos, se produce por humanismo intervencionista, que puede desplazarse con facilidad al totalitarismo.

El cambio de estatutos es una expresión de **unicidad** de quienes lo protagonizan, cuyas exigencias deben ser satisfechas en correlación con las otras de igualdad y de comunidad, que también ha de tener en cuenta el régimen para ser cabalmente humanista.

La posibilidad del cambio de estatutos es en principio una de las grandes garantías de la **libertad** y protege sobre todo al individuo contra los demás (como individuos y como régimen) y lo demás (el espacio y sus otros condicionamientos). Sin embargo hay que considerar también las posibilidades de que haya que amparar al individuo respecto de sí mismo, evitando los cambios despersonalizantes, y que se deba resguardar a los demás.

9. Figura afín al cambio de estatutos es el **"paracambio"** que se produce cuando los puntos de conexión se suceden haciendo deambular los casos entre distintos países, por ejemplo, cuando se aplica la ley de la residencia a las medidas urgentes respecto de las personas y luego se vuelve a su protección general según el Derecho del domicilio.

b) La solución del cambio de estatutos

10. Las **respuestas** ante el cambio de estatutos pueden ser **directas** o **indirectas**. En el primer caso, por ejemplo, se dice que la capacidad que se tiene se conserva; en el segundo, v. gr., se opta por el Derecho del "último" domicilio.

Los antecedentes (genéricamente "tipos") y sus consecuencias con respuestas indirectas pueden ser más **sintéticos** o más **analíticos**. Los **tipos** son sintéticos cuando se construye una sola cuestión con todo el caso cambiado y son analíticos cuando se elaboran varios según los momentos. Por ejemplo, el tipo es sintético cuando se toma todo el problema del régimen de bienes en el matrimonio con independencia de la sucesividad de contactos producidos y es analítico si se dividen los bienes adquiridos en los diferentes contactos que se fueron produciendo.

Como modelo de tipificación sintética puede citarse la norma que surge de los arts. 16 y 17 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1939-40 (6). Como muestra de tipificación formalmente analítica e incluso, a nuestro parecer, técnicamente excesiva, cabe referir el art. 5 de la ex ley de matrimonio civil 2.393, que partía de la indicación genérica de los bienes muebles de los esposos para luego referirse al cambio de domicilio matrimonial, diferenciando los bienes adquiridos antes de mudarlo o después del cambio. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que el análisis del tipo puede presentarse de manera "indirecta", a través de diferentes determinaciones de los hechos subyacentes a los puntos de conexión. Es indirectamente analítica una norma que establezca por ejemplo que los efectos personales del matrimonio se rigen (en cada momento) por la ley del domicilio conyugal.

Las **respuestas** son "conexionalmente" "analíticas", en el sentido de más "a priori" y menos

(6) Los artículos de referencia dicen: **Art. 16.**- Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes, se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes. **Art. 17.**- El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

"experienciales", cuando se emplea uno de los contactos sucesivos, por ejemplo, el primer domicilio conyugal. Son más "sintéticas", en los sentidos de ser más "a posteriori" y más abiertas a la experiencia, y de ser más dependientes del "método sintético", cuando se utilizan varios de los contactos sucesivos, v. gr., cuando se someten los efectos del matrimonio relativos a bienes a las leyes de los sucesivos domicilios (7).

La diversidad de sentidos en cuanto a análisis y síntesis respecto del tipo y de la consecuencia es en cierta perspectiva correlativa con la diferencia de sentidos del "método analítico", utilizado en general para la construcción del antecedente de las normas y el "método sintético-judicial", empleado en la consecuencia jurídica, que capta la respuesta (8).

Para simplificar la terminología llamaremos a las soluciones analíticas en cuanto al tipo y sintéticas respecto de los contactos **"plurales"** y a las respuestas sintéticas en cuanto al tipo y analíticas acerca de los contactos **"unitarias"**.

Las soluciones pueden ser asimismo más negativas o positivas respecto del cambio, es decir, más **conservadoras,"inmutables"** o **"petrificantes"** y más **innovadoras** o **"mutables"**. En cada caso pueden ser a su vez más **indiscriminadas** o **selectivas** en algún sentido, y en este último supuesto hay una proyección de normatividad directa.

Si se dispone que ante el cambio de domicilio subsiste la capacidad o incapacidad que se tenía se adopta una solución indiscriminadamente conservadora, en tanto que si se establece que sólo se mantiene la capacidad que se poseía se toma una respuesta selectivamente conservadora.Si se resuelve que ante el cambio de domicilio se adquieren la capacidad o la incapacidad que corresponden a la nueva localización se adopta una solución indiscriminadamente innovadora, en cambio, si se establece que la nueva localización sólo influye para adquirir la capacidad que no se tenía se toma una respuesta selectivamente innovadora.

11. En general en la **dimensión sociológica** las soluciones conservadoras significan más autoridad y planificación y las innovadoras más autonomía y ejemplaridad. Se trata de saber si el orden de repartos internacional será más **estático** o más **dinámico**.

Las respuestas indiscriminadas muestran un orden menos tenso, en tanto las selectivas intentan imponer un específico criterio de reparto.

En general las soluciones selectivas varían los caracteres de la conservación y de la innovación. Por ejemplo, si la conservación o la innovación sólo se refieren a la capacidad y no a la incapacidad, suelen incrementarse la autonomía y la ejemplaridad y en algún modo la autoridad y la planificación.

En general las soluciones indiscriminadamente conservadoras y sobre todo las que no tienen discriminación en la innovación son más internacionales, en tanto las selectivas tienen un mayor horizonte de universalidad.

12. En la **dimensión normológica** las soluciones del cambio de estatutos pueden mostrar las **influencias** entre las partes de las normas: de la determinación temporal de los puntos de conexión sobre las causas de los tipos legales, sobre los puntos de conexión y sobre lo conectado,

(7) Acerca de los diversos significados de las expresiones "análisis" y "analítico y sintético" puede v. por ej. FERRATER MORA, op. cit., t. I, págs. 146 y ss. y 151 y ss.

(8) Para considerar las soluciones de análisis y síntesis vale tener en cuenta siempre qué despliegues jurídicos se analizan y se sintetizan y, en particular, cuáles son los despliegues de los repartos (en cuanto a repartidores, recipiendarios, potencias e impotencias, formas y razones) que se analizan o se sintetizan.

o de las causas, los puntos de conexión y lo conectado en la determinación temporal del punto de conexión.

La influencia de la respuesta al cambio de estatutos sobre la causa sucede, por ejemplo, cuando la diversidad en la solución del cambio de estatutos contribuye a que los efectos del matrimonio relativos a bienes, sometidos al Derecho del primer domicilio conyugal, sean diferenciados de los efectos personales, regidos por el Derecho del domicilio conyugal actual.

La influencia de la determinación temporal sobre el punto de conexión acontece, v. gr., cuando ante el carácter insatisfactorio de la referencia al Derecho del domicilio matrimonial actual para la disolubilidad del matrimonio se establece cierto contacto con el Derecho del país en que el mismo se celebró para que indique si la causal alegada es admisible.

La influencia en lo conectado ocurrió cuando al aplicarse por tribunales occidentales a sucesiones de causantes rusos muertos con anterioridad a la Revolución Comunista el Derecho de su país se salvaron las consecuencias futuras del punto de conexión, que vinculaba con un régimen "nuevo" con el que los causantes no tenían nada que ver, petrificando indebidamente el Derecho ruso como Derecho zarista.

A su vez, como señalamos, las causas, los puntos de conexión y lo conectado influyen en el cambio de estatutos. Las dos primeras influencias se combinan de manera injusta, por ejemplo, cuando se construye defectuosamente la causa de destrozo derechos y obligaciones concernientes a la filiación "ilegítima", desconociendo la unidad del problema filiatorio de modo que lleva a someterla al Derecho del Estado en que hayan de hacerse efectivos tales derechos y obligaciones, con una constante innovación profundamente "desvaliosa".

En ciertas situaciones lo conectado influye en la respuesta al cambio de estatutos, por ejemplo si para evitar la aplicación del Derecho del domicilio actual contrario al orden público o injusto para el caso, se recurre al Derecho del domicilio anterior, como quizás debió hacerse en la especie "Gilchrist" (9).

Las soluciones plurales son más **elásticas** porque se adaptan más a los cambios de la realidad; las unitarias son más **inelásticas** porque se cierran a las variaciones de los casos.

Aunque el problema se denomina genéricamente de la "determinación temporal de los puntos de conexión", cabe precisar que cuando está resuelto normativamente se requiere interpretación, de lo contrario puede tratarse de una tarea de determinación o incluso de elaboración de una norma nueva por carencia histórica o axiológica. Un posible caso de carencia dikelógica sería el que tal vez habría que resolver cuando se precisa la aplicación de la ley del "primer" domicilio conyugal para los efectos del matrimonio relativos a bienes, sobre todo cuando el poder de los esposos está equilibrado y viven una importante dinámica espacial.

Creemos que la solución debida para el cambio de estatutos no surge por analogía de las respuestas del Derecho transitorio. La relativa sucesión de respuestas que no emerge de ningún Derecho sino del mero curso espacial de los hechos dispuesto por los particulares es significativamente diferente de la sucesión en el Derecho. El cambio del Derecho se plantea en términos de mayor razonabilidad jurídica que la mera mutación espacial de los hechos, de modo que ésta exige una "juridización" propia. Las respuestas a los cambios de estatutos han de establecerse atendiendo a

(9) V. el caso "Gilchrist, Harry Bovard" en "La Ley", t. 86, págs. 201 y ss. y en "Jurisprudencia Argentina", 1958-IV, págs. 405 y ss, con comentario de Werner GOLDSCHMIDT "Pérdida de la validez de un testamento por el cambio sobreviniente de domicilio del testador"

los **requerimientos propios**, más generales o particulares, que surgen de los casos. Para establecerlas hay que considerar los significados de las causas, de los puntos de conexión y de las variaciones de lugar producidas.

Las soluciones de los cambios de estatutos pueden constituirlos como **hechos, actos** o **negocios jurídicos**. En principio (salvo que la solución legal sea injusta) hay que evitar que se produzca fraude a la ley o a los terceros mediante la desubicación del caso, de modo que se obtenga una solución como negocio jurídico cuando el legislador ha pensado en un hecho jurídico o un acto jurídico. En nuestra materia los problemas de fraude a la ley son normalmente cuestiones de cambio ilegal, mejor dicho con fines ilegales (no necesariamente ilegítimos) de estatutos.

Las respuestas conservadoras corresponden a más **institucionalidad** y las innovadoras a más **negocialidad**. Las soluciones selectivas significan cierta "suprainstitucionalización" que agrega nuevas ideas a los criterios de solución del cambio de estatutos, pero a veces, por ejemplo cuando son favorables a la adquisición de la capacidad, agregan cierto sentido de negocialidad.

13. En la **dimensión dikelógica**, por contar con conexiones más simples las respuestas unitarias, como la aplicación lisa y llana del Derecho del domicilio actual o de la ley del primer domicilio, son más **utilitarias**; sin embargo las más complejas por tener carácter plural son a veces más **justas**. Las soluciones conservadoras muestran más adhesión al orden y a la justicia consagrada y las respuestas innovadoras significan más apego a la utilidad.

En la solución del cambio de estatutos se produce una tensión entre la justicia de **partida** y la justicia de **llegada**. Cuando la solución de llegada es considerada injusta se tiende a cambiar el punto de conexión. Esto sucedió, por ejemplo, cuando los grandes movimientos migratorios pusieron en crisis al punto de conexión nacionalidad (10).

Las soluciones plurales son más afines a la justicia dialogal y tienen más afinidad privatista; las respuestas unitarias son más monologales y poseen más referencia publicista.

Las soluciones conservadoras tienen más sentido publicista respecto de la comunidad de origen y más apego a la justicia de partida; las innovadoras poseen más significado publicista para la comunidad receptora y más referencia a la justicia de llegada. Sin embargo, las respuestas selectivas suelen cambiar estos significados y así, por ejemplo, si la conservación o la innovación son selectivas de la adquisición de capacidad hay un mayor despliegue publicista inverso y privatista y, de cierto modo, se condicionan en ese sentido las preferencias por la partida o la llegada.

Las soluciones unitarias **fraccionan** el pasado o el porvenir y el complejo real y esos cortes, por ser tales, producen seguridad jurídica. Las respuestas plurales fraccionan el complejo temporal pero **desfraccionan** el complejo real, de modo que producen seguridad en cada momento pero inseguridad en cuanto al conjunto.

Las respuestas conservadoras significan más desfraccionamiento de las influencias del pasado y más fraccionamiento de las influencias del porvenir, que es productor de seguridad sobre todo para los terceros de la anterior conexión. Las soluciones innovadoras corresponden a mayor atención a las influencias del porvenir y más fraccionamiento de las influencias del pasado, con seguridad sobre todo para los terceros de la nueva conexión y a menudo para los protagonistas que

(10) Es posible c. nuestro estudio "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en "El Derecho", t. 123, págs. 715 y ss.

deciden el cambio.

Las respuestas selectivas producen fraccionamientos que generan seguridad en el sentido que se desea favorecer. Por ejemplo: la no invocabilidad de la incapacidad frente a terceros de una nueva situación, que no pueden conocerla, fracciona el complejo real originando seguridad a favor de esos terceros.

Las soluciones unitarias son más legítimas cuando se trata de situaciones temporalmente **"críticas"**, que impiden generalizar los criterios, como por ejemplo el recurso a la "última" ley personal del causante en la sucesión, a la "última" conexión personal en la separación y disolución del matrimonio, etc. A veces la crisis se plantea con menos referencia a la realidad de los casos y atendiendo a consideraciones dikelógicas complementarias, como en el recurso a la ley del "primer" domicilio conyugal para evitar que el marido perjudique a la esposa en el régimen de bienes en el matrimonio.

En general las soluciones unitarias corresponden a una **"contracción"** de la temporalidad que debe ser especialmente fundada, sea por un compromiso en la circunstancia, para evitar el fraude y a fin de lograr seguridad, etc.

Cada tipo de solución es una manera de construir la **temporalidad internacional de la persona**, para la cual en definitiva hay que asegurar siempre la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente.

Mucho se puede discutir acerca de si la solución del cambio de estatutos debe ser repartida por los gobernantes o los interesados, si ha de hacerse con alcance general por el legislador o ha de ser elaborada por los jueces, aunque nos parece que estas cuestiones no difieren de los planteos comunes acerca de las maneras en que deben darse las respuestas del Derecho Internacional Privado.

Las soluciones plurales pueden pretender básicamente más legitimación **autónoma**, en tanto en principio las unitarias tienen que invocar más **aristocracia**. Las soluciones conservadoras corresponden a mayores pretensiones de legitimación aristocrática y las soluciones innovadoras corresponden a más legitimación autónoma. El carácter selectivo posee cierto sentido de aristocracia, pero éste puede ser atenuado por la referencia, aunque sea indirecta, a la voluntad de los protagonistas.

En cuanto a los recipiendarios de la solución del cambio de estatutos, han de respetarse los intereses legítimos de los protagonistas directos de los casos, pero a menudo también los de los terceros interesados, según sucede cuando se requiere acerca del cambio de estatutos de bienes muebles el cumplimiento de los recaudos de forma o de fondo del Derecho de la nueva situación.

Las potencias e impotencias adjudicadas en la solución del cambio de estatutos son repartideras si evitan que el desplazamiento de los casos ataque a las personas, valiéndose para lograrlo de soluciones de más libertad o protección, de garantía más sólida o de información de los terceros, etc.

Respecto de la forma del reparto, se ha de considerar la **voluntad** real o presunta de todos quienes tengan intereses legítimos, conocida en muchos casos a través de su comportamiento. La preferencia normal por el nuevo espacio es en este sentido un dato significativo.

La solución del cambio de estatutos puede ser humanista abstencionista como en principio es preferible, y aceptar el cambio producido por los protagonistas, o seguir una vía intervencionista que lo limite. Esto quiere decir que las respuestas unitarias y sobre todo las soluciones conservadoras son más intervencionistas y las respuestas plurales y las soluciones innovadoras son más abstencionistas. Como en todos los casos, el humanismo abstencionista trae especial riesgo de caer en el individualismo y como en todas las respuestas humanistas intervencionistas en éstas existe particular peligro de desvío al totalitarismo.

La respuesta al cambio de estatutos ha de resolver si la gente ha de ser más protegida contra los demás como individuos, v. gr. evitando que éstos les hagan fraude; más resguardada respecto del régimen, por ejemplo permitiéndole buscar nuevos espacios; más amparada contra sí misma, v. gr. haciéndole viable la superación de su pasado, etc.

Las soluciones plurales y las respuestas innovadoras protegen más al individuo contra el régimen, las soluciones unitarias suelen amparar al individuo frente a lo demás como dispersión y los demás y las respuestas conservadoras resguardan más al individuo respecto de sí mismo.

14. Una cuestión que ayuda a comprender la dinámica del problema y de su solución y cuya respuesta resulta muy discutible es la de la **ley aplicable a las innovaciones** mismas. Por ejemplo: acerca de qué ley se aplica al derecho a cambiar de domicilio, si la anterior o la nueva. ¿La indicación del Derecho aplicable queda contenida en la norma indirecta sujeta a las posibilidades sucesivas o se decide autónomamente?

Otro problema todavía no suficientemente estudiado es el de la **adaptación** que debe producirse entre el **Derecho declarado aplicable** y el marco en que se lo **aplica**, que puede producirse por modificaciones en lo sociológico, lo normológico y lo dikelógico y debe concluir en la **asimilación** según lo exige el valor justicia. Por ejemplo: puede tratarse de adaptación de los **repartidores**, los **recipiendarios**, los **objetos**, las **formas** y las **razones** de los repartos. En el caso ya referido de la inoponibilidad de la incapacidad a terceros, se trata de un ajuste especialmente dirigido al resguardo de los recipiendarios locales.

También interesa, como "**criptosolución**" del cambio de estatutos, la que se produce a veces con los puntos de conexión acumulativos, cuando por ejemplo a la ley del lugar de la primera publicación de una obra se le agrega como máximo o como mínimo, el Derecho del lugar donde sea reconocida la propiedad intelectual (11).

FACULTAD DE DERECHO ROSARIO

(11) En cuanto al desarrollo del cambio de estatutos en la Parte Especial de la materia, v. por ej. nuestro estudio "Filosofía de la Parte Especial del Derecho Internacional Privado" en este mismo número de "Investigación y Docencia".

FILOSOFIA DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (DEL TIEMPO DE LA LEY Y EL ESTADO NACIONAL AL TIEMPO DEL CONTRATO Y LA EMPRESA) (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

A) NOCIONES FUNDAMENTALES 25
I) La Filosofía del Derecho Internacional Privado y de su Parte Especial 25
II) El Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y su Filosofía 30

B) FILOSOFIA DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 36
I) El Derecho Internacional Privado de fondo 36
1) Las causas "elementales" 37
a) Las personas 37
a') Las personas de existencia "natural" 37
a'') Las personas y su capacidad 37
a''') Las personas y su capacidad en el espacio 37
a'''') Las personas en el espacio 37
b'''') La capacidad en el espacio 46
b''') El cambio de estatutos 49

b'') El nombre 51
a''') El nombre en el espacio 51
b''') El cambio de estatutos 53

c'') El negocio jurídico personalísimo 53
a''') El negocio jurídico personalísimo en el espacio 53
b''') El cambio de estatutos 55

d'') La protección de los incapaces 55
a''') La protección de los incapaces en el espacio 55
b''') El cambio de estatutos 58

b') Las personas de existencia "jurídica" 58
a'') Las personas de existencia "jurídica" en el espacio. Su existencia, capacidad y habilitación 58
b'') El cambio de estatutos 73

b) La forma 74
a') La forma en el espacio 74
a'') La forma en general 74
b'') Las formas especiales 78
b') El cambio de estatutos 79

c) Las propiedades 79
a') La propiedad material 81
a'') Los derechos reales en el espacio 81
b'') El cambio de estatutos 85

b') La propiedad inmaterial 86
a'') La propiedad intelectual, la patente de invención y la marca de comercio y de fábrica 86
b'') El cambio de estatutos 92

2) Las causas "relacionales" 93
a) El matrimonio 93
a') La validez y la nulidad del matrimonio 96
a'') La validez y la nulidad del matrimonio en el espacio 97
b'') El cambio de estatutos 98

b') Los efectos de la nulidad del matrimonio 99
a'') Los efectos de la nulidad del matrimonio en el espacio 99
b'') El cambio de estatutos 100

c') Los efectos del matrimonio 100
a'') Los efectos personales 101
a''') Los efectos personales en el espacio 101
b''') El cambio de estatutos 102

b'') Los efectos alimentarios 102
a''') Los efectos alimentarios en el espacio 102
b''') El cambio de estatutos 104

c'') Los efectos relativos a bienes 104
a''') Los efectos relativos a bienes en el espacio 104

b''') El cambio de estatutos 106

d') La separación y la disolución del matrimonio 107
a'') La separación y la disolución del matrimonio en el espacio 107
b'') El cambio de estatutos 109

e') El horizonte del concubinato 110
a'') El concubinato en el espacio 110
b'') El cambio de estatutos 112

b) La filiación y la patria potestad 113
a') La filiación 113
a'') La filiación matrimonial 115
a''') La filiación matrimonial en el espacio 115
b''') El cambio de estatutos 116

b'') La filiación extramatrimonial 117
a''') La filiación extramatrimonial en el espacio 117
b''') El cambio de estatutos 119

c'') La adopción 119
a''') La adopción en el espacio 119
b''') El cambio de estatutos 122

b') La patria potestad 123
a'') La patria potestad en el espacio 123
b'') El cambio de estatutos 125

c) La sucesión por causa de muerte 125
a') La sucesión en el espacio 125
b'') El cambio de estatutos 130

d) Las obligaciones 130
a') Las obligaciones que nacen de la propia voluntad 132
a'') Los contratos 132
a''') Los contratos en el espacio 132
a'''') Los contratos en general 133
b'''') Los contratos en especial 147
b''') El cambio de estatutos 150

b'') Los actos de beneficencia 151
a''') Los actos de beneficencia en el espacio 151
b''') El cambio de estatutos 151

c'') La letra de cambio y el cheque 151
a''') La letra de cambio y sus títulos afines 151
a'''') La letra de cambio y sus títulos afines en el espacio 151
b'''') El cambio de estatutos 153

b''') El cheque 153
a''''') El cheque en el espacio 153
b''''') El cambio de estatutos 154

b') Las obligaciones que nacen sin la propia voluntad 154
a'') Las obligaciones que nacen sin la propia voluntad en el espacio 154
b'') El cambio de estatutos 157

II) El Derecho Internacional Privado Negocial 158
1) La negociación en el espacio 158
2) El cambio de estatutos 159

III) El Derecho Internacional Privado Procesal en sentido amplio 159
1) La textura general del Derecho Internacional Privado Procesal 162

a) La jurisdicción jusprivatista internacional en general 163
a') La jurisdicción jusprivatista internacional en general en el espacio 163
b') El cambio de estatutos 174

b) La prueba jusprivatista internacional 175
a') La prueba jusprivatista internacional en el espacio 175
b') El cambio de estatutos 178

c) La argumentación jusprivatista internacional 178
a') La argumentación jusprivatista internacional en el espacio 178
b') El cambio de estatutos 182

d) Los aspectos procesales de la decisión jusprivatista internacional 183
a') Los aspectos procesales de la decisión jusprivatista internacional en el espacio ... 183
b') El cambio de estatutos 185

2) Los niveles del Derecho Internacional Privado Procesal 186

a) El Derecho Internacional Privado Procesal en sentido estricto 186
a') El Derecho Internacional Privado Procesal en sentido estricto en el espacio 186
b') El cambio de estatutos 187

b) El Derecho Procesal Internacional Privado 187
a') Las reglas especiales de jurisdicción jusprivatista internacional 187
a'') Las reglas especiales de jurisdicción jusprivatista internacional en el espacio ... 187
b'') El cambio de estatutos 188

b') El documento extranjero 189
a'') El documento extranjero en el espacio 189
b'') El cambio de estatutos 190

c') El auxilio judicial internacional 191
a'') El auxilio judicial internacional en el espacio 191
b'') El cambio de estatutos 193

d') El reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros 193
a'') El reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros en el espacio 193
b'') El cambio de estatutos 195

e') El reconocimiento y la ejecución de diplomas y títulos extranjeros 195
a'') El reconocimiento y la ejecución de diplomas y títulos extranjeros en el espacio 195
b'') El cambio de estatutos 198

f') Aplicación del Derecho extranjero en el proceso 198
a'') La aplicación del Derecho extranjero en el proceso en el espacio 198
b'') La problemática "móvil" 200

g') Los concursos de créditos ("quiebras") 201
a'') Los concursos en el espacio 201
b'') El cambio de estatutos 204

c) El Derecho Procesal de Extranjería 205
La condición del extranjero en el proceso 205
a') La condición del extranjero en el proceso como problema espacial 205
b') El cambio de estatutos 205

C) FILOSOFIA DE LAS MATERIAS AFINES AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 206

I) Derecho Internacional Privado Administrativo y el Derecho Administrativo Internacional 206
1) El Derecho Internacional Privado Administrativo y el Derecho Administrativo Internacional en el espacio 206
2) El cambio de estatutos 207

II) Derecho Internacional Privado Fiscal y el Derecho Fiscal Internacional 207
1) El Derecho Internacional Privado Fiscal y el Derecho Fiscal Internacional en el espacio 207
2) El cambio de estatutos 208

III) La posibilidad del Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal Internacional 208
1) La posibilidad del Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal Internacional en el espacio 208
2) El cambio de estatutos 212

D) FILOSOFIA DEL CONJUNTO DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LAS MATERIAS AFINES 213
I) El conjunto de la Parte Especial del Derecho Internacional Privado y las materias afines en la actualidad y el porvenir 213
1) El planteo "macrojurídico" de la Parte Especial y las materias afines 213
2) Las "ramas" jusprivatistas internacionales tradicionales y las nuevas 214

II) El mundo del Derecho Internacional Privado actual y su porvenir 214

A) NOCIONES FUNDAMENTALES

I) La Filosofía del Derecho Internacional Privado y de su Parte Especial

1. La Filosofía del Derecho llega a su "hora de la verdad" cuando es convocada para esclarecer las **ramas del mundo jurídico**. Muchos de los aportes que así puede brindar se refieren al Derecho Privado (1) y también, en particular, al **Derecho Internacional Privado** (2). La **teoría**

(*) A la luminosa memoria de mis padres, Lucía y Miguel, y a la de Werner Goldschmidt, más por lo que afirmó que por lo que negó. Con profunda gratitud a todos mis colaboradores en la docencia y la investigación.

(**) Profesor titular de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Privado Profundizado y director de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Pueden v. por ej. SOLARI, Gioele, "Filosofía del Derecho Privado", trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946/50; SAVIGNY, F. C., "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, 1878/79; GENY, Francisco, "Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo", 2a. ed., Reus, Madrid, 1925; "Science et Technique en droit privé positif", París, Sirey; WILHELMSSON, Thomas, "Critical Studies in Private Law - A Treatise on Need - Rational Principles in Modern Law", Dordrecht - Boston - Londres, Kluwer, 1992; asimismo CHAUMET, Mario Eugenio, "La Filosofía del Derecho Privado de Michel Villey a través de su noción de contrato", en "Investigación y Docencia", N° 13, págs. 129 y ss.; NICOLAU, Noemí Lidia, "Los maestros de la Filosofía del Derecho Privado en el pensamiento de dos civilistas: Colmo y Salvat", en "Investigación ..." cit., N° 13, págs. 147 y ss.; SOTO, Alfredo Mario, "Notas trialistas sobre la Filosofía del Derecho Privado en François Gény", en "Investigación ..." cit., N° 13, págs. 161 y ss. También es posible considerar nuestros artículos "Filosofía del Derecho Privado", en "Investigación ..." cit., N°

trialista del mundo jurídico , que utilizamos en este trabajo, ha servido ya de base para numerosas contribuciones a la Filosofía del Derecho Privado y a la **Filosofía del Derecho Internacional Privado**, evidenciando la inmensa riqueza de sus perspectivas (3).

Hace ya cerca de medio siglo el propio Werner Goldschmidt, padre de la teoría trialista del mundo jurídico y eximio maestro de la Filosofía del Derecho Internacional Privado y de la Filosofía del Derecho en general, escribía "El Derecho Internacional Privado ha atraído siempre mentalidades

11, págs. 13 y ss.; "Perspectivas filosófico históricas del Derecho Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 11, págs. 19 y ss.; "Derecho Público y Derecho Privado", en "La Ley", t. 1979-D, págs. 956 y ss.; "Las teorías acerca de la interpretación, su dinámica histórica y el lugar del Derecho Privado", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 20, págs. 83 y ss.; "Privatización y Derecho Privado", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 119 y ss.; "Notas para la comprensión axiológica del subsistema del Derecho Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 11, págs. 29 y ss.; "La Filosofía del Derecho Privado en la Revolución Francesa", en "Investigación ..." cit., Nº 13, págs. 111 y ss.; "Significados del Derecho Privado en la integración", en "Investigación ..." cit., Nº 20, págs. 91 y ss.; "La Filosofía del Derecho Privado en el tomo 35 de los "Archives de Philosophie du Droit", en "Boletín ..." cit., Nº 15, págs. 104/105; "Iniciación de actividades de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado", en "Boletín ..." cit., Nº 16, págs. 19 y ss.; "Palabras iniciales en la Jornada "Grandes Maestros de la Filosofía del Derecho Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 13, págs. 105/106; "Werner Goldschmidt, la "liberación" y la integración de la Filosofía del Derecho Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 13, págs. 123 y ss.; "Bases para la filosofía de la división "pentárquica" del Derecho Civil", en "Investigación ..." cit., Nº 9, págs. 17 y ss.; "El porvenir del Derecho Civil y los modelos político-jurídicos", en "Boletín ..." cit., Nº 15, págs. 44/45; "Una nota de Teoría General del Derecho: comparación entre el Derecho Civil y el Derecho Penal por la noción de delito", en "Boletín ..." cit., Nº 16, págs. 53 y ss.; "Meditaciones axiológicas del Derecho Civil de nuestro tiempo", en "Investigación ..." cit., Nº 21, págs. 25 y ss.; "Comprensión jurística de la persona", en "El Derecho", t. 142, págs. 946 y ss.; "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la Filosofía del Derecho Privado)", en "El Derecho", t. 159, págs. 1022 y ss.; "Il Diritto e la protezione della persona (una introduzione allo studio del Diritto)", en "Investigación ..." cit., Nº 22, págs. 31 y ss.; "El ordenamiento jurídico y la protección de la persona", en "Investigación ..." cit., Nº 24, págs. 41 y ss.; "Tensiones en la condición de los menores (La identidad, entre pasado y porvenir - Las cuestiones vitales y la vida cotidiana - Los derechos políticos y la incapacidad de Derecho Privado)", en "Investigación ..." cit., Nº 24, págs. 57 y ss.; "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, Nº 12, 2a. época, págs. 117 y ss.; "Comprensión jusfilosófica de las fundaciones", en "Investigación ..." cit., Nº 13, págs. 5 y ss.; "Meditaciones acerca de las fuentes de las obligaciones", en "El Derecho", t. 102, págs. 996 y ss.; "Significados jusfilosóficos de los contratos", en "Investigación ..." cit., Nº 10, págs. 33 y ss.; "Bases para la comprensión axiológica de la "tipología contractual", en "El Derecho", t. 139, págs. 873 y ss.; "La responsabilidad por daños desde la Filosofía del Derecho", en "Derecho de daños", Bs. As., La Rocca, 1989, págs. 317 y ss.; "Meditaciones filosófico históricas sobre las cosas", en "Revista de Ciencias Sociales", Nº 22, págs. 101 y ss.; "Notas sobre la presencia de la cosa en el sistema jurídico argentino", en "Investigación ..." cit., Nº 7, págs. 55/56; "Aportes para la comprensión de los plazos de prescripción del Código Civil", en "El Derecho", t. 144, págs. 899 y ss.; "Meditaciones filosófico históricas sobre la ubicación y el cuadro de los derechos reales", en "El Derecho", t. 100, págs. 886 y ss.; "Meditaciones filosófico históricas acerca de los modos de adquirir el dominio", en "Juris", t. 69, págs. 219 y ss.; "Valores de la propiedad "inmaterial"", en "Investigación ..." cit., Nº 20, págs. 109/110; "Comprensión jusfilosófica del patrimonio", en "Jurisprudencia Argentina", t. 1991-I, págs. 849 y ss.; "Bases para la comprensión jusfilosófica del Derecho de Familia", en "Investigación ..." cit., Nº 17, págs. 17 y ss.; "Meditaciones filosófico jurídicas acerca de la filiación", en "Juris", t. 54, págs. D 21 y ss.; "Comprensión trialista del Derecho de Familia", en "Investigación ..." cit., Nº 23, págs. 11 y ss.; "Desvalores que afectan a la familia en nuestro tiempo", en "Revista del Profesional - Acción Católica Argentina", Nº 17, págs. 28 y ss.; "Notas para la caracterización axiológica de las sociedades comerciales", en "Boletín ..." cit., Nº 14, pág. 24; "Comprensión jusfilosófica de la persona y la empresa", en "Investigación ..." cit., Nº 24, págs. 29 y ss.

Para desenmascarar ciertas "desinterpretaciones" en gran medida **malintencionadas** vale repetir que la Filosofía del Derecho Privado no niega la Filosofía del Derecho Público ni la Filosofía del Derecho, es sólo una perspectiva plenamente legítima y muy fructífera, para penetrar en la Filosofía del Derecho.

La Filosofía del Derecho Privado es una perspectiva de significación para establecer la relación legítima entre Derecho y Economía (en relación con el tema v. el reciente artículo de HIRSCH, Werner Z. - CHOI, Unghwan, "Law and Economics: an Overview and Analysis", en "Research in Law and Policy Studies", Vol. 3, págs. 3 y ss.; asimismo vale tener en cuenta, por ej., el tomo 37 de los "Archives de Philosophie du Droit" y MERCADO PACHECO, Pedro, "El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994).

En el horizonte histórico de la Filosofía del Derecho Privado v. por ej. ARIES, Philippe - DUBY, Georges (directores), "Historia de la vida privada", trad. Francisco Pérez Gutiérrez y otros, eds. vs., Madrid, Taurus.

(2) Es posible c. v. gr. GOLDSCHMIDT, Werner, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a. ed., Bs. As., EJEA, 1952/54; "Estudios Jusprivatistas Internacionales", Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 1969; "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988; BATIFFOL, Henri, "Aspects Philosophiques du Droit International Privé", París,

filosóficas en grado considerable. Nombramos de tiempos algo atrás a SAVIGNY, MANCINI, von BAR, ZITELMANN; y de tiempos modernos a FRANKENSTEIN y COOK." (4). Agregaba que con la iluminación de las bases filosóficas subyacentes al Derecho Internacional Privado "... se

Dalloz, 1956; asimismo BRILMAYER, Lea, "Conflict of Laws - Foundations and Future Directions", Boston - Toronto - Londres, Little, Brown and Company, 1991. También pueden tenerse en consideración por ej. nuestros "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado" (con colaboración), Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978; "El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico", Rosario, 1965; "Savigny y el Derecho Internacional Privado", en "Revista de Ciencias ..." cit., Nº 14, págs. 755 y ss.; "Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en "Jurisprudencia ..." cit., t. 1994-I, págs. 878 y ss.; "Comprensión, sentido y ubicación cultural del Derecho Internacional privado", en "Boletín ..." cit., Nº10, págs. 9 y ss.; "El Derecho Comparado y su relación con el Derecho Internacional Privado", en "Boletín ..." cit., Nº 10, págs. 15 y ss.; "Reflexiones sobre las fuentes del Derecho Internacional Privado", en "Boletín ..." cit., Nº 10, págs. 35 y ss.; "Filosofía de la historia de las fuentes del Derecho Internacional Privado", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 63/64; "Coactividad en el Derecho Internacional Privado "conflictual"", en "Boletín ..." cit., Nº 14, págs. 9 y ss.; "Engarce histórico del Derecho Internacional Privado", en "Boletín ..." cit., Nº 17, págs. 17 y ss.; "Meditación sobre la crisis del Derecho Internacional Privado", en "Boletín ..." cit., Nº 18, págs. 25 y ss.; "La Filosofía y el Derecho Internacional Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 2, págs. 5 y ss.; "Derecho Internacional Privado y régimen económico", en "Boletín ..." cit., Nº 15, págs. 29/30; "El Derecho Internacional Privado y su complejidad pura", en "Investigación ..." cit., Nº 3, págs. 3 y ss.; "El Derecho Internacional Privado, su humanismo y su función histórica en las postrimerías del siglo XX", en "Investigación ..." cit., Nº 6, págs. 61 y ss.; "Horizontes del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en "Boletín ..." cit., Nº 21, págs. 31 y ss.; "El Derecho Internacional Privado y sus soportes culturales", en "Investigación ..." cit., Nº 7, págs. 49 y ss.; "Afinidades entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 11, págs. 3 y ss.; "Comprensión histórica de las teorías sobre el objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado", en "Boletín ...", cit., Nº 6, págs. 69 y ss.; "Comprensión filosófica del "lugar" del Derecho Internacional Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 12, págs. 21 y ss.; "El monólogo y el diálogo axiológicos y el Derecho Internacional Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 16, págs. 15 y ss.; "Henri Batiffol y la fundamentación de la Filosofía del Derecho Internacional Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 13, págs. 107 y ss.; "Significados jusfilosóficos del Derecho Internacional Privado y sus problemas generales", en "Investigación ..." cit., Nº 11, págs. 57 y ss.; "Notas para una comprensión "dialéctica" de los tipos legales iusprivatistas internacionales", en "Investigación ..." cit., Nº 1, págs. 7 y ss.; "Los "puntos de conexión", el espacio jurídico y el puesto del hombre en el cosmos", en "Boletín ..." cit., Nº 9, págs. 9 y ss.; "Jerarquización y equivalencia de los puntos de conexión", en "Investigación ..." cit., Nº 3, págs. 9 y ss.; "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.; "Notas sobre ideas políticas y puntos de conexión", en "Boletín ..." cit., Nº 7, págs. 77 y ss.; "Meditaciones trialistas sobre el orden público", en "Jurisprudencia ..." cit., t. 1977-II, págs. 711 y ss.; "El "saneamiento" de orden público en el Derecho Internacional Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 8, págs. 13 y ss.; "Filosofía del orden público en la postmodernidad", en "Boletín ..." cit., Nº 21, págs. 24 y ss.; "Notas para la fundamentación de la Parte Especial del Derecho Internacional Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 6, págs. 87 y ss.; "Los perfiles de la persona en el Derecho Internacional Privado argentino", en "Investigación ..." cit., Nº 7, págs. 49 y ss.; "Los significados de la residencia habitual y el domicilio del menor", en "Boletín ..." cit., Nº 7, págs. 107 y ss.; "Aspectos filosóficos del régimen iusprivatista internacional de las sociedades comerciales", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 23 y ss.; "Filosofía del Derecho Internacional Privado de las Obligaciones", en "Boletín ..." cit., Nº6, págs. 9 y ss.; "Notas jusfilosóficas para la comprensión del transporte en el Mercosur", en "Derecho de la Integración", Nº 3, págs. 273 y ss.; "Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado argentino acerca de la validez del matrimonio", en "Revista Española de Derecho Internacional", XXXIII, págs. 573 y ss.; "Nuevo Derecho Internacional Privado matrimonial de fuente interna", en "Juris", t. 8, págs. 364 y ss.; "Perspectiva filosófica del Derecho Internacional Privado acerca de la titularidad del derecho de autor en las relaciones entre el autor de la obra de arte y el propietario de su soporte y entre el autor, quien encarga su obra y quien paga su salario", en "Boletín ..." cit., Nº 19, págs. 97 y ss.; "La filiación de referencia biológica en Derecho Internacional Privado - La filiación extramatrimonial - Las nuevas posibilidades de la ingeniería genética", en "Investigación ..." cit., Nº 11, págs. 37 y ss.; "Notas para la comprensión jusfilosófica de la protección internacional de la propiedad intelectual", en "Investigación ..." cit., Nº 2, págs. 21 y ss.; "Comprensión básica del régimen iusprivatista internacional de la letra de cambio", en "Boletín ..." cit,, Nº 12, págs. 13 y ss.; "La indexación en el Derecho Internacional Privado argentino y comparado", en "El Derecho", t. 69, págs. 861 y ss.; "Comprensión jusfilosófica del Derecho extranjero en el Derecho Internacional Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 12, págs. 21 y ss.; "Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Justicial Internacional Privado", en "Doctrina Jurídica", 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972; "Nuevas reflexiones sobre Derecho Justicial Internacional Privado", en "El Derecho", t. 48, págs. 823 y ss.; "Lugar de la admisión de las sentencias extranjeras en el Derecho Internacional Privado", en "Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas", Nº 43/45, págs. 95 y ss.; "Reconocimiento y ejecutoriedad de diplomas y títulos extranjeros", en "El Derecho", t. 62, págs. 771 y ss.; "El anteproyecto actualizado del Código de Derecho Internacional Privado y la Filosofía del Derecho Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 18, págs. 13 y ss.
En relación con el tema, puede v. además por ej. NORTH, Peter M., "Reform, but not Revolution", en "Recueil des Cours"

presta a la vez un servicio a la Filosofía Jurídica, puesto que una de sus metas esenciales debiera consistir en poner en evidencia las relaciones entre el Derecho Positivo y sus problemas, por una vertiente, y las interrogantes iusfilosóficas, por la otra." (5).

2. El Derecho Internacional Privado de este tiempo, enfrentado a la necesidad de adoptar decisiones sumamente complejas, en las que se entrelazan exigencias valorativas sobre todo de justicia y utilidad que han de resolverse de manera integrada, requiere con carácter especialmente imprescindible los aportes de la Filosofía, en particular de la Filosofía del Derecho y de su desarrollo trialista. Para decidir con plena lucidez en temas vitalmente tan complicados como los de la admisión o el rechazo de las personas de existencia jurídica extranjeras, la propiedad inmaterial en su despliegue internacional, las obligaciones internacionales, los concursos internacionales, etc., se deben reconocer los despliegues **sociológicos**, **normológicos** y **dikelógicos** en juego como los descubre la teoría trialista del mundo jurídico.

3. Cada vez es menos posible llegar a soluciones jusprivatistas internacionales legítimas vistas con un contraste nítido, "en blanco y negro", que permita usar simples criterios generales orientadores. El complejo mundo del Derecho Internacional Privado en que vivimos, en el que tenemos que diferenciar los matices de lo valioso y lo "desvalioso" para producir **valoraciones completas**, exige reconocer en concreto los alcances de los **repartos** (con sus repartidores, recipiendarios, objetos, forma y razones) y las proyecciones de su **orden**: los significados de las **normas** y de su **ordenamiento** y los despliegues de **valor** en juego, a fin de llegar a la compleja realización de la **justicia** y de la **convivencia** plena. Nada de eso puede hacerse sin el auxilio de la Filosofía en general y de las enseñanzas trialistas en particular.

4. La Filosofía del Derecho Internacional Privado, apoyada en la Filosofía del Derecho Privado e incluso en la Filosofía del Derecho Internacional y en mucho en la Filosofía del Derecho todo, sirve a su vez no sólo para comprender acabadamente la materia específica del **Derecho Internacional Privado**, sino para comprender mejor al **Derecho Privado**, al **Derecho Internacional** y al **Derecho en general**.

Es más, la Filosofía del Derecho Internacional Privado posee alto valor **trascendente**, que

de la Académie de Droit International, t. 220. (1990-I), págs. 9 y ss.
Vale recordar que el IX Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y III Congreso Argentino de Derecho Internacional realizado en San Miguel de Tucumán en 1987 resolvió: **"1) Recomendar que en la enseñanza del Derecho Internacional Privado se destaquen las ... relaciones entre éste y la Filosofía; particularmente en cuanto la actitud de respeto por los valores culturales ajenos implica tanto una solución de problemas jurídicos singulares como un proyecto de vida. 2) Recomendar que en dicha enseñanza, la correspondencia entre las "causas" y los puntos de conexión sea utilizada para demostrar que el conjunto de normas especiales de un Derecho Internacional Privado determinado, más que un catálogo de soluciones particulares puede constituir la respuesta elaborada con el fin de hacer efectivos, en cada caso, los propósitos que inspiran la formulación de la finalidad de la disciplina".** Asimismo el mencionado Congreso resolvió **"Expresar su apoyo a la enseñanza de cuarto nivel del Derecho Internacional Privado, manifestando su anhelo que las universidades argentinas implementen licenciaturas o doctorados en concernencia"**

(3) Acerca del trialismo pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, "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, 1982/84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/94.

(4) GOLDSCHMIDT, "Sistema ..." cit., t. I, 1952, pág. VII.

(5) id., pág. VIII.

alcanza a la comprensión de la **vida** y el **mundo** en general. El Derecho Internacional Privado clásico se constituye con soluciones extraterritorialistas y con el método indirecto, basados en el respeto al elemento extranjero, y en base a él se aprende a respetar a todos los que son **distintos**. Por los "poros" interhumanos que deja el respeto, que alcanza nítida expresión en el fenómeno jusprivatista internacional, se resguarda la vida vieja y se abre camino la **vida nueva**.

Aunque se imagine que el Derecho Internacional Privado se extinga, porque la uniformación y la masificación de los hombres lleguen a un nivel que excluya la necesidad del respeto, su Filosofía sería siempre un camino para comprender mejor muchos aspectos de la profundidad de la vida y del mundo y, en definitiva, para la Filosofía toda. La mera posibilidad de la diversidad vale, aunque sea por contraste, para comprender la propia uniformación y la masificación.

5. La profundidad de la **Filosofía** es tan importante para el desarrollo del Derecho Internacional Privado que es difícil imaginar un despliegue relevante del mismo en una época de decadencia de la actividad filosófica como el tiempo actual, de la llamada **postmodernidad** (6).

Un hombre que no se abre a la Filosofía difícilmente puede comprender el hondo significado del respeto que consagra el Derecho Internacional Privado clásico. Sin la apertura de la pregunta que requiere la verdadera Filosofía se pierde a menudo la noción de la importancia de la diversidad. Ahora suele confundirse el respeto con la mera exclusión de la intromisión violenta, sin reconocer, por ejemplo, la intromisión igualadora que, sin violencia, mejor dicho sin violencia física, avasalla todas las diferencias profundas.

Hoy vivimos un tiempo de maravillas técnicas, en una época que ha dejado de ser la edad de la ciencia para convertirse en **edad de la técnica** y si bien comprendemos que el Derecho Internacional Privado y el Derecho todo de la edad de la técnica tienen que ser diversos que los de los días más luminosos para la ciencia y la Filosofía, creemos que a fin de evitar perjuicios a la condición humana hay que comprender y reorientar **científica** y **filosóficamente** al Derecho de la nueva época.

(6) Es posible v. por ej. nuestros artículos "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en "Boletín ..." cit., N° 19, págs. 9 y ss., "La tensión entre la naturaleza y la cultura en la juridicidad de nuestro tiempo", en "Boletín ..." cit., N° 21, págs. 69 y ss.; también el que redactamos en colaboración con Mario E. CHAUMET "Perspectivas jurídicas "dialécticas" de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación ..." cit., N°21, págs. 67 y ss. Para comprender mejor el tiempo superficialmente fracturado y profundamente universalizado por el reinado de la utilidad, que caracteriza a la postmodernidad, vale tener en cuenta por ejemplo que, refiriéndose a la sociedad civil, ya Hegel dijo: "La persona concreta, que es para sí como un fin **particular**, en cuanto totalidad de necesidades y mezcla de necesidad natural y de arbitrio, es uno de los **fundamentos** de la Sociedad Civil; pero la persona particular en cuanto sustancialmente en relación con otra igual individualidad, de suerte que cada una se hace valer y se satisface mediante la otra y al mismo tiempo simplemente mediatizada, gracias a la forma de la **universalidad**, constituye el otro principio." (HEGEL, Guillermo Federico, "Filosofía del Derecho", trad. Francisco Messineo - Dra. Angélica Mendoza de Montero, 3a. ed., Bs. As., Claridad, 1937, pág. 171, párrafo 182). Desde una perspectiva muy diversa Saint-Simon decía "Todos los pueblos de la tierra tienden hacia el mismo fin; este fin hacia el cual tienden es el de pasar desde el régimen **gubernamental**, FEUDAL y MILITAR, al régimen **administrativo**, INDUSTRIAL y PACIFICO; dicho de otra forma: a desembarazarse de las instituciones cuya utilidad no es más que **indirecta**, para establecer aquellas que sirvan **directamente** al bien común, las cuales siempre redundarán en provecho de la mayoría contra los intereses particulares." (SAINT-SIMON, "Catecismo político de los industriales", trad. Luis David de los Arcos, 2a. ed. en B. I. F., Bs. As., Aguilar, 1964, págs. 134/5). Herbert Marcuse afirmó "El aparato productivo, y los bienes y servicios que produce, "venden" o imponen el sistema social como un todo. Los medios de transporte y comunicación de masas, los bienes de vivienda, alimentación y vestuario, el irresistible rendimiento de la industria de las diversiones y de la información, llevan consigo hábitos y actitudes prescritas, ciertas reacciones emocionales e intelectuales que vinculan de forma más o menos agradable los consumidores a los productores y, a través de éstos, a la totalidad. Los productos adoctrinan y manipulan; promueven una falsa conciencia inmune a su falsedad. ... Así surge el modelo de **pensamiento y conducta** unidimensional en el que ideas, aspiraciones y objetivos, que

Tal vez la **"astucia histórica"** del mundo al fin cerrado de la postmodernidad, tendiente a rechazar de plano los planteos filosóficos para mantenerse sin cuestionamiento alguno, sólo sea comparable a la astucia histórica del rechazo que de ellos hizo el mundo cerrado de la primera medievalidad. Sin embargo, en uno y otro caso los planteos filosóficos han seguido y siguen siendo imprescindibles para la realización de los valores de verdad, justicia, humanidad, etc. que corresponden a la condición humana.

Si hoy no contamos con planteos filosóficos, no sólo generales sino referidos al Derecho y a sus ramas, quedaremos prisioneros de las **limitaciones** del positivismo y de la postmodernidad. En general vale tener en cuenta que si la técnica devorara a la ciencia y la Filosofía, sea por impulso de Occidente o de otra de las culturas que se van apropiando del gran desarrollo técnico que éste engendró, se habrían generado las condiciones de la propia negación de Occidente y se habría cerrado en parte la quizás suprema maravilla de la apertura de la mente humana.

Cabe esperar que ahora, como en la Edad Media e incluso más que en la Edad Media, se produzca un **resurgimiento** de la Filosofía, pero éste sólo tendrá la vitalidad necesaria si alcanza a las manifestaciones concretas de la vida, como son las **ramas** del Derecho. La Filosofía del Derecho Internacional Privado tiene mucho que aportar al respecto.

Los significados de la vida, del Derecho en general y del Derecho Internacional Privado en especial son **infinitos** y sólo parcialmente abordables, pero tratar de **comprenderlos** es una vía importante para poder **enriquecerlos** y para hacer los aportes debidos a la **dignidad humana**.

6. Si mucho es lo que se obtiene al considerar filosóficamente la Parte General del Derecho Internacional Privado, también es mucho lo que se esclarece al abordar de manera filosófica la **Parte Especial** de esta materia.

La Parte Especial del Derecho Internacional Privado clásico requiere la consideración particular de las **"causas"** jusprivatistas internacionales y de sus **soluciones de elección** del Derecho aplicable. Entre las causas y los puntos de conexión con que se elige el Derecho aplicable hay un profundo esclarecimiento recíproco.

Como en todas las normas, en las del Derecho Internacional Privado clásico se requiere que haya **correspondencia** por afinidad o por atracción y no mera yuxtaposición entre los antecedentes y las consecuencias, sobre todo entre las causas y los puntos de conexión (7).

Con prescindencia de lo que surja de los Derechos aplicables, las decisiones que se adoptan al elegirlos son **constitutivas**, desde lo internacional, de **maneras diversas de la vida** y a su vez **expresan** distintas **concepciones** respecto de ésta.

trascienden por su contenido el universo establecido del discurso y la acción, son rechazados o reducidos a los términos de este universo." (MARCUSE, Herbert, "El hombre unidimensional", trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968, pág. 42). V. asimismo por ej. VATTIMO, G. y otros (rec.), "En torno a la posmodernidad", Bogotá, Siglo del Hombre, 1994; PICO, Josep (comp.), "Modernidad y postmodernidad", trad. Francisca Pérez Carreño y otros, 1a. reimp., Madrid, Alianza, 1992; BEST, Steven - KELLNER, Douglas, "Postmodern Theory. Critical Interrogations", Nueva York, Guilford, 1991; JAMESON, Frederic, "El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado", trad. Pardo Torio, 1a. reimp. en Argentina, Bs. As., Paidós, 1992; KLAPPENBACH, Augusto, "Etica y posmodernidad", Universidad de Alcalá de Henares, 1990; MALIANDI, Ricardo, "Dejar la Posmodernidad. La ética frente al irracionalismo actual", Bs. As., Almagesto, 1993; también puede v. por ej. SEBRELI, Juan José, "El asedio a la modernidad", 5a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1992.

(7) Puede c. nuestro artículo "Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión", en "Juris", t. 80, págs. 298 y ss.

7. Pese a la gran importancia de la honda comprensión de los problemas y de las soluciones del Derecho Internacional Privado, es relevante tener en consideración que en la época de la postmodernidad nuestra materia, como el conjunto del Derecho, resulta relativamente **"difusa"** e incluso **"confusa"**.

El caracter difuso e incluso confuso del Derecho Internacional Privado de estos días se manifiesta ya en algunas **causas**, por ejemplo, cuando los problemas resultan interpenetrados, segun sucede v. gr. porque al hilo de la negocialidad se debilitan las fronteras entre los efectos del matrimonio o entre éstos y los contratos y cuando diversas causas personales y familiares van entrando en crisis por el desarrollo de las posibilidades de la biotecnología.

Sin embargo, el sentido difuso y confuso se evidencia todavía más en los **puntos de conexión** y en la **vinculación** entre causas y puntos de conexión. En los **puntos de conexión** la difusión y la confusión aparecen en especial porque las condiciones de relativa **"ubicuidad"** permitidas por la tecnología ponen en crisis el carácter "puntual" de muchos de ellos, como el domicilio de las personas de existencia natural y de las personas de existencia jurídica, el lugar de celebración o el lugar de cumplimiento. ¿En qué grado pueden "puntualizarse" en determinados lugares las conexiones cuando un mercado crecientemente sin límites, la común lengua inglesa, los medios de comunicación y la informática, el uso generalizado del dólar e incluso de las transferencias electrónicas casi borran las determinaciones espaciales o hacen posibles determinaciones múltiples? En nuestro tiempo de relativa culminación de la **"mundialización"** (8) se habla, además del espacio físico, del **"espacio informático"** donde se superan las fronteras (9).

(8) La mundialización actual comenzó a hacerse notoria ya en el siglo XVI, pero ahora ha alcanzado un nivel quizás antes inimaginable (puede v. por ej. CLAVAL, Paul, "Espacio y poder", trad. Hugo Martínez Moctezuma, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, págs. 208 y ss). La postmodernidad es en muchos aspectos la culminación de la modernidad. Quizás adelantando un poco los fenómenos, que al principio fueron de mero colonialismo y no de **mundialización**, al comienzo de su labor Marx y Engels indicaron reiteradamente que "La gran industria ha creado el mercado mundial, ya preparado por el descubrimiento de América" (MARX, Karl (-ENGELS, Federico), "El Manifiesto Comunista", en "El Manifiesto Comunista y otros ensayos" (rec.), trad. Ed. Progreso, Madrid, SARPE, 1985, pág. 29). Luego del fracaso de 1848, el propio Marx comprendería que, en ese momento, había incurrido en una simplificación (Acerca de la importancia de las relaciones económicas de producción cabe recordar las expresiones de Marx, por ejemplo, en su "Crítica de la Economía Política", c. v.gr., en el propio volumen recién mencionado, "Prólogo de la contribución a la crítica de la economía política", págs. 214 y ss.).

Defendiendo la **privacidad** en el sentido manejado en esa obra, que difiere en parte del de este estudio, Georges Duby concluye el prólogo a la "Historia de la vida privada" indicando que el fulgurante progreso de las técnicas, al tiempo que arruina los últimos reductos de la vida privada, está desarrollando unas formas de control estatal que, si no nos prevenimos frente a ellas, reducirán muy pronto al individuo a no ser más que un número sumido en un inmenso y terrorífico banco de datos (ARIES - DUBY, op. cit., 4a. reimp., t. I, 1994, pág. 11). A nuestro parecer el peligro mayor no está en la confusión por publicización sino en la confusión por privatización. Parece que por el momento más que temer al poder técnico del Estado en decadencia hay que temer al poder técnico de la empresas. La publicización y la privatización radicales son negaciones de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.

(9) Haciéndose eco de ideas del novelista William Gibson, Horacio H. Godoy ha caracterizado el **espacio informático** diciendo que "Las dos notas fundamentales del espacio informático son: en primer lugar, la escala global: el espacio informático llega tan lejos como llegan las redes de transmisión de datos. En segundo lugar, la velocidad de la transmisión de datos se realiza en tiempo real." (GODOY, Horacio H., "El espacio informático", ponencia presentada al IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, San Carlos de Bariloche, 16 al 20 de mayo de 1994; también v. por ej. "El reencuentro de la ética con la ciencia y la tecnología en las puertas del siglo XXI", presentación en el acto de inauguración del Centro Nacional de Etica, Ciencia y Tecnología, Secretaría de Ciencia y Tecnología, llevado a cabo el 22/XI/1993; asimismo puede c. v.gr. ORZABAL, Josefina, "Derecho de la Informática", en "Boletin ..." cit., Nº 21, pág. 103).

En relación con la discusión respecto de la **cultura eurocéntrica** y su supervivencia o finalización puede v. por ej. el reciente estudio de GARE, Arran E., "Understanding Oriental Cultures", en "Philosophy East & West", vol. 45, nº julio de 1995, págs. 309 y ss. Respecto de los alcances del mercado, las variedades de capitalismo y las tensiones de éste en

En un sentido distinto del tradicional puede decirse que incluso se ha alcanzado la conversión de los lugares en "utopías". El hombre "encadenado" a su automóvil por un cinturón de seguridad cuyo uso se le impone, según se afirma, para que su accidente no cause molestias y gastos al conjunto social, es un símbolo de su atadura al sistema económico total.

En la **vinculación** entre causas y puntos de conexión la difusión y la confusión surgen en grado tal que se busca demasiado a menudo el Derecho más relacionado con cada caso en concreto y se confía con gran frecuencia en la decisión de la autonomía conflictual de las partes.

8. Ya fuera del interés central de este trabajo, pero esclareciendo su estudio, vale señalar que el carácter difuso e incluso confuso del Derecho Internacional Privado postmoderno se expresa asimismo en los **sentidos generales de las soluciones** buscadas y en las **fuentes**.

En los **sentidos generales** la difusión y la confusión aparecen de modo que, por una parte, se difunde la autonomía material de las partes excluyendo los Derechos aplicables y, por la otra, el orden público suele perder su clásica referencia local "invirtiéndose", de cierta manera, en tratados internacionales que le dan alcance general.

En el campo de las **fuentes** se aprecia que van perdiendo la tradicional nitidez última, de algunos tratados, leyes y sentencias, para constituirse en una red de tratados, leyes, "lex mercatoria", contratos, sentencias y laudos a menudo con ámbitos de aplicación insuficientemente diferenciados. Las valiosas obras codificadoras de la materia que se producen en distintos países no alcanzan a evitar que el panorama se parezca al de los comienzos de la modernidad (10).

9. La constitución del "**sistema jurídico**" en su conjunto va cambiando de manera evidente. A semejanza con lo que ocurrió en épocas anteriores a la Codificación, en tiempos medievales y modernos, el Derecho de esta época tiene un despliegue de **Derecho Común**, donde están sentadas las bases del sistema capitalista y hay cierto sentido de los derechos humanos, y manifestaciones **particulares**. Quizás pueda decirse que sobre un zócalo de Derecho Privado Universal más o menos evidente se desarrollan el Derecho Internacional Privado, el Derecho Privado Internacional e incluso el Derecho Privado de la Integración que, como todo el Derecho de la Integración, suele ser un fortalecimiento "paranacional" de la internacionalidad en un ámbito espacial, frecuentemente encaminado a rechazar cierto tipo de universalismo o a preparar la universalidad.

La diversidad de superficie y la uniformidad utilitaria se muestran de manera notoria en las dos grandes fuerzas del Occidente postmoderno: en la **Unión Europea**, donde incluso estallan los regionalismos, pero la integración económica une a países diversos como Francia, Alemania,

relación con su difusión en el mundo v. por ej. los interesantes trabajos publicados en "Dossier Europa", diciembre de 1991, "Il mercato e le sue regole".

(10) Por ejemplo, una de las tareas que requiere con urgencia el Derecho Internacional Privado argentino es la de construir su "sistema" parcial brindando plena coherencia a sus "subsistemas", sobre todo en cuanto a las fuentes convencionales. V. gr. acerca de la reciente legislación italiana pueden c., por ej., nuestros estudios "Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado - Ley 218 del 31/5/95", en "Jurisprudencia ..." cit., 1995-IV, págs. 891 y ss. y "La reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado, un avance significativo para la construccion de la internacionalidad", en "Derecho de la Integración", Nº 2, págs. 9 y ss. También pueden v. por ej. FRANCESCHELLI, Vincenzo, en colaboración con CIANCARELLA, Angelo, "Il nuovo Diritto Internazionale Privato", Milán, Il Sole 24 Ore, 1995; SOTO, Alfredo Mario, "El nuevo derecho internacional privado italiano de fuente interna", en "El Derecho - Temas de Derecho Internacional", 14/XI/1995. Uno de los caracteres valiosos de un régimen es la posibilidad de situarse **al margen** o **fuera** de él. De aquí parte de la significación del Derecho Internacional Privado, que reconoce a los "marginales" elementos extranjeros, y uno de los peligros de la mundialización. La garantía última de la posibilidad de salir del régimen es el derecho al suicidio.

Italia, Bélgica, Inglaterra, España o Portugal y en los **Estados Unidos de América**, país "continente" donde en la superficie difieren significativamente culturas distintas como las que expresan Boston, Nueva York, Houston, Miami, San Francisco, Los Angeles o Las Vegas mas al fin se desenvuelve una destacada unidad económica (11). El desarrollo de un mercado interbloques y en mucho mundial evidencia la existencia de un zócalo de reglas jurídicas que supera todas esas diversidades.

Específicamente en cuanto a nuestra materia hay que tener en cuenta que junto al Derecho Internacional Privado clásico o **"nuclear"** se desenvuelve el Derecho Internacional Privado en sentido **"marginal"**, con contenidos de Derecho Privado Internacional, de Derecho Privado de la Integración, etc. y sentidos de uniformación y unificación.

10. Como ya señalamos, el **Derecho** en su conjunto suele desenvolverse con sentidos difusos. En la **dimensión sociológica** cada vez más se trata del desarrollo de las distribuciones por influencias humanas difusas de un sistema y no de repartos por conducción de personas determinadas (12). En la **dimensión normológica** todas las fuentes y su funcionamiento se manifiestan de modos difusos. Se desdibujan las fronteras entre constitución, tratado, ley, decreto, sentencia, acto administrativo, contrato, etc. La interpretación, la determinación, la elaboración y la aplicación de las normas se hacen difusas, esfumándose la individualidad de los protagonistas, en términos semejantes a lo señalado en la teoría kelseniana. En la **dimensión dikelógica** el carácter difuso se expresa por ejemplo en el relativismo, en la mezcla entre justicia y utilidad y en el consensualismo pactista que diluye la responsabilidad.

El Derecho necesita ineludiblemente de la economía; quien no sabe Economía, sobre todo en estos días, no sabe Derecho. Sin embargo, así como en la Edad Media la Teología oprimió al Derecho hoy sucede algo relativamente análogo con la Economía. El Derecho como realidad y como saber debe integrarse con el resto de la cultura, mas tiene una perspectiva que no puede ser legítimamente sustituida.

11. El Derecho Internacional Privado de este tiempo evidencia la **decadencia** de la presencia de los **Estados** y la transformación hacia un Derecho en mucho elaborado **por y para las empresas**, sobre todo para las empresas transnacionales. No son los Estados sino las empresas quienes influyen en la formación de la lex mercatoria, quienes más requieren el Derecho Unificado y quienes más reclaman los avances de la autonomía de las partes.

Es en el deseo de facilitar la existencia y el funcionamiento de las empresas que, v. gr., se tiende a someter la existencia de las personas jurídicas a la ley del país de su constitución, las

(11) A la luz de estos caracteres se advierte además que, sea cual fuere el porvenir del proceso genéricamente "ruso", la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, vinculada por una propuesta económica pero fuertemente impregnada del sentido del Estado hegeliano, era un relativo anacronismo.

(12) Entre los múltiples ejemplos que brinda la cultura de estos días, podría decirse, v. gr., que el hombre de este tiempo no siente la vida con el intenso protagonismo "repartidor" individual de un drama ni con la impotencia de una tragedia o la grandiosidad de una epopeya, sino con cierta mezcla de sátira y comedia e incluso como si todo fuera una gigantesca "distribución" descripta en una novela (puede v. nuestra "Comprensión jusfilosófica del "Martín Fierro"", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984). Quizás no sea por azar que este no es tiempo de barítonos o de bajos, sino de la voz media de tenores y cuando se produce un sonido impactante es por intermedio de sistemas impersonales "distribuidores" a través de artefactos. A la luz de la teoría trialista del mundo jurídico se advierte cierta **"inversión"** postmoderna de los sentidos de la modernidad, encabezada, por ejemplo, por la disminución de la referencia repartidora y el avance de las distribuciones por influencias humanas difusas e incluso del azar.

propiedades a la ley del país de registro y los contratos a la ley más vinculada con ellos, pero teniendo por tal a la del país en que la persona jurídica que deba realizar la prestación característica posea su administración central.

Es en el mismo sentido empresarial que se desarrollan el imperio de las patentes de invención y el mundo construido contractualmente y que se promueven las soluciones arbitrales. Los propios fenómenos de la integración y de las relaciones interbloques son en definitiva, en gran medida, expresiones quizás en parte reorientadoras y saludables del avance empresarial.

Creemos que puede sintetizarse la historia de nuestra época como cierta confirmación del paso del tiempo de la **"ley"**, que indica incluso una concepción cosmocéntrica o teocéntrica referida a un "substrato", y del **"Estado"**, que "está", al tiempo del **"con-trato"** que sincroniza individualidades y de la **"empresa"** que se lanza al futuro. Las leyes tienen un común denominador con la naturaleza y la voluntad divina; los contratos son "tratos" que hacemos los hombres. Incluso, cuando la voluntad estatal avanza más allá de las fronteras lo hace en la forma "paracontractual" del "tratado" internacional. La empresa en su formalización societaria es la manera "ultracontractual" con que el contrato busca perdurar con cierta consistencia institucional.

12. El impulso del fenómeno empresarial se expresa también en la **decadencia** de la eticidad **familiar**, sobre todo la del matrimonio, que tanto contribuyó a marcar la "privacidad". Las causas matrimoniales, que hasta hace unas décadas eran todavía un ámbito central de nuestra materia, van adquiriendo cierto carácter marginal. El avance socializante de la eticidad estatal contribuyó a debilitar la eticidad familiar y hoy el lugar de ambas es ocupado por el fenómeno empresarial.

La decadencia actual de la juridicidad del Estado y de la importancia de la familia se manifiesta incluso cuando se abandonan las referencias a la institucional nacionalidad o al relativamente institucional domicilio para utilizar la residencia habitual (13). El domicilio significa **"casa"**, un ámbito de lo privado, y la residencia es más un mero estar.

Uno de los interrogantes importantes de las nuevas posibilidades tecnológicas que parecen habilitar el trabajo en el propio lugar de residencia ("domicilio") es saber si esto significará un resurgimiento de la "casa" y de la **privacidad** o un nuevo modo de organizarse los **"no lugares"** de la vida empresarial de las privatizaciones, vinculados tecnológicamente.

13. El retroceso de la eticidad y la juridicidad estatales y familiares y el avance de la "sociedad civil" a través de las empresas es uno de los rasgos más claros del Derecho "Internacional" Privado de nuestro tiempo (14), cada día más **"interempresarial"**, con alcances

(13) Puede v. acerca de las nociones de domicilio, nacionalidad o residencia por ej. NORTH, P. M., - FAWCETT, J. J., "Cheshire and North's Private Internacional Law", 12a. ed., Londres - Dublín - Edimburgo, Butterworths, 1992, págs. 165 y ss., en general sobre el domicilio c. págs. 138 y ss.; en cuanto a esos temas c. asimismo v. gr. WEINTRAUB, Russell J., "Commentary on the Conflict of Laws", 3a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1986, págs. 12 y ss.; SCOLES, Eugene F. - HAY, Peter, "Conflict of Laws", 2a. ed., St. Paul, West Publishing, 1992, pág. 162; RICHMAN, William M. - REYNOLDS, William L., "Understanding Conflict of Laws", 2a. ed., Nueva York - Oakland, Bender, 1993, págs. 1/2 y 5 y ss.; SMITH, Raymond, "Conflict of Laws", Londres, Cavendish, 1993, esp. págs. 20 y ss.

(14) Puede v. nuestro artículo "Jusfilosofía de la disolución del Estado en la "sociedad civil"", en "Investigación ...", cit., Nº 23, págs. 33 y ss.; ha de tenerse en cuenta v. gr. BOBBIO, Norberto, "La crisis de la democracia y la lección de los clásicos", en BOBBIO, Norberto y otros (rec.), "Crisis de la democracia", trad. Jordi Marfà, Barcelona, Ariel, 1985, pags. 17 y ss. En relación con los grupos de interés y el gobierno es posible v. por ej. McCORMICK, Robert E. - TOLLISON, Robert D., "Politicians, Legislation, and the Economy", Boston - La Haya - Londres, Nijhoff, 1981.
En relación con la privatización de los derechos humanos c. v. gr. la opinión de CLAPHAN, Adrew, "The Privatisation of Human Rights", en "European Human Rights - Law Review", Launch Issue 1995, pags. 20 y ss.

a veces legítimos y otras muchas ilegítimos. Cuando surge así la realidad "interempresaria", la tensión tradicional entre "internacionalidad" y "privacidad" y las diferencias entre Derecho "Interno" y Derecho "Internacional" se diluyen.

Con la **"privatización"** por el sentido empresarial también se derrumban lo público y lo privado y caen los límites de la privacidad. Vale preguntarse cómo puede ser en definitiva la eticidad que produzca el mundo empresarial, aunque es posible imaginar que la decadencia sólo sea momentánea o se refiera a los **Estados nacionales** en el camino a la formación de un **Estado mundial**.

¿El porvenir estará signado sólo por la eticidad que produzca la vida empresaria o habrá también, como creemos plenamente legítimo, otra eticidad estatal?

14. La importancia central que en otro momento tuvo la **circulación de seres humanos** hoy resulta de cierta manera desplazada por la **circulación de bienes y de capitales**, promovida con particular intensidad por el desenvolvimiento de las empresas.

El carácter confuso e incluso difuso del Derecho Internacional Privado y el Derecho de este tiempo se hace más claramente comprensible cuando se advierte que, en profundidad, se trata del fuerte predominio que, en el curso de distintas manifestaciones, tiene la **política económica** respecto de todas las otras ramas políticas, incluso la **política jurídica**.

15. Sobre todo para una cultura como la Occidental, que se caracterizó siempre por contar con **"contraculturas"** y admite teóricamente la posibilidad de las **"paraculturas"**, la absorbente marcha de la **"monocultura" capitalista** de la empresa es un riesgo particularmente grave.

Occidente comenzó a alcanzar su perfeccionamiento cuando el cristianismo antiguo mostró que, luego de haberse alcanzado la cultura del Estado y frente a ella, podía haber otra cultura. Los conflictos entre Estado e Iglesia en la Edad Media y las tensiones que luego se produjeron entre el Estado y las empresas al fin representaron también ese juego de la "contracultura".

Occidente ha hecho grandes esfuerzos, aunque sobre todo teóricos, para fundamentar además la diversidad de las "paraculturas", que tuvieron una de sus máximas expresiones en el Derecho Internacional. Sin embargo, aunque ya no se promueven conversiones religiosas compulsivas ni se recurre al colonialismo, la cultura capitalista se impone por otros medios en todo lo que necesita.

Hoy la función de "contracultura" que correspondería al Estado y la apertura a la "paracultura" del Derecho Internacional están en graves riesgos. La desaparición de las "contraculturas" y las "paraculturas", absorbidas como elementos de la "monocultura" o convertidas al fin en todo caso en "infraculturas" es uno de los datos empobrecedores de la condición humana de la actualidad.

Mucho se habla del daño ecológico, y a menudo con razón, pero muy poco es lo que se atiende al grave **daño antropológico** que está mutilando la riqueza de nuestra especie (15). Al desaparecer una cultura desaparecen un tipo humano e incluso un patrimonio genético.

(15) Acerca de la noción de dignidad humana como idea filosófica v. por ej. el reciente artículo de BAYERTZ, Kurt, "Die Idee der Menschenwürde: probleme und Paradoxien", en "Archiv für Recths- und Sozialphilosophie", Vol. 81, 1995, págs. 465 y ss.

16. En una época que ha confundido los **fundamentos legítimos**, que diferencian y dejan espacios para que la vida "respire", con el "fundamentalismo" que oprime, parece que por el momento queda amplio margen para lo superficial difuso y confuso, que también oprime aunque sea de manera oculta. Es más, si bien es cierto que poco puede saberse en profundidad acerca del hombre y del cosmos, a la sombra de dicha superficialidad se esconden incluso fundamentalismos trasnochados "re-ligiosos" o políticamente totalitarios que amenazan la vida en el universo. En el espacio dejado por el vacio de fundamentación todo puede caber.

El hombre necesita saber, pero ante todo saber que no sabe. Es tarea de la Filosofía contribuir a que la comprensión profunda y abierta de la realidad abra cauces para que la complejidad impura, generadora de sombras, confusión y opresión, sea sustituida por una **complejidad pura** que ilumina, admite las diversidades y libera.

17. La gran protagonista del mundo crecientemente globalizado de la postmodernidad, con sus ventajas y sus desventajas, es la **actividad económica** y ésta es el centro del interés presente del **Derecho Internacional Privado**. Filosofar el Derecho Internacional Privado, para aceptar los caracteres valiosos surgidos de la actividad económica y rechazar los "desvaliosos", es filosofar sobre el **núcleo** de la vida de este tiempo.

B) FILOSOFIA DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

I) El Derecho Internacional Privado de fondo

18. Para abarcar el panorama de la Parte Especial del Derecho Internacional Privado hay que considerarlo en sus aspectos **de fondo** y **de procedimiento**.

En el aspecto del **fondo** cabe señalar que comprende **causas** relativamente **"elementales"**, como son las personas, la forma y las propiedades, y causas más **"relacionales"**, puede decirse más "interpersonales", como son el matrimonio, la filiación y sus consecuencias, la sucesión y las obligaciones.

Hay que reconocer en cada causa si se trata de un problema **personal**, **real** o **conductista** y más **profundo** o **superficial**, porque así se destacarán los hechos que serán subyacentes a los puntos de conexión.

En correlación con lo recién expuesto, la clasificación más esclarecedora de los **puntos de conexión** es la que los diferencia según sean **personales**, **reales** o **conductistas**, debiendo reconocerse asimismo si se trata de un contacto **profundo** o **superficial**.

19. En base a la **teoría trialista** del mundo jurídico se comprende que a fin de encontrar el punto de conexión **correspondiente** a cada causa hay que averiguar, por ejemplo, si en cuanto a la **dimensión sociológica** se busca una solución más **repartidora** (proveniente de la conducta) o **distribuidora** (originada en la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar), más **autoritaria** o **autónoma**, más **ordenada**, sea por **planificación** o **ejemplaridad**, o **anárquica** y más atenta a las **posibilidades** o a la **realidad**, a la **finalidad subjetiva** o a la **finalidad objetiva**

de los acontecimientos.

En relación con la **dimensión normológica** hay que reconocer, v. gr., si se pretende una respuesta mas **institucional** o **negocial**.

En cuanto a la **dimensión dikelógica** se ha de averiguar, por ejemplo, si corresponde una solucion más referida a la **justicia**, la **utilidad**, el **amor**, etc.; más iluminada por una u otra clase de justicia y sobre todo más **publicista** o **privatista**, y más orientada a unos u otros sentidos de la "**pantonomia**" (pan=todo; nomos=ley que gobierna) de la justicia. Se ha de saber, v.gr., si corresponde una legitimación más **aristocrática** o **autónoma**; más afín al **humanismo intervencionista** o **abstencionista**, a la **unicidad**, la **igualdad** o la **comunidad**, al **totalitarismo** o el **individualismo**, a uno u otro frente de **protección del individuo**, etc.

20. Los puntos de conexión pueden constituir diversos **tipos de mundo**, enviando las causas hacia soluciones más **internacionalistas**, **integradoras, universalistas**, **nacionalistas** e incluso **regionalistas**.

De cierto modo, como hemos señalado, las respuestas integradoras son fortalecimientos "paranacionalistas" de la internacionalidad, a veces encaminados a hacer frente a una universalidad indeseada o preparatorios de la universalidad.

La decadencia del Estado, promovida en gran medida por la mundialización de aspectos fundamentales de la vida, lleva al resurgir de las regiones. Ante el avance del protagonismo empresario que supera sus fronteras, el Estado pierde gran parte de su importancia. Acosado desde afuera por las realidades económicas y en general culturales que lo exceden ampliamente y desde adentro por los regionalismos, el Estado resulta conducido a una situación francamente "agónica".

21. La elección de los puntos de conexión está cargada de múltiples significados en cuanto a la constitución de las personas, las formas, las propiedades, el matrimonio, la filiación, las sucesiones, las obligaciones, etc. y, como indicamos, en definitiva acerca de la **vida toda**. La jusfilosofía trialista contribuye en gran medida a evidenciarlos.

1) Las causas "elementales"

a) Las personas

a') Las personas de existencia "natural"

a'') Las personas y su capacidad

a''') Las personas y su capacidad en el espacio

a'''') Las personas en el espacio

22. El régimen de la **persona** depende de qué se entienda por **ser humano**. El interrogante acerca de sí mismo, como persona y en definitiva como ser, es quizás la pregunta más significativa que el hombre puede encarar: la que más suele importarle y la que más debe importarle.

El hombre es el ser que **se pregunta**. En caso de existir, los dioses cabales serían omniscientes, y los seres inferiores parecen preguntarse mucho menos. Sin embargo, la pregunta

más relevante es la que interroga por el mismo **hombre**.

Pese a que vivimos en una época en que la pregunta va debilitándose en intensidad, el interrogante debido acerca del hombre se enriquece momento a momento, sobre todo por la crisis de las respuestas filosóficas y religiosas y por las enormes posibilidades abiertas por la ciencia y la técnica. Aunque con diversos alcances según los estilos de vida, el hombre es el ser que más sabe y el que más sabe que no sabe sobre sí mismo.

La elección del Derecho aplicable a la persona depende al fin, de manera decisiva, de la respuesta que se brinde a la pregunta fundamental de la antropología filosófica: "**¿qué es el hombre?**".

23. La importancia de la respuesta a ese interrogante varía según se adopte una concepción más **teocéntrica**, **antropocéntrica** o **cosmocéntrica**. No es la misma la significación de la persona en la teocéntrica Edad Media, en la fuertemente antropocéntrica modernidad o en la débilmente antropocéntrica y de modo reflejo cosmocéntrica postmodernidad. Las distintas variantes de las posiciones teocéntricas, antropocéntricas y cosmocéntricas tienden a correlacionarse además con distintas organizaciones del mundo.

El "teocentrismo" **fetichista**, actualmente en extinción, tiende a generar regionalismos conflictivos. Si el teocentrismo es **politeísta** se forman religiones nacionales de acuerdo con las características de cada pueblo que conducen frecuentemente a la guerra y al exterminio o a la esclavitud. Si el teocentrismo es **monoteísta** se favorece el desarrollo de una religión universal con un marco de internacionalidad y de respeto a los extranjeros (16). Creemos, sin embargo, que ese teocentrismo monoteísta que favorece el reconocimiento de las diversidades humanas no es del todo compatible con el universalismo utilitario que domina en profundidad la vida actual.

Si el antropocentrismo es **individualista** puede corresponder más a una respuesta universalista o a cierto internacionalismo de respeto profundo al extranjero; si tiene sentido **familiar** suele referirse a una organización regionalista y si posee concepción **social** necesita con frecuencia una referencia nacionalista o internacionalista. En los hechos, el antropocentrismo social clasista del marxismo soviético, que tanto invocó el internacionalismo e incluso pretendió el universalismo, no pudo esconder al fin su profundo sentido nacionalista imperial. El antropocentrismo racista suele ser una manera oculta de sostener un nacionalismo radical.

Cuando el cosmocentrismo se inspira en referencias científicas y tecnológicas tiende a constituir moldes internacionales y universales. Las ciencias sociales y las humanidades son más internacionales, pero las ciencias naturales y exactas y la técnica tienden a ser más universales.

24. El hombre es un ser **limitado** con **proyecciones ilimitadas**. Los otros seres del universo son limitados y tienen proyecciones limitadas. En caso de existir, Dios sería posiblemente un ser ilimitado con proyecciones ilimitadas.

El desajuste entre el carácter limitado y las proyecciones ilimitadas puede provocar diversos intentos de solución. Algunos, de manera frustrante, establecen la **limitación a priori**, aunque a veces la disimulen con una referencia religiosa; otros de manera radicalmente **ilimitada** dejan que los límites vayan apareciendo e imponiéndose en los hechos, con los consiguientes riesgos de

(16) Cabe recordar en este sentido por ej. COMTE, Augusto, "Discurso sobre el espíritu positivo", trad. Consuelo Bergés, 5a. ed. en B. I. F., Bs. As., Aguilar Argentina, 1965, págs. 42 y ss.

disolución y estallido, y otros buscan ir orientando la proyección ilimitada mediante una **moral** que asume y pretende resolver la tensión.

Las concepciones limitativas a priori y disolutivas suelen ser nacionalistas o universalistas, sólo una comprensión moral de la tensión puede asumir en nuestro tiempo la complejidad de la internacionalidad.

25. La importancia que tenía la persona cuando reinaban las nociones del **hombre dominador** del Planeta y del **sujeto consciente** (17) no era la misma que ahora cuando el hombre, de cierto modo apabullado por la inmensidad del universo y prisionero del sistema económico, se deja con frecuencia estar **a merced** de los acontecimientos y se considera a menudo un mero **producto** de ese sistema.

El hombre "fuerte" correspondió a organizaciones nacionales e internacionales y a veces a un universalismo imperial y llevó a una hora estelar de respeto al elemento extranjero, pero también a la marginación de la extranjería por el clasismo y el racismo. El hombre "débil" de la actualidad se inspira más en la igualdad que en la unicidad y en el respeto y guarda estrecha afinidad con el universalismo pactista de la postmodernidad.

No puede ser la misma la importancia de la persona en un mundo de Estados que "contenían" a los hombres en estilos de vida particularizados, que en un tiempo en mucho mundializado, que **absorbe** y **disuelve** en un inmenso sistema económico, y también a veces se fractura en regionalidades o en reacciones nacionalistas e incluso estalla en la violencia.

26. La noción de persona de cuando el hombre era considerado un producto natural o sobrenatural no podrá mantenerse si la **ingeniería genética** desarrolla y concreta las posibilidades de contar con hombres e incluso con otras especies "parahumanas" o incluso "infrahumanas" o "suprahumanas" resultantes de la **fabricación en laboratorios** que quizás en mucho se haga según las necesidades del sistema económico.

La problemática de la condición del **embrión humano no implantado** se inicia en la comprensión de la persona en sí e interesa a casi todas las perspectivas de la vida jurídica. Si mucho es lo que se discute acerca del feto, más es lo que se cuestiona respecto del embrión no implantado. ¿Son ambos, como creemos, personas? ¿Son cosas o tienen algún otro carácter? (18).

El hombre natural puede brindar organizaciones de diverso alcance, según el tipo de referencia que se haga a la "naturaleza"; el hombre remitido a lo sobrenatural se sitúa en organizaciones religiosas que igualan hacia adentro y diferencian hacia afuera y el hombre producido por la ilegítimamente denominada "ingeniería" genética humana pertenece a la estructura que impulse su "fabricación", por ejemplo, al mercado empresario y universal.

27. La **composición de la persona** debe iluminarse también desde todas las perspectivas **trialistas**. En definitiva hay que lograr la **constitución jurídica justa** del ser humano.

(17) Es posible v. nuestro artículo "Notas para la defensa del "daño antropológico"", en "Investigación ... cit., Nº 22, págs. 65/66.

(18) Pueden v. nuestros artículos "¿Ingeniería genética humana?", en "Boletín ..." cit., Nº 21, págs. 49 y ss.; "Cuestiones axiológicas críticas en el desarrollo del Bioderecho", en "Boletín ..." cit., Nº 21, págs. 16 y ss.; "Panorama de los fundamentos de la Bioética", en "Boletín ..." cit., Nº 18, págs. 33 y ss.; "Perspectivas para una comprensión fáctica, lógica y axiológica de la Bioética", en "Boletín ..." cit., Nº 20, págs. 113 y ss.; también c. por ej. GERIN, Guido (rec.), "Modificazioni genetiche e diritti dell'uomo", Padua, CEDAM, 1987; HOOFT, Pedro Federico, "Bioética y Bioderecho", en "El Derecho",

En la **dimensión sociológica** el hombre puede ser comprendido con más referencia a repartos que provienen de la conducta de seres humanos determinados o a distribuciones originadas por la naturaleza, el azar o las influencias humanas difusas. En más o en menos el hombre es un repartidor, pero a su vez puede ser condicionado o determinado por repartos y por distribuciones.

Los repartos que el hombre hace y que lo constituyen pueden ser más autoritarios, o sea desenvueltos por la imposición y realizadores del valor poder, o más autonomos, es decir desarrollados por acuerdo, en los que se satisface el valor cooperación.

Esos repartos pueden ordenarse por planificación, que cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad, o por ejemplaridad, que realiza el valor solidaridad. En definitiva el ser humano se presenta como un conjunto más o menos ordenado de repartos y de distribuciones que con cierta frecuencia satisface el valor homónimo orden. Así, por ejemplo, hay hombres en los que las relaciones entre las distribuciones y los repartos son más o menos tensas, v. gr., que con sus repartos aceptan más o menos las distribuciones recibidas de su naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. Cada ser humano se manifiesta en alguna medida como un **suborden** de repartos y distribuciones cuyas relaciones con el orden general no son siempre fáciles. Los criterios supremos de reparto de ese suborden tienen siempre tendencias **egoistas** y **altruistas**.

El ser humano está inmerso en las tensiones entre la **posibilidad** y la **realidad** y entre la **finalidad subjetiva** y la **finalidad objetiva**. La posibilidad y la finalidad objetiva son categorías especialmente **pantónomas**, referidas a las totalidades de las manifestaciones, que sólo pueden ser abarcadas mediante fraccionamientos, en tanto la finalidad subjetiva tiende a dar en particular cierto sentido "monónomo".

El hombre es un ser que a veces puede pero no quiere, estableciendo **límites voluntarios** a sus repartos, y en otros casos quiere pero no puede, encontrando así sus **límites necesarios**. Aunque pretende liberarse aprovechando las posibilidades y fijando finalidades subjetivas, está relativamente atado, pese a que no sabe cuánto, a la realidad y a los sentidos de la finalidad objetiva.

En la **dimensión normológica** el ser humano es un complejo de papeles o roles normativos más o menos integrados y a la vez un generador de normas. Es una realidad integrada por múltiples materializaciones producidas por las normas y a su vez se vale de muy numerosas materializaciones. El hombre se presenta a través de un complejo conceptual que incluye su capacidad, su nombre, su domicilio, su patrimonio, etc. Puede constituirse con más sentidos de institucionalidad o de negocialidad y desarrollarlas en mayor o menor medida.

En definitiva, en cuanto a esta dimensión la persona humana es un **subordenamiento** normativo, al cual como tal es inherente la realización del valor coherencia. Aprovechando las ideas de Kelsen podría decirse que es un haz de obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos, un centro de "imputación" normativa (19).

Al fin, pese al método analítico, cada noción del ordenamiento, y en particular la de persona, incluso la de cada persona, resulta de todo el ordenamiento.

En la **dimensión dikelógica** el ser humano se encuentra con valores que no dependen de su voluntad, denominados valores "naturales", y es capaz de fabricar otros. Realiza y debe desarrollar un complejo axiológico cuyos valores pueden presentarse en relaciones legítimas de

t. 132, págs. 877 y ss.; SOSA, Gualberto Lucas, "El régimen internacional de la filiación y las nuevas técnicas genéticas", en "Jurisprudencia ..." cit., 1989-III, págs. 848 y ss.

(19) C. por ej. KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. Moisés Nilve, Bs. As., EUDEBA, 1960, págs. 125 y ss.

coadyuvancia o sustitución o en vinculaciones ilegítimas de secuestro. El más alto de los valores jurídicos es la justicia, pero el más elevado valor que el hombre puede realizar es la **humanidad** (el deber ser cabal de su ser). El secuestro del lugar de un valor por otro es la expresión cultural última del desorden personal. Las escisiones entre las áreas axiológicas de la persona le dan carácter valorativamente "esquistoso".

Las realizaciones de la justicia en el ser humano y en su obrar deben tener en cuenta el bien particular y el bien común, configurándose así dos grandes áreas vitales: **privada** y **pública**.

El hombre debe constituirse en su ser y en su obrar con la satisfacción de todas las influencias de justicia, que se refieren a todo el pasado, el presente y el porvenir, al complejo personal, temporal y real, a las consecuencias de lo que se adjudica, etc. A la luz de la pantonomía de la justicia se comprende la **"pantonomía"** de la persona humana, que resulta de cierto modo un "microcosmos", pero como esa plenitud es inabordable debe ser fraccionada con cortes que producen cierta seguridad. Uno de los problemas más importantes del régimen de la persona es siempre evitar el destrozo de sus requerimientos de pantonomía de la justicia. Los desfraccionamientos de justicia son sendas del **heroísmo** de la personalidad y las mayores fórmulas de desfraccionamiento constituyen **arquetipos** de realización.

El ser humano es titular de un crédito de libertad para convertirse en **persona**, o sea para desarrollarse plenamente. Para ser persona en sentido dikelógico debe ser persona en sentido normológico.

El hombre puede tener legitimación como repartidor por la aristocracia o la autonomía, pero en cuanto al valor humanidad la aristocracia y la autonomía tienden a confundirse. Aunque se equivoque, como regla general cada hombre sabe más que nadie acerca de su humanidad y tiene en consecuencia derecho a la autonomía. El ser humano se caracteriza por ser un sujeto **responsable**, por sí, los demás y lo demás.

El hombre está legitimado como recipiendario por los merecimientos ajenos a su conducta y por los méritos que provienen de ésta. Uno de los rasgos básicos del ser humano es el de que se legitima por su conducta. El hombre puede recibir y adjudicar objetos legítimos o ilegítimos en relación con la vida, la propiedad, la creación, la soledad, etc.; debe ser escuchado y escuchar en la forma de los repartos y tiene el derecho y el deber de fundamentación de los repartos.

En estricto sentido dikelógico el ser humano es persona cuando se constituye en un **suborden** o **"subrégimen" de justicia**, lo que a su vez supone que contribuye a que el régimen total sea justo.

El hombre merece ser tomado como fin y no como medio y debe considerar a los demás en ese carácter. Se le ha de respetar dejándolo elegir y realizar en la mayor medida posible su propia fórmula de personalización (humanismo abstencionista) y ha de proceder del mismo modo con los demás. Sólo excepcionalmente se ha de intervenir en su personalización y a su vez él ha de intervenir de manera excepcional en la personalización de los demás, debiéndose procurar que tal intervención sea el camino para la propia elección y realización del sujeto de que se trate (humanismo intervencionista).

Tomar a cada ser humano como fin y no como medio significa respetar su unicidad, su igualdad con los demás y su participación en la comunidad, lo que requiere constituirlo con

prácticas de liberalismo político, democracia y "res publica". Para que el régimen tome al hombre como fin y no como medio es necesario protegerlo contra los demás individuos como tales y como régimen, respecto de sí mismo y contra todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.).

Cada **estilo de vida** y de cultura significa la constitución del ser humano de una determinada manera. En el panorama comparativo se advierte que la cultura de Occidente ha sido la que ha procurado dar al hombre los alcances más expansivos y, dentro de ella, el período que le reconoció más amplitud de perspectivas y más autonomía, hasta querer sustituir con él la idea de divinidad, ha sido la modernidad.

28. Tal vez el secreto de la supervivencia de la especie humana respecto de otras mucho más fuertes esté en su asombrosa **capacidad de adaptarse** a sí misma y de **adaptar** al ambiente. Un ser con esa capacidad de adaptación puede tener, según los lugares y momentos, manifestaciones **infinitas**.

La respuesta al interrogante acerca del hombre puede ser la menos posible y, en consecuencia, nada puede establecerse rígidamente en cuanto a su ubicación en el espacio. Es en este marco que debe elegirse el **punto de conexión** básico referido a su persona.

29. Los puntos de conexión para encontrar el Derecho aplicable a la persona tienen variantes según que el hombre sea concebido de manera teocéntrica, antropocéntrica o cosmocéntrica. Una referencia **teocéntrica** se remitiría especialmente a la religión a la que pertenece, apartándose incluso de la consideración internacional; una remisión **antropocéntrica** atiende más al domicilio o la nacionalidad y una concepción **cosmocéntrica** considera más su situación fáctica, principalmente la situación de sus bienes. Es evidente que en la actualidad prevalecen las perspectivas antropocéntricas y cosmocéntricas.

La comprensión del hombre **limitativa a priori** tiende a utilizar puntos de conexión personales recortados, como la residencia; la disolución fáctica en las **proyecciones ilimitadas** abusa de las respuestas unificadas y de la autonomía y la comprensión **moral** de la tensión que corresponde al panorama de nuestro tiempo se orienta al empleo de puntos de conexión personales profundos, como el domicilio o la nacionalidad.

30. En el inmenso interrogante acerca del hombre cabe preguntarse si es un producto liso y llano de su **conducta**, una **referencia a bienes** o una **realidad en sí** (20). En este último caso vale interrogarse si es una **circunstancialidad**, el resultado de su inserción en una sociedad en la que **coincide su propio proyecto vital** o el producto de un **proyecto de pertenencia** a una comunidad reconocido formalmente.

Si el hombre es resultado de la conducta, de la referencia a bienes o una realidad en sí habrá que optar de manera respectiva por un punto de conexión más conductista, real o personal.

Como puntos de conexión conductistas consideramos a la autonomía de las partes, el lugar de celebración del acto, el lugar de cumplimiento, el lugar donde un hecho sucede, etc., todos

(20) Una muy enérgica defensa de la persona como realidad en sí puede v. en la obra de Jean-Marc Trigeaud (c. por ej. TRIGEAUD, Jean-Marc, "Introduction à la Philosophie du Droit", Burdeos, Bière, 1992).
Es posible v. TONIOLLO, Javier Alberto, "Las personas humanas en el Derecho Internacional Privado". Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1993.

con referencias antropocéntricas, pero no, v. gr., el lugar donde ocurrió el pecado. Como puntos de conexión reales atendemos por ejemplo a los lugares de situación o registración de los bienes, con referencias antropocéntricas o cosmocéntricas, pero no v.gr. a su lugar de consagración. Como puntos de conexion personales consideramos la residencia, la nacionalidad y el domicilio, con sentidos antropocéntricos, mas no, v.gr., la religión a la que la persona pertenece.

31. ¿En que grado la **conducta "hace"** al hombre, por ejemplo al extremo que pueda fundamentarse el punto de conexión conductista de su propia autonomía? ¿Puede el hombre elegir legitimamente el Derecho aplicable a su propia persona? Aproximándonos al campo de la "ciencia-ficción" podríamos preguntarnos incluso si en caso que los hombres llegaran a ser programados genéticamente en laboratorios habría que optar por un punto de conexión conductista, como sería el "lugar de producción". Creemos que el empleo de un punto de conexión conductista disolvería a la persona en sus actos, y aunque no desconocemos que esa tendencia existe en el permanente presente de la postmodernidad, estimamos que tal disolución sería ilegítima. El recurso a la conductista autonomía de los sujetos sería particularmente grave en una época en que el sistema económico genera más que realidades ilusiones de libertad.

Si se acentúa, como suele denunciarse, la tendencia al **tener** más que al **ser** ¿habrá que llegar al extremo de considerar que la ubicación del hombre es la que marca el punto de conexión real del lugar donde están sus bienes? Estimamos que el uso de un punto de conexión real disolvería ilegítimamente a la persona en sus propiedades.

Sólo el empleo de un punto de conexión personal que considere al hombre una **realidad en sí** atiende debidamente a la unidad de la persona. Si el hombre es una realidad en sí sólo circunstancial habrá que optar por el punto de conexión de su **residencia**; si es resultado de la inserción en una sociedad en la que coincide su propio proyecto vital corresponderá el punto de conexión **domicilio** y si es el producto de su pertenencia a una comunidad, reconocida formalmente, habrá que tomar el punto de conexión **nacionalidad**.

Pese a la superficialidad de la actual postmodernidad, estimamos que corresponde plantearse la problemática del hombre como persona en **profundidad**, optando en consecuencia por los puntos de conexión domicilio o nacionalidad. El empleo de la residencia habitual para adultos normales puede tener cierta justificación como manera de evitar el problema de las calificaciones respecto del domicilio, pero en principio es una expresión más del imperio de lo práctico y de la crisis en mucho ilegítima de la referencia estatal.

32. El ser humano posee despliegues **individuales** y **sociales**. Si es considerado en su **particularidad**, gana significación su **estilo de vida privado**, concretado en el **domicilio**; si es tomado en cuenta en su proyecto de pertenencia **comunitaria** se incrementa la referencia publicista contenida en la **nacionalidad**.

Aunque el Derecho anglosajón tiene básicamente carácter público, importa considerar que su apego al domicilio posee mayor afinidad con su sentido capitalista de la vida, en tanto la nacionalidad y su estatismo son menos capitalistas. Vale recordar que Inglaterra no tuvo el sentido de monopolio estatal del Derecho que vivieron en la modernidad los países continentales y de

alguna manera plasma en la idea de nacionalidad.

33. El ser humano se desenvuelve en una tensa relación entre **materia** e **idea**. En cierto sentido, el carácter más "material" del domicilio y la mayor referencia ideológica de la nacionalidad contribuyen a explicar que uno sea más importante en las culturas más empiristas, capitalistas y negociales de estilo anglosajón y en los países que buscan consolidar su realidad material producto de la inmigración y la otra sea más representativa en los medios que tienen más sentido racional o emocional, "ideal" e institucional e incluso pretenden mantener lazos ideales que materialmente no existen, como son los países continentales europeos y en particular los países de emigración.

No es por casualidad que el domiciliarismo anglosajón se desarrolla en un marco al fin signado por la presencia de Guillermo de Occam, Francis Bacon y Hume y la vocación nacional de los países continentales se desenvuelve en un ámbito al fin caracterizado desde diversas perspectivas por influencias de Santo Tomás de Aquino, Descartes, Fichte, Hegel, etc.

A nuestro parecer el domicilio corresponde a la integración debida entre materia e idea en el régimen privatista de la persona. No así la residencia, cuando se trata de adultos normales, porque implica una disolución material.

Creemos que el deseo de simplificar la presencia de inmigrantes no deseados, las exigencias de la integración y los regionalismos pueden contribuir a que los países continentales europeos debiliten sus referencias a la nacionalidad en aras del domicilio o de la residencia habitual.

34. Una noción de hombre **fuerte** se remite más a puntos de conexión personales y culturalmente intensos, como el domicilio o la nacionalidad; una idea de hombre más **débil** lleva a puntos de conexión personales menos intensos o a puntos no personales, como la residencia, el lugar de celebración de un acto, etc.

35. Cada punto de conexión para la persona significa una manera diversa de constituirla. El **domicilio** tiene en general sentidos más autónomos, ejemplares y de realidad y finalidad objetiva; más negociales, más utilitarios, de justicia particular y de privatismo, de legitimación por los propios interesados, de unicidad y abstencionistas. La **nacionalidad** posee, en cambio, más significados de autoridad, planificación, posibilidad, finalidad subjetiva e institucionalidad, está más vinculada al amor a la comunidad, es más publicista, tiende a una mayor legitimación aristocrática, significa más inserción en la "res publica" y es más intervencionista.

En especial en cuanto a los sentidos de la "pantonomía" de la justicia, el domicilio se abre más al desfraccionamiento del complejo personal de la humanidad actual y de las consecuencias, para que cada uno reciba lo que le corresponda. En cambio la nacionalidad, con sus mayores sentidos de pasado y futuro comunes, incorpora más ingredientes de proyección del complejo personal en el complejo temporal y significa un fraccionamiento de las consecuencias favoreciendo que la condición del sujeto sea sacrificada a la de la sociedad. El domicilio es menos "heroico" que la nacionalidad; sus arquetipos humanos son más biográficos que históricos.

Aunque en el hombre deben integrarse todas las perspectivas jurídicas, creemos que en

el marco del Derecho Internacional Privado resulta más fundado que se constituya según los caracteres domiciliarios. La referencia al Derecho del domicilio es la manera de dar más alcances expansivos a la privacidad del ser humano.

36. Si en lugar de los puntos de conexión personales se adoptaran los puntos de conexión **conductistas** autonomía, lugar de celebración o lugar de cumplimiento se pasaría en grados decrecientes, a más realizaciones de la autonomía, la ejemplaridad, la negocialidad, la fabricación de valores, la utilidad, el carácter privado, la legitimación por acuerdo y el abstencionismo. La autonomía promovería la ilusión del juego libre de la finalidad subjetiva y significaría el triunfo de la invocación de los méritos del sujeto que, por sus comportamientos, lo habilitarían para elegir el Derecho aplicable a su persona.

El punto de conexión conductista lugar en que sucede el hecho correspondería a mayores grados de autoridad, planificación, realidad, finalidad objetiva e institucionalidad y a más referencias a valores naturales, a la justicia en sí, al sentido público, a la legitimación aristocrática y al intervencionismo.

En cuanto los puntos de conexión conductistas signifiquen que la persona sea sometida a diversos regímenes según los actos de que se trate, implican sumisión a distribuciones por influencias humanas difusas y el azar, desorden de los repartos, desgajamiento de los papeles de la persona, incoherencia en su subordenamiento normativo y fractura de la pantonomía de la persona con desviación "esquistosa" de la personalidad. El sujeto queda entonces en definitiva a merced de los acontecimientos.

La adopción de un punto de conexión **real**, como los lugares de situación o registración de los bienes, sometería a la persona a desviaciones relativamente análogas a las de los puntos de conexión conductistas referidos a diversos actos, a las que se agregarían grados mayores de autoridad, planificación y orden del régimen de los bienes, juego dominante de su realidad y su finalidad objetiva, sentido público, lisa y llana antiautonomía e intervencionismo desbarrancado hacia el totalitarismo.

Con estas clases de puntos de conexión conductistas y reales se arribaría a fraccionamientos indebidos de los complejos personal, real y temporal en los que se halla el sujeto e incluso se producirían fraccionamientos ilegítimos de las consecuencias, haciendo que la consideración debida a la persona sea interrumpida en aras de las comunidades donde realiza sus conductas o se encuentran o registran los bienes.

37. La elección del Derecho aplicable por el ejercicio de la autonomía de las partes y en general los puntos de conexión conductistas tienen ciertos sentidos de proyección y disolución del hombre en el **universo**, que también se presentan como horizonte en la residencia habitual.

La mera residencia posee un sentido **nacionalista**, que se acentúa en los puntos de conexión reales, y el domicilio y, aunque sea de modo desviado, la nacionalidad significan posiciones **internacionalistas**.

38. Si la postmodernidad continuara en su actual tendencia a una profunda mundialidad

económica y superara sobre todo las reacciones nacionalistas que suelen mostrarse en algunos lugares, el domicilio, por su mayor vinculación con la **"sociedad civil"** resultaría más concordante con la época que la nacionalidad, más emparentada, como hemos señalado, con la eticidad **estatal**.

No obstante, la ya referida tendencia a la "ubicuidad" de las personas, determinada sobre todo por la facilidad de los medios de comunicación, tiende a poner en crisis la misma noción unitaria del domicilio. Así como una persona puede tener varias nacionalidades al mismo tiempo, quizás pueda poseer cada vez más **varios domicilios** simultáneos y deba hablarse, en uno y otro sentido, de nacionalidades y domicilios específicos para ciertas **perspectivas vitales** (21). También se hace así más explicable, como hemos señalado, la creciente atención brindada a la residencia habitual, que carece del sentido social y de cierto modo "estatal" del domicilio.

No es por azar que en nuestro tiempo, de crisis de las referencias fundamentales incluso en la propia constitución del hombre, llega a veces a ganar adhesiones el punto de conexión conductista autonomía de las partes. En la medida que creamos que sabemos poco acerca del ser humano puede resultar legítimo dejarle ser según el estilo jurídico que él elija.

Es más: si en lugar de referirnos a un sujeto fuerte y relativamente diferenciado nos remitimos a un sujeto débil y más indiferenciado, en vez de **elegir** nítidamente el Derecho mediante un punto de conexión habrá que optar por soluciones más **generales**, elaboradas con alcance menos diversificado como son, por ejemplo, las declaraciones de "derechos humanos" e incluso, como ya dijimos, el Derecho Uniforme y el Derecho Unificado (22).

b'''') La capacidad en el espacio

39. En última instancia, cuando se habla de capacidad hay que responder a la pregunta última **¿capacidad para qué?**. La respuesta es capacidad o aptitud para la **vida**, que se manifiesta en la realización de múltiples **valores**, de modo que la noción de capacidad ha de manejarse diferenciando e integrando a través de los valores todos los aspectos vitales. La capacidad en general es aptitud para hacer "funcionar" los valores, **descubriéndolos**, **asumiéndolos** y **realizándolos** (23).

40. El hombre es un ser con una **dignidad** propia, pero cuya **maduración** se va constituyendo en el tiempo; un ser que **es** y **se hace**, aunque no pueda establecerse al respecto una diferenciación tajante, porque de cierto modo es lo que se hace y se hace lo que es.

En principio, la dignidad tiene alcances más **universales**, sobre todo en un mínimo que surge del valor **humanidad** (el deber ser de nuestro ser), que todo hombre realiza en alguna

(21) Puede v. por ej. nuestro artículo "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas trasnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Nº 43, págs. 1 y ss.

(22) Respecto de la tensión entre derechos humanos y soberanía de los Estados puede c. por ej. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, "Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo", Madrid, Tecnos, 1995.
En cuanto a la historia del régimen internacional de las personas de existencia natural puede v. por ej. MOSCONI, Franco, "Le legge regolatrice della capacità delle persone fisiche: dalle proposte di Pasquale Stanislao Mancini alla prassi convenzionale", en "Le Droit International a l' heure de sa codification", Études en l' honneur de Roberto Ago, Milán, Giuffrè, 1987, págs. 187 y ss. (separata).

(23) Pueden v. nuestros artículos "Notas sobre los valores inherentes al "funcionamiento" de los valores", en "Investigación ... cit., Nº 4, págs. 39 y ss.

medida, aunque se diversifica según los valores realizados y que se pueden realizar. La maduración depende más de las distintas **situaciones** de la vida y se va concretando principalmente en relación con las posibilidades de satisfacer por uno mismo **otros valores**. La dignidad no tiene fronteras, la maduración se va adaptando en mayor medida según las proyecciones de la internacionalidad.

Ya en el "iluminismo" que subyace en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la teoría de la comunidad jusprivatista internacional de Savigny están presentes los dos pilares de la permanente tensión entre lo universal y lo particular que se manifiesta también, de manera destacada, en cuanto a la dignidad y la maduración del ser humano. Por eso vale diferenciar en cierta medida su **capacidad de derecho** y su **capacidad de hecho** o **de obrar**.

41. En la **capacidad de derecho** se trata de la dignidad que surge de la **realización** de los valores, de ser titular de derechos que surgen de valores, mediando o no su descubrimiento y su asunción por el mismo sujeto. Se trata asimismo de la **legitimación** para ser recipiendario beneficiado, incluso beneficiado de la legitimación para conducir y actuar como repartidor. La capacidad de derecho está en relación estrecha con los merecimientos y los méritos de los sujetos de cuya capacidad se trate.

La capacidad de derecho puede ser parcialmente afectada por incapacidades fundadas en la ilegitimidad de los sujetos, que pueden ser relativas pero no absolutas, porque lo impide el mínimo de legitimidad que siempre brinda el valor humanidad.

La capacidad de derecho puede ser afectada asimismo de manera parcial por prohibiciones especiales, que fraccionan la justicia para evitar riesgos en la legitimidad de los objetos y con ese recorte producen seguridad jurídica. Aquí no se trata de ilegitimidad de los sujetos que, por el contrario, son con frecuencia especialmente meritorios, sino de que los méritos no alcanzan para legitimar el riesgo de que los objetos sean ilegítimos (como ocurre, v. gr., con la prohibición al médico que asiste al causante en su última enfermedad para recibir de él beneficios testamentarios).

Con el andar del tiempo se ha descubierto que la **regla** es la plena capacidad de derecho de todos los seres humanos y las incapacidades y las prohibiciones, siempre parciales, son las **excepciones** que deben ser debidamente fundamentadas.

42. En la **capacidad de hecho** se trata de la posibilidad de **descubrir** y **asumir** los valores por uno mismo. Aquí se requiere la maduración que coloca en **aptitud fáctica** para actuar como repartidor, o sea para conducir adjudicaciones ejercitando la libertad con discernimiento e intención. Se trata de la posibilidad de establecer cabalmente finalidades subjetivas.

Esta capacidad puede ser afectada por incapacidades absolutas o relativas derivadas de insuficiencias en el tiempo o el contenido del proceso de maduración. Aprovechando el estilo de expresión husserliano, podría decirse que la incapacidad de hecho deriva en parte de la "ceguera" para descubrir los valores y de la "abulia" para asumirlos. Aunque para adultos normales la regla es la plena capacidad de hecho sostenida en presunciones, se sabe que aquí se trata de una capacidad más sujeta a prueba.

43. Las dos capacidades tienen alcances que varían según la concepción que en cada **estilo**

de vida se tiene del sujeto. En nuestro tiempo, que concibe un sujeto débil y de cierto modo desdibujado, se han incrementado con sentido universalizador los contenidos de la capacidad de derecho, avanzando sobre las particularidades. La capacidad de hecho está ahora en crisis: por un lado se la reconoce con amplitud en la autonomía de las partes y por otro se la cuestiona incrementando con frecuencia la intervención estatal en los contratos. Aunque parezca paradójico, la "capacidad" plena se atribuye más a las personas de existencia jurídica y en el marco comercial. Los hombres somos considerados "medianamente capaces de obrar".

La aceleración del ritmo histórico, la crisis de la familia y la tendencia a la uniformación que se producen en nuestro tiempo se manifiestan v. gr. en la disminución de la edad necesaria para adquirir la mayoría de edad.

La crisis de la noción de capacidad de hecho es tal que llega a poner también en crisis la importancia de la propia distinción de las dos capacidades. Para un hombre cada vez menos circunstanciado y más universalizado, la capacidad de hecho puede tender a ser tan universal como la de derecho. Los hombres tienen a menudo capacidad de hecho porque deben poseería y no porque se los considere suficientemente maduros.

44. La problemática de la personalidad debe diversificarse no sólo en la distinción general de la capacidad de derecho y de hecho, sino en todas las **perspectivas** de cada una que sean necesarias para satisfacer en una **complejidad pura** todas las necesidades de la personalización del sujeto (capacidad de contraer matrimonio, de testar, de heredar, de trabajar, de educarse, etc.). Esa complejidad pura debe ser superadora de la complejidad impura que amontona puntos de vista, pero también de los compartimientos estancos de las simplicidades puras, que recortan las capacidades.

La posibilidad de que una persona tenga varios domicilios está en correlación con la diversidad de capacidades que requiere su vida. Quizás haya que aprovechar las fracturas con que piensa superficialmente la postmodernidad para diferenciar los sentidos de la capacidad, superando la concepción monolítica del sujeto moderno, pero sin desconocer la unidad que ha de caracterizar a la persona. La unidad y la diversidad deben emplearse según sea más justo para la personalización de los sujetos.

45. En general, desde el punto de vista trialista la **capacidad de derecho** tiene más sentido de distribución natural, porque por lo menos hasta ahora la dignidad la otorga la naturaleza, y requiere una respuesta más autoritaria, planificada, institucional, de justicia, sin acepción de persona e intervencionista. En cambio, la **capacidad de hecho** posee más sentidos de distribución de múltiple origen y de reparto, porque la maduración surge de diversas causas de la naturaleza, las influencias humanas difusas, el azar y la conducción, y requiere en cierta medida una solución más autónoma, ejemplar, negocial, utilitaria, con acepción de persona y abstencionista.

Aunque siempre hay que dejar a salvo las diferencias de dimensiones jurídicas, la expansión o la contracción de los marcos de los recipiendarios de capacidad de derecho y de hecho están en cierta relación directa con la expansión o la contracción de los repartos autónomos y con la contracción y la expansión de los repartos autoritarios e incluso, en alguna medida, con su

respectiva legitimidad. A medida que hay más personas con capacidad son más posibles los acuerdos y en algún grado disminuye la posibilidad de la imposición. A medida que hay más hombres capaces los repartos pueden resultar más legitimados por la autonomía y se requiere menos aristocracia.

46. Los alcances de la persona y de su capacidad dependen en mucho de los alcances naturales y culturales del **medio** en el que se desenvuelve, pero el Derecho Internacional Privado es una vía para la **expansión** de la personalidad y de la capacidad.

Aunque a menudo se usan los mismos puntos de conexión para las dos capacidades principales, vale comprender que se trata de dos líneas problemáticas que corresponde diferenciar también en lo internacional, teniendo en cuenta sobre todo la caracterización efectuada en el parrafo inmediato anterior.

En algunos casos, la **universalidad** de la dignidad humana y de la consecuente **capacidad de derecho** se ha expresado en términos de orden público de los Estados particulares. Ante la vacancia de un nivel legiferante universal se recurría a la extrema nacionalidad del orden público. Ahora esa universalidad se manifiesta también en derechos humanos contenidos en declaraciones y tratados internacionales, aunque se trata, sin embargo, no sólo de un cambio de ubicación de las fuentes sino de un incremento sustancial en los contenidos, al punto que los derechos humanos, que tanto importan para que se realice la justicia, corren también grave riesgo de constituirse en expresión de un injusto jusnaturalismo apriorista.

Dada la estrecha vinculación de las **prohibiciones especiales** con la justicia de los objetos de los repartos, puede resultar legítimo que sean sometidas a las leyes aplicables a las instituciones de que se trate, pero no hay que desconocer su estrecha afinidad con la capacidad de derecho.

La **capacidad de hecho** tiene a menudo, y quizás posea también por el tiempo previsible, un sentido de mayor **internacionalidad**, reconocido con diversos grados de acierto en el empleo de los puntos de conexión nacionalidad o domicilio. La madurez o inmadurez para actuar y de modo particular la visión o la ceguera y la voluntad o la abulia para descubrir y asumir los valores están en relación directa con las circunstancias, con la transparencia y con la resistencia de un marco biográfico.

b''') El cambio de estatutos

47. Dado que ahora más que nunca el hombre se desplaza intensamente en el espacio, al punto que a través de la técnica va adquiriendo hasta ciertos rasgos de "ubicuidad", es de gran importancia reconocer el problema del **cambio de estatutos** de su capacidad (24).

Tratándose en este caso de la capacidad de las personas de un punto de conexión personal, sea el domicilio o la nacionalidad, el interesado protagonista es el sujeto de quien se trata, de modo que el núcleo de la referencia ha de estar dirigido a él.

El cambio de estatutos es una oportunidad para integrar en la persona y en su capacidad

(24) Es posible c. nuestro estudio "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en "El Derecho", t. 123, págs. 715 y ss.
En relación con el tema cabe tener en cuenta por ej. WENGLER, Wilhelm, "L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable", en "Revue ..." cit., t. 79, págs. 657 y ss.
Acerca del cambio de estatutos en general puede v. nuestro estudio "El cambio de estatutos, dimensión imprescindible del Derecho Internacional Privado" en este mismo número de "Investigación y Docencia".

los ingredientes de conducta repartidora, autonomía y ejemplaridad, de negocialidad, utilidad, privacidad, atención al complejo temporal, legitimación autónoma, humanismo abstencionista y protección del individuo contra el régimen que en general caracterizan su reconocimiento.

Para integrar en la persona todos esos caracteres del cambio de estatutos y en especial para atender al complejo temporal en el que ella se desenvuelve se requiere, en primer término, una respuesta **plural** que respete la capacidad habida en cada momento. Además debe existir en la base una solución **conservadora selectiva** que no rompa la supervivencia del pasado del sujeto degradando la capacidad que ya tiene. Sin embargo, sobre todo combinado ese complejo temporal en su sentido de futuro con la necesidad de evitar que caigan consecuencias indebidas sobre el resto de la nueva comunidad, a menudo se exige que el sujeto adquiera, con criterio **innovativo** también **selectivo** y superando formalismos innecesarios, la capacidad que no tenía. Esto significa adoptar reglas del tipo de las consagradas en los arts. 6, 7, 948, 138 y 139 del Código Civil argentino, aunque "bilateralizando" los sentidos del cambio en los dos últimos y dando interpretación extensiva al art. 138 (25).

La exigencia de justicia de evitar el desvío de las consecuencias y de la consiguiente protección de terceros se hace particularmente nítida cuando, fraccionando el complejo real de la capacidad, se establece por ejemplo que la incapacidad no será oponible a terceros que no pudieron conocerla. Hay que asegurar en justicia la asimilación de la persona en el nuevo medio, pero urge aclarar que se trata simplemente de la protección de terceros de buena fe y no es legítimo hablar de "interés nacional" (26).

Con diversos alcances, el mantenimiento de la capacidad que se posee, la adquisición regular de la que no se tenía y la protección de los terceros locales posen más sentido internacionalista. La adquisición de la capacidad que no se posee, por apertura a un sentido "futurizo" de la persona que se consagra estableciendo cierta elasticidad en los requisitos (v. gr. cuando se toma la nueva residencia habitual como domicilio de un menor) brinda más proyección universalista (27).

En general, la respuesta al cambio de estatutos en cuanto a capacidad ha de impedir que se **interrumpa** el curso vital de la persona, conservándole la capacidad adquirida, y ha de **abrirle** nuevas posibilidades que le faciliten la obtención de la capacidad que no posee. Asimismo ha de evitar que la incapacidad se convierta en una **trampa** para terceros que la ignoran.

(25) Los artículos mencionados dicen: **6.** La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeros, será juzgada por las leyes de este código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero. **7.** La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República. **948.** La validez o nulidad de los actos jurídicos entre vivos o de las disposiciones de última voluntad, respecto a la capacidad o incapacidad de los agentes, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio (arts. 6 y 7). **138.** El que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República, y fuese mayor o menor emancipado, según las leyes de este Código, será considerado como tal, aun cuando sea menor o no emancipado según las leyes de su domicilio anterior. **139.** Pero si fuese ya mayor o menor emancipado según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquéllas sobre éstas, reputándose la mayor edad o emancipación como un hecho irrevocable.
Para la interpretación extensiva del art. 138, que no se atiene al domicilio en sentido estricto, v. por ej. el caso de María Beatriz del Valle Inclán ("Jurisprudencia ..." cit., 1942-II, págs. 789 y ss. y "La Ley", t. 26, pág. 573 y ss.). En cuanto a la bilateralización puede v. el caso de Evelina Geraldina Faustina Berman ("Jurisprudencia ..." cit., 1958-IV, págs. 27 y ss.).

(26) En relación con el tema cabe recordar el célebre caso Lizardi de la jurisprudencia francesa.

(27) En algún aspecto esta solución trae a la memoria el sentido universalista de normas como la del artículo 15 de la Constitución Nacional argentina cuando dice que los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

b'') El nombre

a''') El nombre en el espacio

48. El nombre de las personas de existencia "jurídica" llega a asumir cierto valor propio y a identificarse a menudo con una "marca". Aunque sea indirectamente, a través del régimen de bienes, recibe importante consideración internacional. En cambio, recién ahora comienza a abrirse camino adecuado la atención que requerimos desde hace largo tiempo (28) respecto del nombre de las personas de existencia "natural" en el Derecho Internacional Privado (29).

El nombre de las personas de existencia "natural" tiene una alta función **"integradora"** recíproca con la realidad, de modo que a través de él las personas encuentran y se producen a sí mismas orientación e identidad. El nombre ubica a la persona en el universo del discurso y en la realidad que él refiere y es, de cierto modo, una **definición cultural**.

La riqueza con que la persona integra su nombre es tan grande que aunque la identificación se haga mediante un número al fin éste adquiere una importancia significativa análoga a la de la palabra. Tomando el fenómeno en sentido objetivo, llega a decirse que alguien se "ha hecho" un nombre.

Pese a que originariamente el nombre depende de otras relaciones, como la filiación o el matrimonio, creemos que en última instancia, por lo menos para un **adulto soltero**, el nombre es una cuestión inherente a la **persona** de que se trata.

Cada **estilo de vida** produce un estilo de nombre, de modo que su regulación posee variantes importantes en el Derecho Comparado. La fijación de los nombres es una perspectiva relevante de la vida cultural. En la evolución histórica es notorio que el nombre del sujeto débil de la postmodernidad es menos significativo que el del sujeto fuerte de la modernidad.

49. En la **dimensión sociológica** resulta nítido que el nombre se instala a través de repartos en un marco de distribuciones por influencias humanas difusas que lo dotan de significación. Según ya señalamos, el nombre ubica en una realidad cultural.

El reparto que adjudica el nombre es originariamente autoritario, pero puede adquirir durante la vida de la persona carácter más autónomo. El nombre suele tener un orden básico planificado, mas su uso y razonabilidad poseen conexiones con la ejemplaridad. Si bien el nombre caracteriza a la persona y sirve de referencia ordenadora de la misma, una persona puede tener diversos nombres que usa en distintos círculos del orden de repartos.

En la **dimensión normológica** el nombre posee siempre cierto sentido **institucional**, aunque según las diversas realidades puede tener caracteres de negocialidad. Como hemos dicho, integra a la persona nombrada, convirtiéndola así en una materialización, pero a su vez es integrado por ella.

En la **dimensión dikelógica** el nombre ha de representar y enriquecer el **complejo axiológico** de la persona, brindándole una solución justa y al fin humanista. La imposición del nombre debe ser un acto de amor. A través de él se favorece el desarrollo de la justicia **con acepción**

(28) Puede v nuestro artículo "El nombre ..." cit.

(29) V por ej. art. 10 (6 apartados) de la Ley del 25 de julio de 1986 que reforma el Derecho Internacional Privado de Alemania, en "Revue ..." cit., t. 76, pág. 173 y arts. 37 y ss. de la Ley Federal Suiza del 18 de diciembre de 1987, en "Revue ..." cit., t. 77, pág. 415.

de personas y tiene sentidos de justicia particular y de justicia general o sea, al fin, de Derecho Privado y Derecho Público. La persona es "nombrada" para su propio bien y el de la comunidad.

El nombre guarda estrecha relación con el desfraccionamiento y el fraccionamiento de los sentidos de justicia con que se construye la noción de persona. Produce sobre todo un fraccionamiento del complejo real que adquiere vida propia, asegurando a la persona, pero desfracciona el complejo temporal de la vida de la persona y se abre a menudo al complejo personal familiar y al pasado y el porvenir en la vinculación de las generaciones.

La legitimación de los repartidores del nombre combina a menudo la **aristocracia** con la **autonomía**. El nombre debe tender a apoyarse de manera considerable en la autonomía, aunque sea en la **criptoautonomía** surgida de que quienes lo establecen contarían con el acuerdo de la persona nombrada, pero urge tener en cuenta que ésta no es la única parte interesada y los **terceros** pueden tener, por ejemplo, derecho a la estabilidad. A través del nombre se reparten libertad o sujeción de la persona nombrada y asimismo identidad, que es una cualidad altamente significativa de la personalización. Aunque el establecimiento del nombre debe considerar la voluntad de la persona, su establecimiento justo ha de reflejar los despliegues **profundos** de lo que ella ha de ser. En el nombre engarza la **reputación**.

El nombre debe responder a un criterio humanista que tome a la persona nombrada como un fin y no como un medio, sea ese humanismo más intervencionista o abstencionista, y ha de reconocerse como un instrumento de la unicidad de la persona que, sin embargo, debe equilibrarse con la igualdad y la comunidad. El nombre resguarda a la persona, sobre todo respecto de los demás como masa, en relación consigo misma, por la necesidad de "cuidarlo" y contra lo demás como disolución en la nada. A su vez protege a los demás contra la propia persona.

50. Al resolver el régimen **internacional** del nombre se decide cómo ha integrarse y ha de integrar su nombre la persona de que se trate.

Entendemos que el nombre, por lo menos en las condiciones de adultos solteros antes mencionadas, merece una **causa** internacional específica. La vinculación del nombre a un **punto de conexión** real, como solía ocurrir en regímenes feudales, sobre todo respecto de los nobles, resulta a nuestro parecer poco coherente con el sistema democrático y aprisiona a la persona atándola en el espacio. Entendemos que sí cabe preguntarse detenidamente si ha de predominar un punto de conexión conductista, sobre todo de autonomía del propio sujeto, o un punto de conexión personal, principalmente de domicilio o nacionalidad. En caso de admitirse la línea de la autonomía de la persona, también cabría considerar la posibilidad de reconocer su directa autonomía material.

Creemos que la autonomía de la persona nombrada puede conducir a su disolución y que básicamente se trata de una causa **personal profunda**. Nos parece que la combinación de su profundidad y su gran **carga cultural** excluyen en principio el juego de mutabilidad fáctica del domicilio, que incluso puede no responder a la voluntad de la persona nombrada, y debe estar más vinculada a la **nacionalidad**. Entendemos que un punto de conexión personal profundo de las características de la nacionalidad puede dar al régimen internacional del nombre las condiciones mínimas de autoridad y autonomía presunta, de planificación y ejemplaridad, de institucionalidad

y negocialidad, de acepción de persona, seguridad, humanismo intervencionista y abstencionista y protección de los terceros que la causa requiere. Sin embargo, cabe reconocer que hay personas que por su grandeza llegan a romper estas reglas y a merecer lisa y llanamente la elección del Derecho aplicable o la producción de su propio nombre. Vale recordar que a veces se opta por someter el nombre a uno de los puntos de conexión personales profundos (v. gr. el domicilio) y dejar a la persona la opción de pedir que sea regido según el Derecho del otro (en el caso, ley de la nacionalidad).

51. Temas interesantes son también el del **idioma** (si habrá traducción o no, principalmente del nombre "de pila") y el de la **pronunciación**. Pese a las reglas generales en muchos casos consuetudinarias de no traducción y de pronunciación en el idioma originario, de cierto modo acordes con la referencia a la nacionalidad, suele haber significativas excepciones, sobre todo cuando se trata de nombres de proyección más universal (decimos "Charles" de Gaulle y "Konrad" Adenauer, pero "Carlos" Marx y "Adolfo" Hitler).

b''') El cambio de estatutos

52. Lo dicho anteriormente expresa ya nuestro parecer respecto del cambio de estatutos. Entendemos que la solución debe ser **plural**. Creemos que el régimen del nombre debe ser uno y en concordancia debe optarse por una sola ley, pero han de reconocerse los contactos de los distintos nombres que una persona ha tenido en diversos momentos de su vida.

En caso de someterse el nombre a la ley del domicilio, debería regir en principio una solución conservadora del contacto inicial. Sin embargo, en caso de producirse un cambio de nacionalidad quizás deberían admitirse una solución **innovadora** o una respuesta **selectiva** según la voluntad de la persona. Esto significa que la norma debería establecer que en caso de cambiar la nacionalidad de la persona de cuyo nombre se trate se aplicara a éste la ley de la nueva nacionalidad o la ley nacional que elija la persona de que se trate.

c'') El negocio jurídico personalísimo

a''') El negocio jurídico personalísimo en el espacio

53. Se ha dicho con acierto que "La teoría general del negocio jurídico desarrollada en el derecho privado, con miras preponderantemente a los actos patrimoniales, no contempla de modo adecuado los fenómenos que se producen en el ámbito de las manifestaciones más vitales del hombre." (30) El régimen justo de los negocios jurídicos personalísimos requiere importantes particularidades, v. gr., no sólo sentidos de capacidad especiales, ya que por ejemplo en principio no es aplicable la representación, sino particular consideración de las causas que los motivan, para controlar si son verdaderas y legítimas (31). La noción de negocio jurídico personalísimo es imprescindible para equilibrar, con **proyección humanista**, la marcha del contrato en el mundo empresarial y tecnológico de nuestros días.

(30) V. la tesis de la doctora Noemí L. NICOLAU "Vida humana y derecho civil - Exigencia y posibilidad de una teoria del negocio jurídico personalísimo en el derecho argentino, desde la perspectiva de los actos vinculados al principio y fin de la vida humana", Universidad Nacional del Litoral, 1990, pág. 141.

(31) id., págs. 134 y ss.

54. En la **dimensión sociológica** los negocios jurídicos personalísimos instalan el marco de los repartos en un **nivel profundo**, donde intervienen múltiples distribuciones, principalmente de la naturaleza y las influencias humanas difusas. El frecuente carácter **vital** de las cuestiones personalísimas lleva a la necesidad de reconocer que a menudo los repartos respectivos encuentran límites necesarios generales y, sobre todo, que hay límites necesarios especiales, porque todo lo que se prevea en estas cuestiones será necesariamente **replanteado** a la hora de las decisiones concretas.

En la **dimensión normológica** los "negocios" jurídicos personalísimos poseen, pese a su nombre, especial carga institucional.

En la **dimensión dikelógica** los negocios jurídicos personalísimos muestran a la justicia en particulares relaciones con el valor **humanidad** y con otros valores parciales muy hondos como el **amor** y la **santidad** y en cambio a menudo en conflicto con el valor utilidad.

Estos negocios exigen frecuentes recursos a la justicia **con acepción** de personas, **asimétrica**, **espontánea**, absoluta e incluso de participación. La dignidad de la persona que está en juego suele requerir **desfraccionamientos** de la justicia, por ejemplo del complejo real y del **porvenir**, de modo que la seguridad cede en muchos casos ante la necesidad de hacer más justicia. Hay que atender a la última voluntad de los interesados, de modo que avanza el sentido de la revocabilidad. No obstante, el carácter personalísimo exige a menudo fraccionar el complejo personal para desfraccionar las consecuencias que recaen en las personas de que se trate. De aquí, también, la crisis en que se encuentran con frecuencia los criterios generales orientadores, por la necesidad de recurrir a las valoraciones completas.

En los negocios personalísimos la legitimidad de los repartidores depende en mucho de la **autonomía**, ya que a medida que se ahonda en las cuestiones son más discutibles las jerarquías morales, científicas y técnicas propias de la aristocracia. Esta ha de intervenir con carácter vicario cuando la persona interesada no puede hacerlo.

En el ámbito personalísimo están muy en juego los merecimientos que el hombre recibe de su simple carácter de tal. A su vez, los objetos repartideros tienen gran relieve, ya que están muy próximos al dar y el quitar **vida**. Se trata de lo que es más "propio" de cada ser humano. La forma ha de cuidarse con gran atención y por esto es muy importante la **información** de los interesados.

Aunque puede admitirse de manera excepcional el humanismo intervencionista, el relieve de las cuestiones y la ignorancia que se enfrenta a medida que se ahonda en los problemas del hombre suelen requerir con particular énfasis el empleo del **humanismo abstencionista**. El humanismo intervencionista y el abstencionista corresponden en cierto sentido a las nociones de beneficencia y autonomía que suelen emplearse, por ejemplo, en el marco de la bioética. En el nivel de las cuestiones personalísimas los hombres resultamos particularmente únicos e iguales.

En los negocios personalísimos la necesidad de protección del individuo adquiere muy amplia significación, por ejemplo, para resguardarlo de la codicia de los demás, del autoritarismo de los gobernantes, de su propia inmadurez, de las amenazas a la vida, etc.

55. En principio la capacidad para los negocios personalísimos puede regirse según el régimen internacional general que rige la cuestión. Dado el carácter personal profundo de los problemas de la **validez intrínseca** e incluso de la **forma** de estos negocios, consideramos que

corresponde un punto de conexión también **personal profundo**, es decir, el contacto **domiciliario**.

Creemos que el Derecho del domicilio, que conoce la situación de la persona en su mayor integridad, es el que está en mejores condiciones para comprender tal compromiso de su personalidad (32). Estimamos que el contacto domiciliario es el que más responde a los caracteres sociológicos, normológicos y dikelógicos del negocio jurídico personalísimo que señalamos precedentemente. Entendemos que, en cambio, un punto de conexión conductista, aunque fuera el del lugar de cumplimiento, significaría una superficialización de las cuestiones y creemos que la autonomía conflictual o material del interesado podría ser demasiado riesgosa en cuanto tampoco él está en condiciones de comprender con la necesaria claridad su propio ser. Obviamente ningún fundamento habría para un punto de conexión real, que destrozaría a la persona.

Las soluciones conflictuales no deben llevar a desconocer la importante carga de orden público de derechos humanos que puede haber respecto de las respuestas.

b''') El cambio de estatutos

56. Atenta la profundidad de la cuestión, que requiere asegurar la expresión más actual de la persona, entendemos que en principio para el cambio de estatutos en cuanto negocios personalísimos han de establecerse soluciones **unitarias innovadoras**.

d'') La protección de los incapaces

a''') La protección de los incapaces en el espacio

57. El hacer humano alcanza su máxima expresión subjetiva en la **conducta**. El hombre es de cierto modo un ser que se conduce, pero la posibilidad del hombre de conducirse no siempre es plena y, como ese no poder conducirse no significa ilegitimidad, a fin de salvarlo se plantea la cuestión de la **protección de los incapaces** para brindarles la conducción exigida por la vida jurídica. El cambio de estatutos significa la crisis del régimen de la persona en el tiempo, en cambio la protección de los incapaces responde a su crisis en la **materia**: el incapaz no puede manejar la realidad.

Todo el régimen de protección de los incapaces tiene como fondo el régimen de la **persona**, sea considerada de modo aislado o en el marco familiar o de la sociedad en general. Aunque la patria potestad es la institución de protección de incapaces más común y más importante, como de modo normal se produce en el seno de la familia queda incluida en el régimen familiar y no en el de la persona. No hay que olvidar que de cierto modo la familia ha sido considerada un "yo ampliado" y tampoco hay que marginar que el sentido de protección de la patria potestad quedó durante mucho tiempo velado por el del poder de los padres y sólo con el tiempo se ha visto de manera nítida como un **poder protector** (33).

En la protección de los incapaces se trata de un **replanteo de la persona**, que debe partir del reconocimiento de la crisis en su capacidad de conducción y culminar en una recomposición

(32) Puede v. nuestro artículo "El negocio jurídico personalísimo y el Derecho Internacional Privado", en "Investigación ..." cit., N° 9, págs. 29 y ss.

(33) La no consideración de la patria potestad como una manifestación del sistema de protección de incapaces debe orientar para reconocer que en principio esta protección debe ser ejercida por quienes sean más afines a lo que el incapaz es y puede ser, en términos de la mayor afinidad con su persona. En la protección de incapaces han de confluir la legitimación aristocrática con la legitimación criptoautónoma.

del entorno para salvar esa deficiencia. El recorrido del camino entre la desprotección y la protección requiere el planteo de tres grandes problemas: el del reconocimiento de la existencia de alguien **desprotegido**, el de quién ha de **decidir en el trámite** y el de **cómo ha de producirse** la protección.

Las tres cuestiones deben desarrollarse con carácter selectivo, reconociendo la incapacidad en sus diversos **sentidos específicos**. Para ello hay que atender a los valores cuya realización está en crisis y adecuar la protección a esos sentidos en que se produce la incapacidad.

Si alguien es sólo incapaz de manejar su patrimonio y correspondientemente el valor utilidad, ha de ser considerado falto de capacidad a esos fines y no para decidir su actividad intelectual, artística, etc. y los respectivos valores verdad, belleza, etc.

Es con miras a superar esas deficiencias específicas que ha de decidirse la protección. Por ejemplo, en el curso de esta línea de pensamiento en principio no es legítimo que el curador de un gran artista incapaz sea alguien insensible al arte, aunque corresponde reconocer que hay valores auxiliares, como el amor, que pueden superar esa deficiencia.

58. En general en la **dimensión sociológica** la protección de los incapaces consiste en repartos que intentan poner fin a distribuciones de incapacidad surgidas principalmente de la naturaleza y las influencias humanas difusas. Se ejercen la autoridad y la planificación para superar las distribuciones y abrir camino a la autonomía y la ejemplaridad. Mediante un reordenamiento del régimen se intenta superar los límites necesarios producidos por la incapacidad.

En la **dimensión normológica** se trata de institucionalidad que resguarda la idea de persona, con miras a obtener en la mayor medida posible la negocialidad por los propios protegidos.

En la **dimensión dikelógica** la protección de los incapaces requiere una fuerte integración de la justicia con el **amor** y una importante relación de contribución con la **humanidad**. A veces otros valores intervienen coadyuvando con ese complejo axiológico, v. gr. el valor santidad.

La crisis que presenta la incapacidad suele requerir la intervención de la justicia con **acepción** de personas, **asimétrica**, **espontánea**, de participación e incluso, pese al sentido de justicia particular y privatista, una relativa proyección general y publicista. Constantemente hay que desfraccionar la justicia, sobre todo el complejo real, para abrirse más a las exigencias de las personas de los incapaces, aunque el resguardo de éstos contra los terceros y los propios protectores suele necesitar fraccionamientos productores de seguridad.

En la protección de los incapaces hay necesidad de legitimación **aristocrática** y **criptoautónoma**, ya que hay que repartir conjeturando lo que el protegido acordaría, con miras a desarrollar, en la mayor medida posible, la legitimación autónoma.

La protección de incapaces requiere el despliegue del **humanismo intervencionista**, con los consiguientes riesgos de totalitarismo e incluso de mediatización individualista, para lograr al fin en la mayor medida posible el desarrollo del **humanismo abstencionista** en el desenvolvimiento de la persona protegida. La protección de los incapaces está dirigida en principio a resguardarlos respecto de ellos mismos, de los demás individuos y de lo demás, pero a veces

requiere también su amparo contra los propios protectores. De aquí que hay que emplear el poder pero al propio tiempo controlar el poder.

A semejanza del Derecho Penal, el régimen de protección de los incapaces es de **repersonalización**, pero aquí no se trata de una repersonalización por algún grado de reproche, como en el marco penal, sino por **estima** (34).

59 La elección del Derecho aplicable a la protección **internacional** de los incapaces siempre esta en estrecha relación con la que se efectúa para su capacidad. Sin embargo, a veces se adoptan puntos de conexión reales, como si lo que importara, por lo menos parcialmente, fuese el resguardo de los bienes.

La determinación de que un incapaz está desprotegido depende de las leyes que rigen la **capacidad**, pero también de las leyes que determinan la protección familiar de los menores por la **patria potestad**. La averiguación de si existió patria potestad debe hacerse según las leyes que rigen la filiación y originan patria potestad. La terminación de la patria potestad puede producirse por adquisición de capacidad o por causas inherentes a la propia institución y debe resolverse por las leyes aplicables a las dos perspectivas.

La habilitación para intervenir en la decisión respecto de la protección, que habitualmente es otorgada a los jueces, y la protección misma que se brinda deben quedar en principio en la misma línea de solución que determina el régimen de la **persona**. Esto significa, por ejemplo, que han de intervenir los jueces y ha de aplicarse la ley del domicilio o de la nacionalidad y que, atendiendo a la preferencia domiciliarista que hemos señalado, corresponden sobre todo la intervención de los jueces y la aplicación de la ley del **domicilio**, pero teniendo en cuenta, cuando corresponda, los sentidos especiales de la protección.

En nuestro tiempo, de mayor diversidad en los asientos de una persona, vale más tomar en consideración la posibilidad de que así como alguien puede resultar incapaz en ciertos aspectos y no en otros, esa incapacidad deba responder a la ley de un domicilio vinculado a ese sentido y no a la de otro.

Si bien la diversidad de sentidos de la protección puede conducir a la aplicación legítima de distintas leyes, éstas no deben desconocer la unidad de la persona a proteger. En nuestra época de fracturas de la postmodernidad, resulta particularmente admisible que la incapacidad se diversifique en distintos sentidos y quede sometida a diferentes leyes pero, si bien no es posible pensar en el sujeto fuerte de la modernidad, no es legítimo olvidar que la unidad es en cierto aspecto una de las características de la persona. Distinto de esa diversidad de sentidos es el llamado "fraccionamiento" del régimen del amparo, que surge de la desviación de la protección hacia los bienes y que consideramos ilegítimo.

Entendemos que la ley domiciliaria del incapaz, quizás sustituible por la fáctica referencia a su residencia habitual, sobre todo en cuanto juegue la relativa laxitud de la vinculación con sus protectores ajenos a la patria potestad, es la que está en mejores condiciones de satisfacer los requerimientos sociológicos, normológicos y dikelógicos de la protección.

Resultan menos sostenibles los puntos de conexión conductistas, entre los cuales no puede funcionar la autonomía, e incluso el lugar de cumplimiento de la protección puede resultar

(34) Es posible v. nuestro artículo "Reflexiones trialistas acerca del Derecho Penal", en "Anuario" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, N°5, pags. 95 y ss.

demasiado superficial. Como ya señalamos, no sería sostenible un punto de conexión real, que traería el destrozo del régimen de protección.

60. Un problema de incapacidad especialmente intenso es a nuestro parecer el de los **embriones humanos** no implantados y abandonados. Sin desconocer el juego que puede tener el problema de las calificaciones, creemos que han de ser considerados personas y beneficiados en principio con la protección de las órganos respectivos y las leyes de los países donde se **encuentran**. Tal vez, incluso para evitar fraudes, quepa agregar la alternativa de la leyes personales, principalmente **domiciliarias**, que los embriones tengan por derivación de sus posibles padres, en cuanto les sean más favorables.

61. En afinidad al marco de la protección de incapaces ocupa un lugar especial el problema de los **ausentes**. Aquí no se trata de una referencia básica a un incapaz sino a alguien **desprotegido** por su falta de presencia. No puede obrar porque no está. La ley aplicable para reconocer y resolver el problema ha de ser en general la del **domicilio**, aunque el Derecho de la residencia del momento de la desaparición ha de prevalecer en la apreciación del significado de los peligros que enfrentó el ausente, por ejemplo para estimar los sentidos de los plazos de su ausencia.

b''') El cambio de estatutos

62. En cuanto a la existencia de la desprotección, el régimen de cambio de estatutos ha de responder a los criterios de las instituciones de las que ella surge.

En gran medida por la amenaza del fraude, entendemos que el cambio del contacto del incapaz no debe modificar la habilitación protectora ya ejercida, sobre todo si se trata de habilitación jurisdiccional. En cuanto a la ley aplicable a la protección, consideramos que el régimen ha de ser **plural** y no unitario, respetando los distintos contactos sucesivos, pero ha de combinar la **conservación** y la **innovación** orientándose en lo posible, con criterio selectivo, por el mayor **resguardo** de los intereses del incapaz.

b') Las personas de existencia "jurídica"

a'') Las personas de existencia "jurídica" en el espacio. Su existencia, capacidad y habilitación

63. El hombre es un ser que suele pretender **fines** que por sí mismo no puede conseguir; de aquí que a menudo encuentra o busca en la confluencia con otros hombres y con bienes las posibilidades que le faltan. El ser humano es en gran medida su **cultura**, es decir, su referencia a valores, y con frecuencia realiza esos valores con apoyo externo. Por esto se plantea la posibilidad de personalizar no sólo al ser humano, sino a los resultados de la cultura. De aquí que se habla de dos clases de "persona", de **existencia "natural"** (o "física") y de **existencia "jurídica"** (o "ideal").

En cuanto tienen sentido "interhumano", las causas relacionadas con las personas jurídicas

son problemas elementales surgidos de la "elementalización" de cuestiones relacionales.

64. Las personas de existencia jurídica tienen muchos de los caracteres de las personas de existencia natural, pero a diferencia de los seres humanos no pueden realizar directamente el valor **humanidad** y sólo pueden satisfacer los **valores particulares**.

Las personas jurídicas son muy diversas según los valores particulares con los que se relacionan. Asi, por ejemplo, la Iglesia es un modelo de persona jurídica referido a la santidad; el Estado es un paradigma remitido al orden y la justicia, sobre todo en su alcance "general" de bien común; las asociaciones y fundaciones se refieren a la justicia general y a valores no utilitarios, y en cambio las sociedades comerciales, culminando en la sociedad anónima, son sobre todo expresiones de proyección a la utilidad.

Es evidente, no obstante, que en cada tipo de persona jurídica se realizan muchos otros valores además de los que lo identifican y que tanto esos valores caracterizadores como los otros pueden presentarse falsificados (35). Una persona jurídica puede ser totalmente ilegítima y no merecer reconocimiento de la normatividad estatal; una persona natural no, porque siempre está mínimamente legitimada por la humanidad.

Cada **estilo de cultura** es identificable por un **estilo de personas jurídicas**: no es el mismo el estilo medieval, signado por la Iglesia y el Imperio, que el estilo de la Edad Moderna, caracterizado por la presencia de los Estados o los estilos del epílogo de la modernidad que fue la contemporaneidad y sobre todo de la postmodernidad, donde se destacan las sociedades comerciales y, sobre todo, las sociedades anónimas.

En la postmodernidad la significativa disminución del protagonismo estatal se traduce también a veces en el desarrollo de entidades que al fin son consideradas "sin fines de lucro", como las asociaciones y fundaciones, aunque para sobrevivir en un tiempo de desarrollo capitalista tienen que obtener de inmediato cierto beneficio.

No es sin motivo que en la fuertemente individualista cultura "occidental" la familia no es persona y sí lo es en los regímenes comunitaristas del Africa Negra (36). Es sugerente que en una cultura jurídica como la occidental, que conoce una gran variedad de personas jurídicas, la familia se valga a menudo de diversas de estas figuras, pero ella misma no lo sea.

La gran diversidad de las personas jurídicas de Occidente, donde por ejemplo perduran el Estado y la Iglesia junto a organizaciones internacionales, ciertas asociaciones y fundaciones y múltiples figuras empresariales, hace notorio que para nuestra cultura la noción genérica de personas de existencia jurídica puede resultar demasiado **simplificadora**.

(35) Pese a que por su carácter mercantil todas las sociedades comerciales están referidas en definitiva al valor utilidad, cabe distinguir algunas donde hay mayor apertura personal, que puede reconocerse de cierta manera como realización del valor amor, entre las que se destacan las sociedades colectivas, y otras en las cuales hay más pura satisfacción de la utilidad, entre las que se sitúan las sociedades anónimas.
La relativa riqueza de la tipología societaria guarda cierta afinidad con la riqueza de la tipología contractual y, en cambio, contrasta con el menor despliegue de la tipología de las asociaciones y, sobre todo, con la casi unidad de la figura matrimonial, particularmente en sociedades con régimen matrimonial como el nuestro. La realización de los valores que se pretende imponer en el área matrimonial es mucho más estricta. Se considera a cada uno dueño de su propia utilidad, no de su propio amor, quizás principalmente porque éste es sometido a la "re-ligiosidad" de la santidad.

(36) Es posible c. por ej. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (dir.), "Regards sur le droit de la famille dans le monde - Annual survey of family law", París, Centre National de la Recherche Scientifique, 1991, esp. págs. 78/79 (NGWAFOR, Ephraim, "Cameroun: des droits de propriété pour les femmes, un pas hardi dans una mauvaise direction?"). También v. por ej. ALEGRIA, Héctor, "La necesidad del sistema de economía capitalista de los conjuntos económicos y la crisis de la quiebra como solución económico-social", en "Revista del Derecho ..." cit., año 26, 1993-A, págs. 1 y ss.; ROMERO ULLMANN, Roberto, "Estructuras empresariales para el comercio internacional", 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1989.

Por su sentido **institucional**, a semejanza de los seres humanos las personas jurídicas se componen de **materia** e **idea**, son ideas que se realizan en el tiempo, pero desde la Edad Media a la postmodernidad hay una fuerte tendencia a la disminución del "vuelo" de las ideas y al incremento de la materialidad.

Desde la universalidad más ideal de la Iglesia medieval se ha pasado con alguna dialéctica, a través de la contracción espacial de la modernidad que culminó en la internacionalidad, a la universalidad más material de las personas empresariales postmodernas. Nunca las personas jurídicas han tenido más acumulación y expansión de medios materiales y menos carga ideológica que en la actualidad.

65. Si bien cada estilo de cultura corresponde al fin a un **estilo de hombre**, las personas jurídicas **amplían** los rasgos de los seres humanos y de cierto modo permiten verlos mejor, pero también a veces éstos se **esconden** detrás de ellas.

En las personas jurídicas pueden encontrar cauces el altruismo y el egoísmo, y a menudo son nidos de prepotencia y de envidia (37). Según ya señalamos, las personas jurídicas pueden ser beneficiosas o perjudiciales, y al fin merecer o no merecer el reconocimiento normativo-gubernamental.

66. En la **dimensión sociológica** resulta particularmente claro que la comprensión de personas de existencia "jurídica" como ficciones está lejos de responder a la realidad. Son, en diversos grados, complejos de finalidad subjetiva que pretenden incrementar las posibilidades para hacer realidad más finalidades objetivas favorables.

Las personas jurídicas pueden corresponder más a repartos autoritarios, como ocurre en el Estado, al que se pretende autonomizar a través de la democracia, o en la Iglesia; en otros casos son más afines a los repartos autónomos, según sucede en las asociaciones en sentido amplio y de cierta manera en las fundaciones, aunque unas y otras tienden a generar autoridad.

A veces las personas jurídicas se desenvuelven por planificación gubernamental, como ocurre en el Estado, al que de todos modos se trata de ejemplarizar, o en la Iglesia, y en otros casos se desarrollan más por ejemplaridad, como sucede en las asociaciones y en las fundaciones aunque sobre todo las fundaciones, se genera planificación.

En nuestros días de la postmodernidad, en que por el empuje profundo de la utilidad se derrumban tradicionales realizaciones de la autoridad y la planificación gubernamental, las asociaciones constituidas como sociedades figuran entre los bastiones más sólidos del **nuevo poder** y de la **nueva previsibilidad** de última raíz económica.

Cada persona jurídica constituye un **orden**, un **superorden** o un **suborden** (quizá microorden) de repartos, y en los dos últimos casos la relación con el orden de repartos tomado como referencia no es siempre fácil. Los amplios fines del orden de repartos que todavía se expresa en la persona jurídica estatal, y los fines de los órdenes más vastos o parciales, como lo de la Iglesia y los organismos internacionales por una parte y las asociaciones y las fundacione por la otra son a veces coincidentes y en otros casos discrepantes.

Así como en otros tiempos el orden de repartos eclesiástico y los órdenes estatales tuviero

(37) No sin un alto grado de acierto parcial ha llegado a decirse, por ejemplo, que "El hombre no solo es envidioso sino tambié es "homo ludens" y "homo faber", capaz de asociarse en grupos y sociedades, en primer termino gracias a su permanent a menudo subconsciente, impulso hacia el envidiar " (v. la excelente obra de SCHOECK, Helmut, "La envidia - Una teor de la sociedad", trad. Manuel E. Ferreyra y Maria de Koweindl, Bs. As., Club de Lectores, 1970, pag. 10)

relaciones conflictivas, hoy las vinculaciones de los órdenes de las sociedades pueden tener sentidos **revolucionarios**, de cambio de los supremos repartidores y los supremos criterios de repartos de los ordenes estatales, y asimismo alcances **anárquicos**, de mera ruptura del orden. Poderosas sociedades transnacionales han sido frecuentemente acusadas de desestabilizar a gobiernos de países pobres y quizás hoy pueda hablarse en profundidad de la absorción de los ordenes estatales por los órdenes de las sociedades.

El poder de los organismos financieros internacionales dominados por los grandes poderes capitalistas es tan enorme que en algunos casos habría que preguntar a los gobernantes de ciertos estados en que se diferencia su obrar del de meros **ejecutores** de las instrucciones de esos organismos.

En la **dimensión normológica** las diversas personas jurídicas suelen **formalizarse** en fuentes diferentes: tratados internacionales, cánones, constituciones, contratos, estatutos, etc. que nacen de reparos autoritarios o autónomos pero se convierten en importantes bases para repartos autoritarios.

Las personas jurídicas tienen contenidos conceptuales básicos institucionales o negociales, pero también en este caso generan despliegues **institucionales** al punto que las vinculaciones de las sociedades con los socios suelen ser difíciles. En nuestro tiempo de la postmodernidad todas las personas jurídicas, incluso el Estado, tienden a ser pensadas en términos análogos a una sociedad anónima, con sentidos de eficiencia, de ausencia de déficit y de beneficio, etc. y por eso todo se privatiza.

Las personas jurídicas producen **ordenamientos**, **superordenamientos** o **subordenamientos** normativos y las vinculaciones de éstos con el resto del ordenamiento no es fácil. Cada uno de estos ordenamientos, superordenamientos o subordenamientos normativos genera un imperativo de propia "legalidad" y entre los diversos sentidos de la legalidad pueden producirse conflictos relevantes.

Importa mucho saber si las vinculaciones verticales de los subordenamientos de las asociaciones en sentido amplio y las fundaciones con las normas estatales superiores han de producirse por relaciones de producción, en que los órganos societarios son "habilitados" y se realiza el valor subordinación, o por lazos de contenido, en que se satisface el valor ilación. En las constituciones formales liberales la inserción de las sociedades tiene más sentido de habilitación y menos de contenidos, al punto que llega a concebirse un mero reconocimiento de las personas jurídicas; en las constituciones socialistas éstos son mayores.

En caso de incoherencia, por ejemplo por insubordinación o ruptura de la ilación, es relevante saber cómo se producirá el ajuste, en las normas y en los hechos. Los estatutos de poderosas sociedades pueden prevalecer incluso sobre las constituciones formales. Aunque las constituciones formales y las leyes a veces se cargan de contenidos para guiar la vida de las sociedades, en el mundo profundamente comercial de la postmodernidad suele prevalecer -a menudo ocultamente- la voluntad societaria.

Las vinculaciones entre los ordenamientos, los superordenamientos y los subordenamientos normativos de las personas jurídicas presentan cuestiones de **contactos** de respuestas jurídicas relativamente análogas a las del Derecho Internacional Privado clásico, con problemas de

calificaciones, fraude a la ley, orden público, etc., pudiendo producirse soluciones de dominación, coexistencia, integración, desintegración, aislamiento, etc. (38).

Importa, por ejemplo, saber si las normas de uno u otro ámbito normativo han de ser calificadas según su misma normatividad u otra ajena. Cuando los ordenamientos de conjunto y los subordenamientos de las personas jurídicas poseen fines diversos y unos pretenden imponerse a los otros suele tener vasto despliegue el "fraude a la ley"; a veces las personas jurídicas son instrumentos para hacer fraude a los terceros y en ciertos casos son utilizadas para realizar fraude a los propios miembros. Cada persona jurídica, pero sobre todo las mayores como el Estado o la Iglesia, tiene exigencias fundamentales de "orden público" que llevan a excluir las soluciones de otras personas jurídicas.

En la postmodernidad las calificaciones de las sociedades y su posibilidad de hacer fraude al Estado ganan espacio, en tanto el orden público de éste pierde consistencia. De cierto modo, los valores estatales son carcomidos por los valores de las sociedades.

Según ya señalamos, en la **dimensión dikelógica** las personas jurídicas se diferencian por su referencia a distintos valores, pero se ha de lograr un **complejo axiológico de las personas jurídicas** en relaciones legítimas de coadyuvancia o sustitución, pero no en vinculaciones ilegítimas de secuestro del material de unos valores por otro. Importa, por ejemplo, que la utilidad societaria no devore a otros valores del Estado, de las asociaciones en sentido estricto, de las fundaciones, etc., como la justicia, la verdad, la belleza, etc. y, en definitiva, que no se alce contra el más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad, cuya satisfacción directa sólo es viable para las personas de existencia natural, pero que las personas jurídicas pueden realizar indirectamente.

En la utilitaria postmodernidad esas dificultades suelen pasar casi desapercibidas, pues la utilidad por lo menos ha sometido a los otros valores y todas las personas son pensadas de modo utilitario.

Dada la crisis generalizada en el reconocimiento de los valores que suelen invocar, las asociaciones en sentido estricto y las fundaciones están a menudo bajo permanente sospecha, que a veces es acertada y otras desacertada, aunque en ciertos marcos la "privatización" produce una especie de "delegación" estatal a su favor.

Las diferentes personas jurídicas pueden satisfacer distintas clases de justicia. El Estado y la Iglesia brindan más juego a la justicia extraconsensual, con acepción (consideración) de personas, asimétrica, espontánea (sin contraprestación), gubernamental (proveniente del todo), integral (referida a todos), de participación, absoluta y general; las asociaciones, particularmente las sociedades, tienden a corresponder más al descubrimiento de la justicia por las vías consensual, sin acepción de personas, simétrica, conmutativa (con contraprestación), "partial" (proveniente de parte del conjunto), sectorial (dirigida a parte del conjunto), de aislamiento, sobre todo respecto de su exterior, y particular. Las afinidades con la justicia general y con la justicia particular determinan en profundidad la existencia de dos clases de personas, **públicas y privadas**.

La justicia de las asociaciones y las sociedades es más consensual, con acepción de personas y de cierto modo dialogal que las fundaciones. Las asociaciones y las fundaciones son más

(38) Puede v. nuestro estudio "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976.

asimétricas, espontáneas, de participación y de referencia general que las sociedades.

Como de alguna manera ya señalamos, con frecuencia la postmodernidad piensa a todas las personas jurídicas como sociedades en las que cada uno trata de aportar en la medida de su propio consenso. En las sociedades, y en mucho como consecuencia en la postmodernidad, todo se hace por contraprestación, o sea obteniendo la mayor contraprestación posible, al punto de pretender, en cambio, una justicia espontánea en el propio favor. Muy poco se lleva a cabo por amor a lo que se hace.

En el marco general de las personas jurídicas es particularmente importante que junto a la justicia monologal de cada uno de los tipos haya un despliegue de la justicia dialogal del juego de diversas clases, que además de la justicia rectora exista un juego de la justicia correctora. Por ejemplo: además de la justicia rectora monologalmente empresarial de la postmodernidad es relevante la presencia del Estado para corregir el despliegue capitalista con una intervención dialogal.

Las personas jurídicas se diferencian también por sus diversas aperturas a las influencias que plantea la pantonomía de la justicia. El Estado y la Iglesia tienen más sentidos de continuidad temporal de pasado, presente y porvenir, en tanto las asociaciones y las fundaciones poseen sentidos temporales más recortados.

El Estado tiene amplia vocación local hacia el complejo personal, temporal y real que, en cambio, las sociedades suelen considerar de maneras más fraccionadas en la materia, aunque crecientemente más desfraccionadas en el espacio. Por la facilidad en incorporarse a ella a través del bautismo, la Iglesia significó originariamente una gran apertura al complejo personal de la humanidad, aunque luego horrendos crímenes cometidos contra quienes no pertenecían a la Institución significaron fraccionamientos del complejo personal profundamente ilegítimos.

El Estado procura que, por lo menos en su interior, las consecuencias sean recibidas por quienes correspondan, en tanto el afán de lucro de las sociedades suele hacerles buscar que las impotencias recaigan sobre otros y las potencias en sus propios miembros.

Las sociedades ayudan a que haya más medios para realizar la justicia y el complejo del mundo nuevo nacido con la modernidad es en mucho un producto de ellas, pero las sociedades recortan el mundo, sólo ven su propio mundo. Sería legítimo que además de los pedazos de los mundos societarios se considerara el mundo con mente más abierta, con una sabiduría que excediera el sentido utilitario de las sociedades.

Como todos los fraccionamientos de la justicia, los cortes que originan las personas jurídicas les producen seguridad, pero esos cortes pueden provocar inseguridad en el resto de la sociedad.

Las personas jurídicas pueden contar con legitimidad aristocrática o autónoma. El paradigma de la legitimación aristocrática es la Iglesia. El Estado ha evolucionado, en cambio, desde la aristocracia del derecho divino de los reyes a la infraautonomía democrática. Si bien numerosas personas, como las asociaciones en sentido amplio, tienen en sus bases proyecciones de legitimación autónoma, requieren una importante legitimación aristocrática según los valores que las identifican. Las sociedades son en mucho la cuna de la legitimación **tecnocrática** y **plutocrática** de esta época.

Las personas jurídicas generan una compleja problemática de **responsabilidad** interna y externa entre sus integrantes, entre éstos y las personas jurídicas que componen y entre los integrantes y las personas jurídicas de que se trate respecto de la otras personas.

Aunque la cuestión es discutida, creemos que las personas jurídicas merecen **por** y **para** las personas físicas. Los merecimientos de las personas jurídicas son menores que los de las personas físicas y dependen en especial de los méritos de su comportamiento.

Como en principio es ontica y dikelógicamente mejor que sean los propios interesados quienes resuelvan sus problemas de manera autónoma, las personas jurídicas privadas tienen cierta preferencia dikelógica básica sobre el Estado. Es importante, no sólo el desarrollo de las sociedades sino el de las asociaciones y fundaciones, pero lo que en definitiva es relevante es si el objeto repartido es justo, por ejemplo, porque asegura mejor la **pluralidad** de estilos de vida, la condición de los más **débiles**, etc. Es cierto que puede resultar valioso que el Estado deje a asociaciones y fundaciones algunas de sus funciones, pero a él le cabe la garantía última de la diversidad y el desarrollo. Es cierto que las asociaciones y fundaciones deben dejar de estar en estado de sospecha, pero no es la misma la condición de una asociación y una fundación que vive de donaciones que otra que realiza actividades empresarias. Por la fuerza quizás incontenible del capitalismo, la retirada y la "societarización" del Estado es acompañada de la "societarización" total o parcial de asociaciones, fundaciones y otras personas que tradicionalmente eran sin fines de lucro.

Muchos son los objetos repartideros que se hacen posibles a través de las personas jurídicas. Hasta ahora han resultado incapaces de repartir vida biológica, pero en cambio se caracterizan por tener posibilidades muy grandes de adjudicar otros objetos repartideros como la propiedad, la compañía, etc.

Cada persona jurídica ha de ser un **subrégimen** de justicia y ha de contribuir al régimen de justicia general. Las personas jurídicas deben realizar el humanismo, que preferentemente ha de ser abstencionista, pero suelen desarrollar en diversos grados vertientes intervencionistas. A veces son cauces para el individualismo o para el totalitarismo en que los hombres son tomados como medios de otros hombres o del conjunto.

Al recortarse del conjunto social, las personas jurídicas amplian a veces las posibilidades de satisfacción de la exigencia de unicidad de los seres humanos, pero con frecuencia actualmente sobre todo en el caso de las sociedades, incluso afectan dicha unicidad, porque tienden a que todos nos parezcamos a lo que ellas o sus dirigentes necesitan.

El hombre, como socio de la "sociedad anónima" global que de cierto modo tiende a formar la postmodernidad, es y quiere ser cada día más "anónimo". Parece que el "capital" con que participamos en la "sociedad anónima" global nos ha sustituido y a menudo queremos que así ocurra. De cierto modo, todos nos convertimos despersonalizadamente en "uno" más. En general en lo interno las personas jurídicas significan cierto sentido de comunidad.

En principio, las personas jurídicas suelen tender al fortalecimiento de sus miembros y, a veces, en tanto son divisiones del régimen, lo debilitan, constituyéndose así en instrumentos para la protección de los individuos contra ese mismo regimen. De cierto modo, la pluralidad de personas jurídicas es instrumento del liberalismo y no es sin motivo que la libertad de forma

personas jurídicas es una exigencia especialmente liberal. Sin embargo, no hay que olvidar que las grandes personas jurídicas pueden constituir realidades monolíticas y absorbentes. La vocación absorbente del Estado fascista puede producirse en general en todas las personas jurídicas.

Al potenciar la actividad vital las personas jurídicas amparan a los individuos, sobre todo a sus miembros, contra "lo demás", sea la enfermedad, la miseria, la ignorancia, la soledad, etc. No obstante, suelen ser también medios para que unos individuos, fortalecidos, opriman a los demas (39).

67. La comprensión profunda de las personas jurídicas exige **"perforar el velo corporativo"**. Hay que saber qué realidades sociales y en particular quiénes se encuentran debajo de las superficies de las personas jurídicas del Estado, la Iglesia, los organismos internacionales, las asociaciones, las fundaciones, etc. En el mundo actual esto ha de hacerse sobre todo para referirse a la realidad de las **empresas**.

Es imposible tomar posición, no sólo en el Derecho Internacional Privado sino en el Derecho y la vida de estos días, sin comprender a la empresa en profundidad. La **Filosofía de la empresa** es pieza fundamental de la Filosofía del Derecho Internacional Privado, de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía toda de nuestra época.

68. Desde un punto de vista relativamente estático la empresa puede ser identificada como la **integración** de naturaleza, capital y trabajo con fines utilitarios de producción o distribución; desde una perspectiva más dinámica es un proyecto cuya realización significa **riesgo**.

A fin de comprender en profundidad el significado específico de la empresa hay que relacionarlo con las nociones de "emprender" (comenzar) y "emprendedor" (quien emprende cosas difíciles), tomando en consideración que pese a que el papel de empresario coincida en la misma persona con el rol de quien dispone de la naturaleza o del capital o con quien trabaja, en verdad la empresa es asumir la integración de los elementos, aunque no se tenga inicialmente ninguno de ellos.

A esos rasgos cabe agregar, en segundo lugar, la magnitud de **organización** requerida para que la empresa tenga éxito. En la época del capitalismo que nos toca vivir las empresas se caracterizan cada vez menos por el riesgo y más por la gran organización y la gran acumulación de fuerza.

Las personas jurídicas más importantes de este tiempo son expresiones de empresas y al fin el Derecho Internacional Privado actual es, en mucho, un Derecho por y para empresas.

69. Para comprender debidamente el tiempo actual en relación con el que le precedió hay que **comparar** las dos realidades básicas, del **Estado** y las **empresas**. Aunque se presenten bajo el velo de juridicidad estatal, las empresas son a menudo una realidad **"paraestatal"** o incluso **"contraestatal"** y "supraestatal".

Intentando marcar las diferencias entre Estado y sociedad civil, que ahora parecen esfumarse cada día más, con el protagonismo de la empresa, Hegel llego a afirmar: "Si se confunde

(39) Acerca de la Filosofía de la persona jurídica puede v. por ej. TRIGEAUD, Jean-Marc, "La personne juridique dans la Philosophie europeenne", en "Philosophie Juridique Europeenne" (rec.), Burdeos, Bière, 1990.

al Estado con la Sociedad Civil y su determinación se pone en la seguridad y la protección de la propiedad y libertad personal, se hace del **interés de los individuos** como tales, el fin último en el cual se unifican; y en ese caso, ser miembro del Estado cae dentro del capricho individual. Pero, el Estado tiene una relación muy distinta con el individuo; el individuo mismo tiene objetividad, verdad y ética sólo como miembro del Estado, pues el Estado es Espíritu objetivo." (40)

El esfuerzo por distinguir al Estado y la empresa para fortalecer al Estado parece haberse derrumbado con el fin de la Segunda Guerra Mundial y de la Guerra Fría, que quizás fue su epílogo. En el tiempo empresarial que vivimos, parece que si el Estado tiene posibilidades de sobrevivir las posee en la medida que sirva de modo directo o indirecto a la empresa.

70. Al comparar al **Estado** y la **empresa** en la **dimensión sociológica** resulta que el primero es más **autoritario** y **planificado**, en tanto la segunda es más **autónoma** y se vincula más con la **ejemplaridad**. El orden del Estado abarca formalmente más aspectos de la vida, pero es a veces más limitado en el espacio; en cambio, a través de una unilateralidad de perspectiva económica más aparente que real, la empresa suele encontrar más posibilidades de expansión espacial. El Estado se refiere más a la sociedad global, pero la empresa la caracteriza con particular fuerza.

El Estado es más "estático" y la empresa es más dinámica; el primero suele tropezar con límites necesarios más frecuentemente, aunque el uso de la fuerza le permite a veces absorberlos; la segunda tiene a menudo más destreza para no chocar con esos obstáculos, pero los resultados pueden ser más fácilmente irreversibles.

Con diversa frecuencia el orden estatal y el orden empresarial entran en conflicto: cuando los Estados han sido débiles las empresas han optado por la vía de revolución violenta, pero cada vez más eligen el camino del vaciamiento del poder estatal.

En la **dimensión normológica** y en correlación con sus distintas perspectivas el Estado se manifiesta a través de mayor **diversidad** de fuentes formales. Los repartos estatales se expresan por ejemplo a través de constituciones, tratados, leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones, sentencias, etc., aunque estas fuentes son más a menudo meros **espectáculos** o instrumentos de **propaganda**. La relativa unilateralidad de la empresa recurre a fuentes formales **menos diversificadas**, centrándose en contratos y estatutos, pero salvo intereses fraudulentos tiende menos a vivir del espectáculo y la propaganda, en mucho porque los protagonistas de la actividad económica ejercen penetrante **control**.

El Estado posee más sentido **institucional** y productor de **materializaciones** jurídicas, que incluso con frecuencia falsifican la realidad; la empresa tiene más sentido **negocial** y posee menos pretensión de producir materializaciones jurídicas, aunque al hilo de la búsqueda del mayor lucro su propósito es sustituir en todo lo posible el mundo real por otro **imaginario**.

El ordenamiento normativo estatal es más **rígido** y tiene más sentido **vertical**, en cambio el de la empresa es más **flexible** y posee mayor **horizontalidad**.

En la **dimensión dikelógica** el Estado invoca una pluralidad de valores, muchos de ellos naturales, que se remiten más a la **justicia** apoyada en el orden y la coherencia y a la **humanidad**. En su versión más estricta, la empresa pretende más valores fabricados y la realización de la **utilidad** y de cualquier otro valor que sirva a su satisfacción.

(40) HEGEL, op. cit., pág. 210, párrafo 258.

El Estado atiende más a la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, dialogal, espontánea, gubernamental, integral, de participación y general. La empresa se remite más a la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica, monologal, conmutativa, partial, sectorial, de aislamiento y particular. El Estado contempla el bien común y tiene sentido **publicista**; la empresa se refiere al bien particular y es **privatista**.

El Estado desfracciona más el complejo personal, el complejo real como materia y las consecuencias, pero recorta estos despliegues en el espacio; la empresa tiende a fraccionar el complejo personal y las consecuencias con miras a la apropiación por sus propietarios y fracciona o desfracciona el complejo real según convenga al mayor lucro, pero no tiene cortes espaciales. El Estado brinda **seguridad** en su interior; el **riesgo** empresario es mayor que el estatal, pero la empresa asegura allende las fronteras. El Estado tiende a acoger a una nación, que es una continuidad de **pasado**, **presente** y **porvenir** colectivos, en cambio la empresa posee sobre todo un sentido de **futuro** individualizado.

El Estado tiene menos posibilidades de legitimación autónoma total, pero más posibilidades de legitimación **democrática** (infraautónoma) y de **diversidades aristocráticas**; la empresa invoca a menudo la legitimidad **autónoma** por el acuerdo de los interesados y por una aristocracia **tecnocrática**.

El Estado atiende más a los diversos merecimientos de los recipiendarios y a los distintos objetos repartideros; la empresa los condiciona a sus fines limitados. El Estado puede repartir más **vida**, **libertad**, **creatividad**, **compañía**, etc., pero a menudo se desvía en la "partidocracia" y la burocracia; la empresa se ciñe más a la **propiedad** y el **lucro**, aunque suele ser más eficiente en la satisfacción de las necesidades. El Estado tiene mayor sentido de los derechos humanos fundamentales, pero vale señalar que su reconocimiento nació como consecuencia de la opresión de los gobernados.

Cuando el Estado recurre a la autoridad posee más posibilidades **procesales**; la empresa utiliza la negociación para alcanzar el acuerdo cuando no puede lograr la **adhesión**. El Estado puede fundamentar sus repartos invocando un complejo de valores más rico, pero con cierta frecuencia sus fundamentaciones son falsas. En principio la empresa fundamenta más específicamente en términos de utilidad, pero en muchos casos recurre a otros valores y suele quedar sobreentendido que sus expresiones pueden ser falsas.

El Estado recurre al humanismo **intervencionista** de manera más expresa, pero ahora tiene más posibilidades de ser **abstencionista**; la empresa suele invocar el abstencionismo, aunque de manera oculta interviene en la vida de los individuos, quizás con más energía y de manera más mediatizante que el Estado. El Estado actual parece haber aprendido a ser tolerante; la empresa carece de razones para serlo. El Estado protege al individuo contra los demás, sí mismo y lo demás en amplio espectro de perspectivas; la empresa lo ampara respecto del régimen y lo demás a menudo entendido sólo como pobreza.

La relación entre el Estado y la empresa se inscribe en la importante problemática de la vinculación entre la **política económica** y el resto del **mundo político** (con sus áreas de política sanitaria, artística, científica, jurídica, erológica, religiosa, etc.) que tan especial atención merece desde la modernidad.

71. En el marco de la teoría de los contactos de respuestas jurídicas, desde una apariencia de dominación estatal se pasa con frecuencia a una realidad de mera **coexistencia** o de **dominación empresaria** y **desintegración estatal**.

Poco esfuerzo es necesario para comprender que el Estado y la empresa pueden hacer aportes **específicos** y **complementarios** muy valiosos, pero que la absorción de uno por el otro o la desaparición de cualquiera de ellos resultan "desvaliosas". Una de las mayores catástrofes jurídicas que podrían producirse sería la absorción del **Derecho Internacional Privado** por el **Derecho Comercial Internacional**.

72. A semejanza de las personas físicas, las personas jurídicas poseen una "existencia" o "dignidad" y una "realización" que significa diversos grados de capacidad y de desenvolvimiento en distintos marcos que les pueden ser más o menos hospitalarios, de modo que hay que diferenciar las tres causas internacionales distintas, de su **existencia**, **capacidad** y **hospitalidad**.

Lo expuesto precedentemente acerca de la significación de las personas jurídicas evidencia la enorme importancia que tiene el régimen **internacional** respectivo. Vale destacarlo: a menudo más que de internacionalidad se trata al fin de "interempresarialidad".

73. Para comprender el régimen internacional de las personas jurídicas hay que apreciar su importancia como piezas fundamentales en el **mercado internacional** y la **comunidad económica internacional** y al fin en la **comunidad cultural internacional**, cada día más integrados y universales.

A semejanza de lo indicado respecto de las personas físicas, la solución acerca de la existencia, capacidad y hospitalidad de las personas jurídicas debe atender a los **valores** que realizan. Sin embargo, a diferencia de la dignidad siempre presente del valor humanidad en cada hombre, que hace más universalizable el requerimiento de capacidad de derecho respecto de las personas físicas, los valores de las personas jurídicas pueden presentarse **desbordados** y **falsificados**, de modo que su reconocimiento debe ser más particularizado.

Hay que tener en cuenta especialmente que el marco en que nos desenvolvemos es de **Derecho Privado**, de modo que por una parte las personas de existencia jurídica de carácter público aquí interesan sólo en sus proyecciones privatistas y por la otra no hay que desconocer que las personas de existencia jurídica constituidas con carácter privatista pueden tener proyecciones publicistas, si afectan al bien común (por ejemplo alterando la estabilidad de los gobiernos) y entonces están fuera de nuestra materia.

74. Las personas de existencia jurídica de **carácter público**, sobre todo los **Estados extranjeros**, los **organismos internacionales** y la **Iglesia**, merecen tratamiento especial, no sólo por las características particulares que señalamos precedentemente sino porque su régimen es recibido por el Derecho Internacional Privado de otras ramas jurídicas como el Derecho Internacional Público o el Derecho Constitucional. Sus valores, de orden y de justicia como bien común, de santidad, etc., se inscriben en el sentido publicista que excede los marcos privatistas

de nuestra materia, pero lo condiciona. En situaciones relativamente análogas se encuentran a veces otras personas como las provincias y los partidos políticos extranjeros.

Esta "**recepción intermaterial**" por el Derecho Internacional Privado no excluye que, a semejanza con la diferenciación entre actos iure imperii y iure gestionis para la inmunidad jurisdiccional, se reconozcan con pulcritud en el curso de los valores en juego cuáles son los **ámbitos** en que ese tratamiento especial está fundamentado. No es lo mismo admitir a una persona pública extranjera para realizar actividades privadas requeridas por sus actividades públicas que para otras puramente privadas.

Para que la recepción se produzca en términos legítimos debe asegurarse la **asimilación** pertinente en el marco receptor, por ejemplo, indemnizando a los particulares que resulten perjudicados por la introducción de tales personas.

75. Para regir la "**existencia**" **general** de las personas jurídicas se han adoptado teorías de la **ficción** y de la **realidad** que resultaban vinculadas, con sentidos más conductistas o personalistas, con los respectivos puntos de conexión **lugar de constitución** o **domicilio** y **nacionalidad**. Para muchos partidarios de estas posiciones, la teoría de la ficción conducía a que las personas jurídicas eran sólo territoriales de los Estados que les daban existencia, en tanto la teoría de la realidad llevaba a la extraterritorialidad. Creemos que la persona jurídica es siempre una realidad ideal y material, aunque distinta de las personas físicas.

La dualidad a la vez ideal y material de las personas jurídicas provoca que, por ejemplo, se discuta si el domicilio es el lugar donde se toman las decisiones o el sitio donde se realizan las actividades y si la nacionalidad surge de una vinculación normativa o de la nacionalidad de quienes controlan el poder, interrogantes que corresponden al problema de las calificaciones.

El punto de conexión conductista lugar de constitución es más **superficial** que los puntos de conexión personales domicilio y nacionalidad. Aunque se lo relacione con la teoría de la ficción, en su superficialidad el lugar de constitución significa en definitiva menos remisión a la consistencia y menos intervención estatal.

76. Optando por designar a la teoría de la realidad como doctrina **organicista**, Goldschmidt destacó que "... la teoría de la ficción vive dentro del unidimensionalismo normológico, mientras que la doctrina organicista campea dentro del unidimensionalismo sociológico" (41). Aunque no desconocemos las afinidades mayores de una y otra teoría con las **dimensiones** señaladas, creemos esclarecedor analizar los puntos de conexión que históricamente se vincularon con ellas en relación con las tres dimensiones jurídicas.

En general, el punto de conexión **lugar de constitución** tiene significados más repartidores, autónomos, ejemplares, negociales, utilitarios, privatistas, de legitimación autónoma y abstencionistas, en tanto los puntos de conexión **domicilio** y **nacionalidad** poseen significados más distributivos por influencias humanas difusas, autoritarios, planificadores, institucionales, de referencia a la justicia, publicistas, de legitimación aristocrática e intervencionistas.

La negocialidad del punto de conexión conductista lugar de constitución acerca la comprensión de la persona jurídica al **contrato**, en tanto la institucionalidad de los puntos de conexión personales domicilio o nacionalidad la aproximan a la referida idea de "**persona**".

(41) GOLDSCHMIDT, Werner, "La extraterritorialidad de las personas jurídicas extranjeras públicas y privadas", en "El Derecho", t. 26, págs. 829 y ss.

Pese a las doctrinas domiciliaristas que ganaron espacio en este siglo hasta el tiempo actual de la postmodernidad, creemos que los rasgos jusfilosóficos de las personas jurídicas privadas, y sobre todo de las sociedades, las hacen más afines a las características del punto de conexión **lugar de constitución**.

Aunque se lo vinculó con el Estado, el punto de conexión lugar de constitución resulta hoy más empresarial y el domicilio y la nacionalidad son más estatales. Los puntos domicilio y nacionalidad corresponden a intentos del Estado de controlar a las personas jurídicas privadas, pero esos intentos ahora son menos frecuentes y se encauzan más por la vía del régimen de hospitalidad. Utilizar un punto de conexión real significaría disolver la voluntad contractual y la persona jurídica en los bienes.

77. Pese a que la teoría de la ficción fue sostenida por Savigny, la teoría de la **incorporación**, que es considerada tradicionalmente su elaboración jusprivatista internacional, se origina en los paises anglosajones.

La "ficción" o la "realidad" se refieren de cierto modo más que a la existencia de la persona al carácter **fabricado** o **natural** que se asigne a los **valores** respectivos. En nuestro tiempo, de mayores creencias en el carácter fabricado de los valores y en la legitimación del hombre para fabricar los valores que le sean más útiles, como lo requiere al fin el **capitalismo**, sobre todo en su versión predominante de estilo anglosajón, gana adhesiones el lugar de constitución. Sin embargo, este punto de conexión puede sostenerse también, dentro de la teoría de la realidad, por exigencias de valores naturales.

Ahora no se piensa que se trata de una ficción, sino que hay que facilitar la validez de las personas jurídicas permitiéndoles de cierto modo incorporarse al régimen que más las favorezca. En definitiva, que hay que dar a los hombres las mayores posibilidades de generar Derecho y de fabricar valores. La producción de juridicidad ya no es pensada como monopolio del Estado, y la comparten los particulares; en estos casos la legitimación para fabricar valores no esta en el Estado, sino en los constituyentes particulares de las personas. El punto de conexión lugar de constitución se adopta en un claro sentido afín al de la **autonomía** de las partes, por eso en su marco interesa menos el fraude a la ley.

La vocación universalista del punto de conexión lugar de constitucion, elegido por los fundadores, es especialmente afín a este tiempo en que las empresas suelen difundir su actividad por el mundo al grado que más que de "made in" se habla de "made by". Aunque son utilizados con frecuencia, incluso combinándolos con el lugar de constitución, los contactos "locales" domiciliarios o nacionales, de sentidos más internacionales y a veces nacionales, no son acordes con el alcance planetario de la economia actual. Por lo menos en cuanto a las empresas más características de nuestro estilo de vida, domiciliar o nacionalizar a la persona jurídica es, si, una ficción.

Así como en el mundo medieval la Iglesia reflejó una dimensión sentida como no cultural sino sobrenatural, hoy la empresa es tenida como una realidad **casi natural** del mundo postmoderno. Sería hipócrita y absurdo que el hombre postmoderno pusiera en duda la existencia de muchas empresas cuyos productos y poder identifican su vida toda, tanto si la duda se plantea

a nivel sociológico como normológico. Si la existencia se aprecia en sentido meramente "existencial" e incluso histórico, y no axiológico, muchas empresas son mucho más existentes que muchos millones de seres humanos (42).

Sin embargo, vale recordarlo, la legitimidad de la tendencia a la universalidad del reconocimiento de las personas jurídicas no posee la fuerza que caracteriza a la inclinación a la universalidad del reconocimiento de la capacidad de derecho de las personas de existencia natural. La universalidad de la legitimación directa por la humanidad es mayor que la legitimidad por cualquier otro valor.

78. No obstante, pese a la generalidad de la referencia que suele hacerse a las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, creemos que la aplicación del Derecho del lugar de constitución no resulta igualmente fundada para todas ellas. Sus características no son legítimas de modo equivalente para todas y la legitimación para fabricar valores no es la misma.

La ley del lugar de constitución puede aplicarse más a los marcos dominados por la **utilidad**, como el de las sociedades comerciales, que a otros donde imperan valores diversos como la **santidad**, el **amor**, la **verdad**, etc., según ocurre en las personas jurídicas religiosas, filantrópicas, científicas, etc., sometidas a menudo a los paradigmas de las asociaciones y las fundaciones. En estos casos suele exigirse incluso la autorización local de los otros Estados para que allí sean consideradas existentes.

79. Luego del reconocimiento de la existencia de una persona jurídica extranjera hay que resolver acerca de su **capacidad** y su **habilitación** para actuar en el propio medio. El régimen de habilitación de las personas jurídicas puede brindarles una **hospitalidad reducida**, **amplia** o inclusó **exagerada**.

En **principio** el reconocimiento de la existencia **capacita** y **habilita** para actuar. Sin embargo, el régimen de hospitalidad posee mayores horizontes de bien común que el de la existencia y no todos los valores tienen la misma legitimación expansiva para fundamentar la hospitalidad. Así por ejemplo: aunque se reconozcan las libertades de comerciar y de educar, la habilitación requerida para las sociedades comerciales por el capitalismo y el juego expansivo de la utilidad en los diversos países puede no corresponder a la habilitación más condicionada para las asociaciones y fundaciones educativas, en relación con las cuales la exigencia de seguridad lleva con frecuencia a hacerles necesaria la autorización local por lo menos para poder actuar.

80. La inserción **no excepcional** de una persona jurídica extranjera en el medio local requiere medidas de protección de los integrantes de la comunidad que la recibe. Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto de las sociedades o el establecimiento de representaciones permanentes suelen exigírseles resguardos para los intereses locales como la acreditación de su existencia conforme a las leyes de su país, la fijación de domicilio, la publicación e inscripción, la justificación de la decisión de crear una representación, la designación de la persona que se hará cargo de la misma, la asignación de capital a la sucursal

(42) Ya en 1969 decia Goldschmidt "Es difícil negar que la teoría de la ficción surja en una época en que organizaciones de todo tipo poseían poca importancia y en la cual su consideración científica por la sociología y la sicología social apenas había nacido. Hoy resulta innegable que al lado de individuos existen grupos sociales cuya realidad es tan impresionante que ellos muchas veces resisten la persecución de todo el aparato coactivo estatal. ..." (GOLDSCHMIDT, "La extraterritorialidad" cit., pag. 830)

de que se trate, etc. Se plantea, de cierto modo, un "injerto" de la persona jurídica extranjera en el nuevo medio. También aquí, en cuanto a la integración de la persona jurídica, se presentan problemas de **adaptación** y de **asimilación** en los nuevos ámbitos.

Las exigencias con miras a la asimilación de la persona jurídica pueden ser referidas a los diversos aspectos de los repartos: a los **repartidores**, acercándolos al designar la persona que estará a cargo de la representación; a los **recipiendarios**, aproximándolos con la constitución del domicilio local; a los **objetos**, acercándolos con la determinación del capital de la sucursal; a la **forma**, con la aproximación mediante la acreditación de la existencia, la publicación, la inscripción y la justificación de la decisión de crear la representación, y a las **razones**, con el acercamiento en la acreditación de la correspondencia con las leyes de su país.

Las medidas de asimilación tienden, o deben tender, a que no se radicalice la intervención repartidora de las dirigentes de las personas jurídicas extranjeras y a que hayan más **autonomía** por acuerdo con los recipiendarios locales, mas justicia y mayor protección juspublicista del **bien común** y para eso corresponden ingredientes de planificación gubernamental, institucionalidad y humanismo intervencionista del régimen local.

La legitimación de un régimen especial para la habilitación de las personas de existencia jurídica es mucho mayor que la del régimen de extranjería para condicionar el desempeño de las personas de existencia natural, porque a éstas les corresponde en principio el escenario del mundo, pero es notorio que -como ya señalamos- la realidad social e incluso normativa es muy diversa. Es más fácil limitar a un ser humano que a ciertas poderosas personas jurídicas.

81. Entre las soluciones referidas a la existencia, la capacidad y la hospitalidad respecto de las personas jurídicas pueden presentarse diversas relaciones de **equilibrio**, que varían según se trata de concepciones más **liberales** o "**socializantes**" y que deben ser distintas según las situaciones.

La frecuencia del reconocimiento amplio de la existencia y de ciertas limitaciones para la habilitación de las personas jurídicas muestra la tensión entre la universalidad y la internacionalidad e incluso con la nacionalidad en la vida de este tiempo.

82. Uno de los problemas más agudos del Derecho de la Cultura de países como los **hispanoamericanos** en la actualidad es que, habiendo sido fundados con los signos de la Cruz y de la Espada, suelen no poder desarrollar, ni a veces recibir, personas jurídicas de otro tipo, en un tiempo en que la Iglesia y el Estado se debilitan y las empresas privadas son las grandes protagonistas de la vida. En la época del paso del Estado a la empresa, en América Latina suele predominar la tensión medieval entre Estado e Iglesia. A veces la Iglesia se opone al Estado, pero es demasiado "paraestatal" y "preestatal" para el sentido del mundo actual y con frecuencia el Estado se entrega en demasía al mundo de la empresa e incluso se corrompe sin encontrar freno.

En los países hispanoamericanos suele haber una tensión, propia de los marcos dependientes, entre su cultura relativamente original, aquí **hispánica tradicional** de raíz "habsburguiana", a veces con ingredientes indígenas o italianos meridionales (como en nuestro caso) y la cultura recibida dominante, de estilo **angloafrancesado** (43). La primera es más católica, comunitaria,

(43) El dormitorio de Felipe II, máximo exponente de la concepción hispánica tradicional, en San Lorenzo de El Escorial y el Palacio Real de España, expresión de la cultura borbónica, evidencian los dos estilos de la cultura latinoamericana. Cabe recordar que negándose al proceso que entonces comenzaba a afirmarse Felipe II llegó a decir, por ejemplo, que n

militar y feudal; la segunda es mas veladamente "calvinista" y más individualista, tiene mayores aspiraciones jurídico-formales y capitalistas.

El comunitarismo católico, aparentemente más autoritario, pero religión del don y del perdón, procura una gradual aristocracia de la santidad y significa cierta igualdad económica; el individualismo calvinista, que a veces penetra subrepticiamente en estructuras católicas, es una democracia en lo gubernamental y a menudo una disciplinada plutocracia. El catolicismo tiene sentido mas concreto, pero menos práctico porque es una concreción del amor y de la santidad; el calvinismo es afín a la abstracción del judaísmo, pero es más práctico y utilitario. La técnica del calvinista mundo capitalista no es concreta, sino la ciencia dominada por la práctica de la utilidad

No es sin motivo que los sectores hispanoamericanos tradicionales, por rechazo a Inglaterra pero también por cierta relativa afinidad entre la comunidad universal católica y la comunidad nacional luterana, han simpatizado con frecuencia más con la Alemania histórica, luterana y católica. Sin embargo, las dos grandes vertientes protestantes contienen en su elitismo religioso cristiano, que considera al paganismo un mar oscuro (44), parte de la raiz del elitismo económico y científico del mundo moderno.

En terminos de personas jurídicas, esa diversidad cultural significa el conflicto entre un mundo hispánico tradicional de la Iglesia, considerada forma temporal del reino de Dios, y del Estado "prehobbessiano", incluso signado por el espíritu de la última familia del imperio medieval, y un mundo angloafrancesado del Estado moderno, pero sobre todo del creciente dominio de las sociedades. En Hispanoamérica el proceso que va desde la Iglesia universal al Estado nacional e internacional y a las sociedades crecientemente universales evidencia gran tensión.

Es más, la introducción del mundo de la empresa y en el mundo de la empresa, en gran medida correspondiente ahora a la cultura **yanqui**, que incluso difiere de su raíz angloafrancesada y es más "societaria", es un desafío internacional y sobre todo mundial sumamente significativo para los paises de la región, que a su vez tiene rasgos muy intensos en la Argentina. ¿Cuál será aquí la relación de este mundo difícil de definir de la cultura yanqui (Boston, Nueva York, Houston, Miami, etc.) con los sectores hispánico tradicional y angloafrancesado e incluso con la "izquierda" angloafrancesada?

¿Que actitud externa respecto de las personas jurídicas puede y debe asumir un pais como el nuestro, que en su propia Capital, "porteña", tiene zonas todavía hispánicas tradicionales, angloafrancesadas y específicamente yanquis, que hasta ahora no ha podido siquiera integrar?

b'') El cambio de estatutos

83. En caso de plantearse el cambio de estatutos en cuanto a la existencia de las personas

entendía nada de "dinero inmaterial" (SHELL, Marc, "Dinero, lenguaje y pensamiento", trad. Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 14/15; en relación con la división de la cultura argentina puede v. por el CIURO CALDANI, Miguel Angel "Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; uno de los aportes mayores a la comprensión de la distinción entre las influencias católicas y calvinistas parte de los estudios de Max WEBER c. v. gr. "La ética protestante y el espíritu del capitalismo", trad. Luis Legaz Lacambra, 2a. ed., Barcelona, Península, 1973)

(44) V. KONIG, Franz (Prof. Dr.), "El cristianismo y las religiones de la Tierra", en KONIG, Franz (Dr.) (dir.), "Cristo y las Religiones de la Tierra", trad. Ramon Valdés del Toro, 2a. ed., Madrid, La Editorial Católica, t. III, 1970, pag. 694

de carácter público debe resolverse según lo que surja de las reglas de ese ámbito jurídico. Respecto de las otras, los cambios por "reconstitución" son menos normales que los de domicilio o la nacionalidad.

Creemos que el régimen ha de ser **plural**, con equilibrio entre **conservación** e **innovación**. Las soluciones internas han de atender a la unidad de proyecto que suele caracterizar a las personas jurídicas, pero no creemos que respecto de ellas medien los argumentos fuertemente favorables a la supervivencia temporal de la capacidad que pueden sostenerse en el cambio de estatutos respecto de las personas de existencia natural.

En general suele entenderse legítimamente que si el Estado de origen y el receptor coinciden en dar validez a la persona jurídica los terceros Estados deben reconocerla (45).

Respecto de la habilitación, consideramos sostenible una solución **plural** que atienda, con equilibrio entre **conservación** e **innovación**, a las diversas situaciones producidas.

84. El tema de las personas jurídicas es siempre una de las grandes **cuestiones críticas** del Derecho Internacional Privado, sobre todo en nuestros días que, según hemos dicho, son de cierto modo caracterizables como el paso del protagonismo del Estado al de las empresas.

En última instancia debe resolverse atendiendo, con lúcida comprensión, a todos los despliegues **sociológicos**, **normológicos** y **dikelógicos** de la realidad en juego. Pese a las preferencias que hemos señalado, para establecer las soluciones hay que saber quienes reparten, quienes reciben, qué se reparte, en que forma se reparte y cuáles son las razones. Hay que reconocer la planificación y la ejemplaridad y el orden o el desorden de los repartos. Es imprescindible advertir cuáles son los límites que se enfrentan. Es igualmente necesario conocer acerca de las funciones y la estructura de las normas, apreciar su funcionamiento e investigar el ordenamiento normativo. Hay que saber cuáles son los sentidos de valor y particularmente de justicia que están en juego. Se ha de tener en cuenta que es lo mejor que puede hacerse para la personalización de los seres humanos requerida por el valor justicia.

Es insostenible que pueda llegarse a una comprensión cabal del régimen internacional de las personas jurídicas sin contar con el auxilio de la **Filosofía del Derecho Internacional Privado**.

b) La forma

a') La forma en el espacio

a'') La forma en general

85. La expresión "forma" es altamente **multívoca** (46). A veces, por ejemplo, significa idea o figura interna captable sólo por la mente. A menudo se contrapone a la materia. Cuando en lógica se oponen la forma y la materia del juicio, la forma es lo que permanece inalterable. Sin embargo, la expresión también significa, como nos interesa en este caso, la figura exterior de los cuerpos y de los actos y, más específicamente, los "requisitos externos o aspectos de expresión en los actos jurídicos" (47).

(45) En relación con la filosofía jurídica de la persona cabe recordar el libro de GONELLA, Guido, "La persona nella Filosofia del Diritto", reimpresión, Milán, Giuffrè, 1959

(46) Es posible v. por ej. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", nueva edición revisada, aumentada y actualizada por Josep-Maria TERRICABRAS, Barcelona, Ariel, 1994, t. II, págs. 1374 y ss. ("Forma", también "Formalismo").

(47) V. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Lengua Española", 21a. ed., Madrid, t. I, 1994, pág. 985 ("forma").

En esta última línea de significación, pero tomando también partido en cuanto al valor de la forma, Werner Goldschmidt enseña al respecto que "La terminología común, que también impera en la zona del Derecho, opone forma a fondo. En este binomio ... (l)o importante, lo esencial, es ahora el fondo; la forma, en cambio, no hace sino vestir el fondo mediante una vestimenta sustituible por otra." (48)

En realidad, entre forma y contenido existe una relación de intensidad muy discutida. La forma ocupa una posicion intermedia entre el **contenido** y el **exterior**, resguardando el primero y exteriorizando el acto. La legitimidad de su diferenciación y las diversidades en su comprensión surgen de ese papel bivalente. Algunos consideran mas que la forma **depende del fondo** y otros que es mas **independiente**.

Si el fondo prevalece indebidamente se produce cierto "substancialismo" erróneo; si la forma se hace independiente de las exigencias del fondo se arriba al mero "formalismo". Cuando el contenido no es expresado al exterior se llega a una actitud "secretista" y cuando la exteriorizacion no tiene contenido se arriba a la simulación.

Es notorio que en el significado que le damos la forma no es un fin, sino un **medio** para el fondo y para el exterior. No obstante urge evitar el desconocimiento de que forma y fondo se nutren de manera reciproca. Para comprobar la **coadyuvancia** entre ambos vale tener en cuenta el proceso de deterioro de los dos despliegues que comenzó cuando se creyo en demasía que la forma no tenia valor y, al hilo del "informalismo", se evidenció que, de modo creciente, lo que se fue considerando "desvalioso" era el propio fondo. Hoy, desjerarquizado el fondo de la vida misma, nos refugiamos en demasia en la consideración científica de la forma, haciendo a menudo referencia exclusiva a la lógica o a la teoria del lenguaje.

La forma está estrechamente vinculada con las posibilidades **tecnológicas** y hoy recibe, por ejemplo, las grandes influencias de la informática, cuya importancia es en ciertos aspectos comparable a la aparicion de la escritura. Las posibilidades "formales" han llevado a avanzar incluso en la adopcion automática de decisiones.

86. En la **dimensión sociológica** la forma se presenta como un **"horizonte repartidor"** respecto del **núcleo del reparto**. A veces tiene entre sus repartidores a terceros ajenos al reparto mismo, como sucede con la intervención de los oficiales públicos y con frecuencia incluye como recipiendarios a terceros que no fueron recipiendarios significativos en el reparto mismo. De aquí que también sean diversas las potencias e impotencias, la forma con que se lo decide y sus razones. Puede decirse que, si bien se trata al fin de un mismo reparto general, éste se constituye en relación de **compenetración** entre el núcleo formalizado y el horizonte formalizador. Así un reparto autónomo puede recibir una formalización más autoritaria, o a la inversa.

La forma puede tener un orden propio, surgido de planificación o de ejemplaridad, y en general tiende a agregar un ingrediente ordenador del reparto formalizado. Es un instrumento fundamental para encauzar la posibilidad hacia la realidad y para engarzar la finalidad subjetiva en el complejo de otras finalidades subjetivas y en la finalidad objetiva.

En la **dimensión normológica** la forma es básicamente una autobiografía del reparto hecha por los propios repartidores de manera autosuficiente o, a menudo, cuando la formalización se

(48) GOLDSCHMIDT, "Derecho ..." cit., pág. 255

desarrolla, con intervención de otros repartidores.

La forma puede agregar a los actos distintos despliegues **integradores** de carácter conceptual, que contribuyen a la comprensión lógica y la expresión adecuada, y de carácter materializador, transformando los sentidos de las personas, las cosas, etc. Entre esos despliegues integradores se encuentran diversos grados de **institucionalidad** o **negocialidad**. Así, aunque se trate de un acto normativizable negocialmente, la escritura pública agrega a la compraventa de inmuebles un sentido de institucionalidad. La forma contribuye a incorporar el acto en la coherencia del ordenamiento normativo y en el mundo del lenguaje.

En la **dimensión dikelógica** la forma puede incorporar ingredientes de **utilidad** al complejo de valores del reparto formalizado porque le permite alcanzar más fácilmente los fines que persigue o debe perseguir.

Aunque el acto sea privatista, la forma siempre agrega un ingrediente de justicia general y **publicización**, que alcanza uno de sus niveles más caracterizados en el instrumento público. La forma suele agregar desfraccionamientos de las consecuencias, evitando que los terceros sean perjudicados, y puede iluminar el complejo real, pero a su vez puede recortar este sentido y las posibilidades del porvenir y por tales cortes es a veces un instrumento de **seguridad**.

El reparto formalizador puede tener alcances de legitimación aristocratica especiales, como ocurre con la que suelen poseer los oficiales públicos. A su vez, incorpora como recipiendarios legitimados a terceros y puede agregar para las partes potencias legítimas de **reflexión** y **consolidación** y para los terceros potencias también valiosas de **información** y **buena fe**. La forma es expresión de **respeto** y **protección**.

Aunque a menudo la parte más fuerte se impone, la "forma de la forma" debe resolverse en términos de proceso o negociación, no de mera imposición o de mera adhesión. De aquí que, en su caso, el tercero formalizador (oficial público, abogado, etc.), aunque sea convocado por una de las partes, deba atender a que la forma sea decidida con cabal **audiencia**.

Conforme ya señalamos, en una concepción humanista de la forma ésta debe ser reconocida como un medio y no como un fin. La forma ha de servir al hombre, no el hombre a la forma. Como hemos dicho, incluso la forma ha de ser medio para el fondo y el exterior del acto. A veces la forma debe decidirse por la vía del humanismo abstencionista, pero en otros casos, sobre todo para resguardar a terceros, ha de encararse por la senda intervencionista.

87. Una cuestión de tipo "formal", pero con cierta independencia respecto del resto de la problemática de la forma, es la de la **publicidad** exterior al acto mismo y de la **registración**. Aquí se advierten los alcances de influencias difusas, institucionales, de justicia integral, de participación y general, de proyección de las consecuencias, de comunidad y de "res publica" que posee al fin todo acto humano, por aislado que se presente.

88. Dadas las posibilidades de la tecnología, la forma es uno de los aspectos en que más se advierte que la división internacional, según el espacio, suele ser superada y en parte reemplazada por la **estratificación** mundial.

Sin embargo, en cuanto se mantiene la división **internacional** es necesaria la elección de

Derecho aplicable. La elección de la ley aplicable a la forma depende de que se la considere más vinculada con el **contenido** o con el **exterior**. En el primer caso, se le aplica la ley que rige el **fondo**, en el segundo la ley del **lugar de celebración**.

En la búsqueda de un equilibrio entre ambas perspectivas suelen distinguirse **tres cuestiones**, referidas de manera respectiva a la ley que **impone** la forma, la ley que la **regula** y la ley que establece si la forma realizada **satisface** la forma impuesta.

La ley que impone la forma suele ser la que rige el fondo, la ley que la regula suele ser la del lugar de celebración y la ley que indica si hubo satisfacción de la forma impuesta suele ser, nuevamente, la misma ley de fondo que la impuso.

En ciertos casos, sin embargo, la solución se hace tan **crítica** que se opta por reglas de derecho unificado que establecen directamente cuándo las formas son válidas (por ejemplo, realizando un instrumento público o un acto solemne).

Además las formalizaciones **informáticas** abren cauces tan grandes a la universalidad que el lugar de celebración entra en crisis y se hacen asimismo necesarias soluciones uniformes o unificadas. La forma sitúa y difunde, pero en la actualidad las posibilidades tecnológicas llegan a producir actos "difusos", sin situación determinada, que requieren soluciones de alto sentido práctico y alcance universal.

La ley del lugar de celebración es hasta ahora en principio, salvo la crisis que a su vez le provoca la informática, más afín al sentido de la postmodernidad. Quizás cuando se note la crisis del lugar de celebración se pretenda aplicar a la forma la ley de fondo, pero pensamos que lo más acorde con las necesidades y los criterios de la época será recurrir al derecho uniforme y al derecho unificado.

89. En la **dimensión sociológica** la ley que **rige el fondo** se apoya en una mayor dependencia del horizonte repartidor formalizador respecto del núcleo de reparto formalizado, es más autoritaria, planificada y atenta a la finalidad objetiva; en la **dimensión normológica** es más institucional y en la **dimensión dikelógica** es más referida a la justicia y más desfraccionadora del complejo real, está más legitimada de manera aristocrática y es más intervencionista.

La aplicación de la ley del **lugar de celebración** se basa en una mayor autonomía del horizonte repartidor formalizador, es más favorable a la autonomía de las partes, se vincula más con la ejemplaridad y se atiene más a la finalidad subjetiva. Es más negocial, agrega más proyección de utilidad, fracciona el complejo real produciendo seguridad, pretende más legitimación por el acuerdo de los interesados y es más abstencionista. A menudo, aunque no necesariamente, el recurso a la ley del lugar de celebración es utilizado como una manera de consagrar cierta autonomía de las partes y a veces las partes lo viven en tal sentido aunque no les corresponda.

La aplicación de la ley de fondo atiende más a la publicización del interés en cuanto al contenido. El recurso a la ley del lugar de celebración es más privatista y en todo caso publiciza con orientación a la comunidad donde se realiza la forma.

La ley de fondo es más profunda e internacional; la ley del lugar de celebración es más superficial y universal.

90. A nuestro entender, en principio la ley que está en mejores condiciones para decidir qué forma requiere un acto es la **ley de fondo**. Sin embargo, la comprensión de la forma como **medio** aclara que no es necesariamente constitutiva sino en principio **auxiliar** y los defectos formales no deben ser por sí mismos causales de nulidad de los actos, de modo que, sea o no por la senda del reenvío, la compatibilidad con la ley de fondo puede permitir la aplicación de otra ley **razonablemente vinculada**, que puede ser la del lugar de celebración o la que indique la voluntad de las partes. La satisfacción final de la ley de fondo que suele requerirse al diferenciar las tres cuestiones relativas a la forma guarda importante correspondencia con la compatibilidad a la que nos referimos.

Creemos que la ley aplicable al fondo está habilitada en principio para reglamentar la forma pero, en cuanto se refiere a instrumentos públicos, la reglamentación debe obtenerse de la ley del **lugar de celebración** y en general en cuanto a reglamentación puede resolverse cierta elasticidad análoga a la utilizable para la imposición.

La intervención de terceros repartidores y la planificación, la institucionalización, el sentido público, la aristocracia e incluso la necesidad de cierto humanismo intervencionista del medio de celebración hacen que para la reglamentación de los instrumentos públicos deba aplicarse la ley del **lugar de celebración**. Resulta poco sostenible obligar a un oficial público a actuar según una reglamentación extranjera.

Emplear para la forma un punto de conexión personal o real de manera directa (no por ser el Derecho aplicable al fondo o por admisión de éste) significa atrapar a la forma en el "peso" de las personas o los bienes.

91. A los problemas de publicidad exterior y de registración suele aplicarse fundadamente la **ley local**. En la **dimensión sociológica** las soluciones locales establecen, autoritaria y planificadamente, una mayor autonomía en la participación de los interesados del lugar. En la **dimensión normológica** son institucionales. En la **dimensión dikelógica** son utilitarias para los interesados locales, resultan relativamente publicistas, son fraccionadoras del complejo real y desfraccionadoras de las consecuencias; de ciertos modos son más aristocráticas e intervencionistas y protegen a los terceros contra las partes.

La intervención de la ley local para la publicidad exterior y la registración agrega una proyección nacional que complementa a la internacionalidad. Esta intervención de la ley local, fracturando la superficie de cada país, es acorde con el sentido postmoderno de la actualidad. Sin embargo, es posible imaginar que la universalización llegue a reclamar para estas cuestiones también soluciones uniformes, unificadas e incluso universales.

b'') Las formas especiales

92. En algunos casos un criterio de accesoriedad de la forma lleva a adecuar sus reglas a las necesidades de los actos formalizados. Así suele suceder con el favor a la validez formal de los **testamentos**, a fin de evitar los perjuicios que se plantean por la imposibilidad de salvar sus

defectos cuando se discute normalmente su validez. Para obtener testamentos formalmente válidos se recurre a veces a disposiciones de Derecho unificado o a diversos puntos de conexión alternativos, entre los que se elige la ley más favorable. Vale recordar que en este sentido nuestro Código Civil llega hasta a utilizar también la ley personal de la nacionalidad.

En otros casos la forma debilita la atracción del fondo, como sucede en nuestro Código Civil cuando se establece especialmente que en lugar de requerir escritura pública para la transferencia de **derechos reales sobre inmuebles** situados en el país basta con instrumento público (arts. 10, 1184 y 1211 y 3129 del C. Civil).

b') El cambio de estatutos

93. En cuanto al cambio de estatutos respecto de los puntos de conexión que pueden utilizarse para la forma, si se aplica la ley de fondo, en principio hay que atenerse a la solución adoptada en la determinación del Derecho aplicable al fondo.

Merece especial atención el cambio en el lugar de celebración, que puede producirse por una "re-celebración" del acto de que se trate. Dada la significación en principio accesoria que tiene la forma y sobre todo si rige un punto de conexión conductista y fuertemente privatista como el lugar de celebración nos inclinamos a sostener una posición **unitaria** a la vez **conservadora** e **innovadora** en sentido **selectivo** a favor de la **validez**: el acto que era válido sigue siéndolo, el que no lo era puede llegar a serlo de acuerdo al Derecho del nuevo contacto. Tal vez esto sea especialmente sostenible para ciertos casos como los del favor a la validez formal de los testamentos.

c) Las propiedades

94. La propiedad expresa la disponibilidad que tiene un sujeto respecto de una parte del mundo. Al abrir la sección sobre la propiedad de su "Filosofía del Derecho" Hegel llegó a decir que "**La persona**, para existir como **Idea**, debe darse **una esfera externa de libertad**. Puesto que la persona, en esta primera determinación aún del todo abstracta, es la voluntad infinita que es en sí y por sí, lo que puede constituir la esfera de su libertad es una cosa distinta de ella; del mismo modo que determina lo **inmediatamente diferente y separable** de sí." (49).

La vertiente del pensamiento liberal lockeano ha pensado que el Derecho y el Estado deben ser al fin para garantizar al propietario, y la propiedad es, junto a las personas jurídicas utilitarias, una de las causas elementales más significativas de la postmodernidad (50). Sin embargo el hombre no debe enajenarse en los bienes ni disolverse en ellos, como ocurre con frecuencia en el sistema capitalista, sobre todo en este tiempo.

Ni el hombre ni el Derecho son para la propiedad, ésta es **para el hombre**. Ya el pensamiento antiguo comprendió, al referirse a la "propiedad" en el sentido filosófico del término, que ella no expresa la esencia de aquello a lo que se refiere, y tampoco lo es del sujeto que la posee. Las impugnaciones respecto de las diversas expresiones del fetichismo figuran entre

(49) HEGEL, op. cit., pág. 69, párrafo 41.

(50) Decía el célebre ideólogo de la Revolución inglesa de 1688 "que la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes ..." (LOCKE, John, "Ensayo sobre el gobierno civil", trad. Amando Lázaro Ros, 1a. ed. en B. I. F., Madrid, Aguilar, 1969, págs. 93/94).

los grandes avances que se han producido en el terreno religioso y en el campo psicológico. La crítica marxista contra la conversión del hombre en **mercancía** tiene un valor perdurable y según lo han destacado importantes obras de nuestro tiempo, desde posiciones diversas como el existencialismo cristiano (51) o la neomarxista teoría crítica (52), al fin no somos lo que tenemos sino que tenemos **para ser**.

95. En general, comparándola con las obligaciones, la propiedad tiene en la **dimensión sociológica** más sentido de distribución, aunque sea por influencias humanas difusas, y más significados autoritarios, planificados, de orden rígido, de realidad y de finalidad objetiva. En la **dimensión normológica** posee más sentido institucional. En la **dimensión dikelógica** tiene más significados de justicia extraconsensual, espontánea (ya que en ciertos casos se excede inevitablemente el equilibrio de las compensaciones de la justicia conmutativa) y general. La propiedad se remite mas al complejo real y suele tener ciertos horizontes inevitables de legitimación aristocrática y de humanismo intervencionista.

Sin embargo, para comprender de manera acabada la propiedad se ha de contar con la noción de **reparto**. Con ésta se advierte que, si bien no deja de haber una relación de potencia especialmente intensa del propietario respecto del bien poseído, la propiedad es además, como lo señala la línea de pensamiento kantiana, relación del propietario como recipiendario beneficiado con los **demás integrantes** de la comunidad como recipiendarios gravados.

La noción de propiedad como reparto significa una realización social, una captación normativa y una fundamentación de justicia **más amplia** que la mera relación del propietario con el bien. En cuanto a la **dimensión sociológica**, se trata de un reconocimiento de la confluencia de intereses comunitarios y de una realización más autónoma y ejemplar. En la **dimensión normológica** se necesita una captación más negocial. En la **dimensión dikelógica** se exige una referencia mayor a la justicia, más consensual, de acepción de personas, dialogal y conmutativa, más gubernamental, integral, de participación, relativa y general y más abierta a las influencias del complejo personal de la humanidad. Se requieren más remisiones a la legitimación autónoma y a los merecimientos y más desarrollo de la fundamentación y hay más posibilidades intervencionistas, con el inherente riesgo de totalitarismo, y más despliegue democrático que en la mera concepción "real".

En la **dimensión sociológica** la idea de la mera relación real conduce a realizaciones más autoritarias y planificadas desde un grupo gobernante. En la **dimensión normológica** lleva a captaciones más institucionales. En la **dimensión dikelógica** conduce a más referencias utilitarias individuales, extraconsensuales, de no acepción de personas, monologales y espontáneas, más "partiales", sectoriales, de aislamiento, absolutas y particulares y también más fraccionadoras del complejo personal. Se arriba a soluciones más aristocráticas, más marginadoras de los merecimientos y de la fundamentación, más abstencionistas con desviación al individualismo y liberales que en la comprensión amplia del reparto.

El fraccionamiento del complejo personal producido en la concepción meramente real coloca al propietario en mayores condiciones de seguridad, pero esa seguridad puede resultar injusta.

(51) MARCEL, Gabriel, "Etre et avoir", Montaigne, 1935.
(52) FROMM, Erich, "¿Tener o ser?, trad. Carlos Valdés, 3a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1981.

96. Cada **tipo de cultura** se integra con una particular constitución de la propiedad. En la época actual, de crisis de la noción de sujeto fuerte, el concepto de propiedad como mera relación directa del propietario con el bien resulta inaceptable. Sin embargo, aunque se piensa en términos de reparto, el discurso doctrinario mayoritario sigue apegado a la explicación radicalmente "real". Tal vez haya cierto temor, no del todo desacertado, de que la falta de capacidad actual para la fundamentación lleve al injusto derrumbe mismo de la propiedad.

97. La propiedad es disponibilidad de un mundo que es cada vez **más complejo**. Si bien una milenaria conciencia filosófica y religiosa y el desarrollo económico a partir de la Revolución Industrial han excluido la propiedad de los hombres, el despliegue científico, artístico y tecnológico ha multiplicado los objetos apropiables. Esta multiplicación ha llevado, entre otras consecuencias, a la necesidad de constituir claramente dos tipos de propiedad: "**material**" e "**inmaterial**".

a') La propiedad material

a'') Los derechos reales en el espacio

98. La **propiedad material** se refiere a **cosas** que pueden ser clasificadas según criterios distintos, cuya importancia es diversa según las épocas (muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, registrables y no registrables, etc.). Durante mucho tiempo la clasificación más significativa ha sido la que diferencia a las cosas muebles y los inmuebles, también en el Derecho Internacional Privado, donde precisamente tenía particular relieve la posibilidad del traslado en el espacio.

En lo que suele ser un complejo de "**derechos reales**" que varía según los distintos **estilos de vida**, el sistema de la propiedad material evidencia la manera en que la cosa es penetrada para la realización de la justicia y de otros diversos valores. En otras épocas se ha evidenciado, por ejemplo, una más fuerte presencia del valor santidad (v. gr. en la admisión de las capellanías) y ahora se muestra la muy intensa presencia de la utilidad. Puede decirse, por ejemplo, que nuestro sistema de derechos reales es sobre todo un intento de poder emplear las cosas de la manera más útil posible (usufructo, uso, servidumbre, hipoteca, prenda, etc.).

Los derechos reales suelen constituir el enclave más **sólido** del sistema patrimonial, al que el Derecho capitalista durante mucho tiempo diferenció con nitidez de las obligaciones. El capitalismo solía valerse de un plexo de derechos reales reducido y nítidamente configurado por el legislador, para dejar sí plena creatividad y dinamismo a la libertad contractual. En cambio, al hilo del poder el feudalismo medieval había entrelazado derechos reales y obligacionales. Ahora el capitalismo postmoderno, en el que al final lo que importa es el valor económico en el curso radicalizado de la utilidad y nada es concebido de manera sólida, tiende a debilitar de nuevo las fronteras entre lo real y lo personal.

El sujeto fuerte tuvo una propiedad fuerte; al sujeto débil tiende a corresponder una

propiedad más desdibujada, incluso a menudo oculta tras las personas jurídicas.

99. Para resolver el régimen jusprivatista **internacional** de la propiedad material hay que decidir en primer término el alcance de la **causa**, si sólo ha de referirse a los derechos reales y a los problemas afines como la calidad de los bienes, la posesión y la enajenabilidad o también a otras cuestiones como la capacidad para adquirirlos, los modos de transferirlos, etc. y si han de constituirse una sola causa que abarque los muebles y los inmuebles o dos causas diferentes.

La delimitación de la causa abarcando sólo los derechos reales y los problemas afines corresponde a un criterio más privatista y capitalista clásico, en tanto la inclusión de otros despliegues suele ser pertinente cuando la propiedad es pensada en un sentido más publicista y de cierto modo feudal.

A diferencia del capitalismo clásico desarrollado en la modernidad, que distinguió con gran nitidez el Derecho Privado y el Derecho Público, el feudalismo fue en algún grado una confusión de los dos despliegues jurídicos, en la que lo público se expresó en términos privados y lo privado emergió de lo público. En un marco feudal o en países semifeudales como de cierto modo era el nuestro en el siglo pasado (y como quizás lo sea aún en algunos aspectos) puede resultar si no aceptable por lo menos comprensible una causa de inmuebles locales tan amplia como la del art. 10 de nuestro Código Civil.

Quizás el tiempo crítico de la postmodernidad llegue a significar, junto a la crisis de la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público, una menor nitidez en la constitución de la causa de los derechos reales. Sin embargo la delimitación de la causa, haciendo referencia sólo a los derechos reales y a los problemas afines y excluyendo otras cuestiones como la capacidad para adquirirlos, los modos de transferirlos, etc., resulta ahora imprescindible para evitar que, con alcance incluso totalitario, el hombre sea absorbido por la sociedad.

En los sistemas feudales las cosas **muebles** suelen diferenciarse de los inmuebles por tener menos significación, en tanto en el capitalismo su importancia se va acrecentando hasta el punto que actualmente son más relevantes que los inmuebles. En los primeros tiempos de nuestra materia los estatutarios y Story adoptaron la distinción y fue Savigny quien hizo triunfar su superación.

Tradicionalmente los inmuebles nos sitúan y los muebles son situados, y los muebles ganaron importancia espacial junto a la intensa movilidad temporal de la historia, pero ahora vivimos en días de los "no lugares", cuya fuerza situacional es muy escasa, y se desarrolla un permanente presente. Al fin se trata de un mundo donde todo tiende a expresarse en títulos cotizables y en moneda y donde hay, con creciente claridad, un único sistema bursátil y un único sistema monetario. De cierto modo en la actualidad todo está en todas partes y en ninguna.

La crisis de la distinción llega al grado que los muebles especialmente importantes, como los buques y las aeronaves, suelen ser sometidos a regímenes semejantes a los de los inmuebles o incluso de las personas.

100. En general en la **dimensión sociológica** los **inmuebles** tienen más sentido de distribución, en tanto los **muebles** dependen más de los repartos. Pese a que la calificación de carácter inmueble o mueble depende de las normas, en principio la ubicación de los primeros tiene

más sentido natural y de referencia situacional, en tanto la de los segundos posee más sentido cultural y de situación a determinar.

Los inmuebles brindan más espacio a la autoridad y a la planificación y los muebles tienden a permitir más autonomía y ejemplaridad. Los primeros dan al régimen más carácter conservador, los segundos mas sentido innovador. Los inmuebles reflejan más la realidad y la finalidad objetiva; los muebles corresponden más a la posibilidad y a la finalidad subjetiva.

En la **dimensión normológica** los inmuebles permiten más institucionalidad; en cambio los muebles dan más oportunidad a la negocialidad. La institucionalidad de los inmuebles suele reflejarse en una fuerte función materializadora, que se manifiesta en los inmuebles por accesión y sobre todo por carácter representativo.

En la **dimensión dikelógica** los inmuebles conducen con frecuencia a pensar la justicia con menos ingredientes de utilidad que, en cambio, están más presentes en los muebles. Conforme a lo ya expuesto, los inmuebles son mas conservadores de las influencias de justicia del pasado y los inmuebles se abren más a las referencias al porvenir. Por su limitación de las posibilidades futuras los inmuebles producen más seguridad. La estabilidad de los inmuebles tiende a promover una legitimidad aristocrática a menudo de valores no utilitarios; en cambio los muebles son más afines a la tecnocracia y a la legitimidad democrática. Una sociedad dominada por la presencia de los inmuebles suele ser más intervencionista; una en la que son más significativos los muebles es más abstencionista.

101. En diversos grados todos estos criterios de diferenciación entre inmuebles y muebles se hallan ahora en **crisis** y, en correlación con ella, también lo está la clasificación.

Teniendo a veces demasiado en cuenta esos caracteres diferenciadores y atendiendo en particular a la especifica influencia del cambio de estatutos respecto de los muebles, en ciertos casos el Derecho internacional Privado se vale de una causa propia para los derechos respecto de cosas muebles, haciendo puntual referencia sobre todo a las que son sin situación permanente, para someterlos en este caso -como veremos- a la ley personal del dueño.

Sin embargo, entendemos que si se atiende con normas adecuadas al cambio de estatutos en cuanto a muebles la fractura de la causa de derechos reales no debe producirse.

102. Como lo evidencia la concepción repartidora, los **derechos reales**, sean sobre inmuebles o muebles, tienen proyecciones que interesan a toda la **comunidad** en la que las cosas están física o jurídicamente situadas. La vinculación de las cosas con toda la comunidad, a la que los derechos reales se oponen, hace que éstos constituyan una causa **real**, a la que corresponde un punto de conexión de la misma característica, como el **lugar de situación** de la cosa de que se trate o el **lugar de su registración**. Si se atiende a la situación se hace en general más referencia al mundo natural y si se considera la registración hay más remisión al mundo cultural.

Si en cambio los derechos reales fueran sólo una relación del propietario con el bien resultaría más fundamentable la aplicación de la ley **personal del dueño**. Esta opción tiene apariencia de ser autonomista, pero en el fondo es más autoritaria que la ley del lugar de situación o de registración, porque somete al fin a la voluntad del titular de la cosa, prescindiendo de los

demas interesados de la comunidad.

El lugar de situación corresponde más al estilo de la modernidad y el lugar de registración es mas afin a la postmodernidad. El lugar de registración agrega al lugar de situación un ingrediente "conductista" que puede tener especial parentesco con el estilo de vida de esta época.

103. En la **dimensión sociológica** el recurso a las leyes de **situación** o de **registración** se vale de la autoridad, es relativamente planificado y atiende a la finalidad objetiva de los acontecimientos; en la **dimensión normológica** es institucional y en la **dimensión dikelógica** es en cierta medida aristocratico y humanista intervencionista.

En la **dimensión sociológica**, la ley **personal del dueño**, sobre todo cuando se remite a su domicilio, aparenta apoyarse mas en la autonomia y la ejemplaridad y se refiere mas a la finalidad subjetiva del propietario. En la **dimensión normológica** aparenta ser mas negocial. En la **dimensión dikelógica** aparenta ser autónoma y abstencionista. Sin embargo, en realidad como en parte hemos señalado tiene en principio rasgos de mayor autoridad, no da espacio general a la ejemplaridad ni a la institucionalidad, es más antiautónoma y sirve al individualismo.

104. Al comparar la ley de la **situación de la cosa** y la ley del lugar de su **registración** se advierte que en la **dimensión sociológica** la primera se remite más a las distribuciones, sobre todo cuando se refiere a inmuebles, y brinda entonces un régimen mas estático, en tanto la ley de **registración** tiene más carácter repartidor y significa un regimen mas dinamico. En la **dimensión normológica**, de cierto modo la primera solución es más institucional, en especial cuando se trata de inmuebles, y la segunda es mas negocial. En la **dimensión dikelógica** la ley de situación es mas puramente dirigida a la justicia y la ley de registración agrega rasgos de utilidad. La primera tiende a proteger a los terceros a traves de la referencia a la realidad, la segunda en el curso de la información.

La aplicación de la ley de situación y de la ley del lugar de registracion tienen mas sentido internacional; la ley personal del dueño hace confluir horizontes de desarraigo por universalidad y de arraigo infundado por nacionalidad. La ley de situación y la ley de registración pueden expresar la fractura relativa que en la superficie tiene el tiempo de la postmodernidad o entrar en conflicto con su sentido profundo de universalidad.

Utilizar para los derechos reales un punto de conexión personal o puramente conductista significaria mutilar su relación social. Sólo se justifica la aplicacion de la ley personal del dueño cuando se trata de muebles cuya situación no es posible determinar con suficiente permanencia, casos en los que puede suponerse de alguna manera que "están" en la sede, domiciliaria o nacional, de su dueño. La búsqueda de la situación ficticia fue la posición de Savigny.

Es posible que cuando a veces en la postmodernidad los contratos de utilización de inmuebles son sometidos también a la ley aplicable a los derechos reales, o sea en concreto a la ley de su situación, ello se deba a razones prácticas y a cierta creencia de que al fin los inmuebles son menos importantes que los muebles.

105. A menudo los **buques** son considerados como inmuebles y se los somete, de modo sostenible, a la ley de su **nacionalidad** establecida según el Derecho del Estado que les otorg

el uso de la **bandera**. En el área comercial que nos ocupa, esto se asemeja a atender a la registración y es una muestra del paso relativo de un fundamento publicista de protección a otro conductista y autonomista a través de la "bandera de conveniencia". Por ese Derecho de la nacionalidad pueden regirse los privilegios y derechos reales, pero el carácter privatista y autonomista de la caracterización por la bandera hace con frecuencia que esta no vincule a los terceros, de modo que el derecho de embargar y vender judicialmente un buque suele someterse a la ley de su situación

b'') El cambio de estatutos

106. Como hemos dicho, es necesaria la correcta solución del problema del cambio de estatutos en materia de derechos reales para evitar la "fractura" de la causa respectiva con la diferenciación de inmuebles y muebles.

Salvo desplazamientos excepcionales, el cambio de estatutos respecto del punto de conexión lugar de situación no encuentra cabida en los casos en que se trata de la propiedad de cosas inmuebles "por naturaleza". La sucesión por variación de fronteras pertenece al ámbito pasivo del Derecho de referencia, no al cambio de estatutos. Por el contrario, el cambio de estatutos se presenta con particular intensidad cuando se trata de la "movilidad" de las cosas **muebles**. Surge así la necesidad de decidir sobre los derechos respecto de las cosas movilizadas y acerca del horizonte problemáticamente "potenciado" de la temporalidad en la prescripción de las mismas.

107. En cuanto a los **derechos** respecto de las cosas muebles cuya situación varía, la solución legítima parece ser la **unidad** con apertura a la **innovación**, que en principio ha de admitirse, pero afectada por una **conservación** condicionada de los derechos de las anteriores situaciones.

La conservación se ha de condicionar a una regla de **adaptación** y de **asimilación** que obligue, con miras a la oponibilidad a terceros, a cumplir los requisitos de fondo y de forma exigidos por el Derecho de las nuevas situaciones para la adquisición y conservación de los derechos reales. Reglas análogas de conservación pueden sostenerse también respecto del cambio de regimen de los buques.

Los caracteres de autoridad, de planificación, de institucionalidad, de afinidad con la justicia general, etc. que posee la propiedad, sobre todo en los derechos reales, exigen comprender que se trata precisamente de una causa "real" que requiere puntos de conexión "reales" y, en concordancia, un grado de conservación y de adaptación mayor, por ejemplo, que el que reclama el cambio de estatutos en cuanto a la capacidad y a los puntos de conexión respectivos.

Sin embargo, vale tener conciencia del problema de resolver si para los muebles sin situación permanente se ha de recurrir a una causa específica, sometida por ejemplo a las leyes de los domicilios de sus dueños, o se debe calificar la situación, v. gr. fijándola en dichos domicilios. Una vez más se advierte así la opción entre obrar en la constitución de los tipos legales y los puntos de conexión o intervenir en su calificación.

108. Respecto del cambio de estatutos en la **prescripción**, donde hay una superposición de temporalidades o "temporalidad de segundo grado", pueden adoptarse soluciones **plurales** que hagan coincidir las dos temporalidades de modo que los términos se consideren cumplidos proporcionalmente en cada lugar o respuestas **unitarias** que refieran el término de prescripción sólo a alguno de los extremos del desplazamiento, con criterio conservador o innovador.

El primer punto de vista significa un desfraccionamiento del complejo temporal de la justicia, pero una enorme complejidad; los segundos producen fraccionamientos del complejo temporal generadores de seguridad y desfraccionamientos de las influencias del pasado (antecedentes) o el futuro. Razones diversas, de simplicidad, estabilidad en el regimen de derechos reales, respeto a la justicia de llegada e incluso de seguridad hacen a nuestro parecer sostenible que el plazo se rija por la ley del lugar en donde se **complete** el tiempo necesario para prescribir.

109. La infundada inestabilidad de los derechos y la inseguridad para terceros que ocasionaría el cambio de estatutos respecto de los puntos de conexión domicilio o nacionalidad del propietario figuran entre los titulos para excluir su aplicación.

b') La propiedad inmaterial

a'') La propiedad intelectual, la patente de invención y la marca de comercio y de fábrica

110. La propiedad inmaterial abarca diversas vertientes: la **propiedad intelectual**, la **patente de invención** y la **marca de comercio y de fábrica**. La propiedad inmaterial en general, pero la marca en especial, pertenecen con particular intensidad al ámbito de la **cultura**, diferenciándose así de la propiedad material, que por sus objetos es mas "natural". La propiedad inmaterial surge en gran medida del deseo del hombre de imponerse al mundo natural.

Cada **estilo de vida** tiene sus especiales manifestaciones en cuanto a la propiedad inmaterial. En general su gran desarrollo caracteriza a la cultura crecientemente "artificial" de Occidente y a la forma de vida que éste expande por el mundo, pero si la Edad Moderna fue más época de las producciones científicas y artísticas, la Edad Contemporanea y sobre todo la postmodernidad dan más juego a las invenciones y a las marcas. El pasaje de la modernidad a la postmodernidad está a su vez expresado en el cambio del mayor papel de la propiedad inmaterial más abstracta al mayor rol de la propiedad inmaterial más concreta. El cambio de la sociedad científica a la sociedad tecnológica está signado por el imperio de las patentes y las marcas.

En países como los de cultura hispánica la propiedad literaria y artística tiene más importancia relativa que en otros más proyectados a la transformación científica y sobre todo técnica del mundo, como son los anglosajones, donde poseen más relieve la propiedad intelectual y en especial las patentes de invención. Además en la destreza de estos países para desenvolver las marcas se nutre otra de las vertientes que caracterizan su estilo de vida.

111. En la propiedad inmaterial media siempre un juego más o menos integrado entre el **autor** y la **sociedad**, con fuerte participación de esta última, pero en la vertiente intelectual y en la patente hay más riqueza en la creación del autor y más sentido objetivo, en tanto la marca posee

inicialmente mas significado subjetivo y luego más proyección social.

No obstante ese papel creador y esa objetividad, la existencia de plazos para la propiedad intelectual y la patente quizás se deba en parte a que también tienen en sus orígenes mayores aportes sociales y en cambio es posible que las marcas perduren porque se las supone artificialidades en las que predomina la iniciativa del sujeto, aunque luego tengan proyección social.

En el despliegue general de la propiedad inmaterial la sociedad aparece no sólo por su contribución con elementos básicos para la creación y por el soporte ideológico para que la propiedad se mantenga, sino por la **necesidad** que llega a tener de los bienes de referencia, sea porque se lo exige la naturaleza o porque se lo imponen la cultura y, en mucho, la sociedad de consumo. Otro de los motivos para los plazos a que hemos señalado es que la sociedad necesita básicamente mucho menos de la marca que de la propiedad intelectual o la patente de invención. A esto cabe agregar, obviamente, que las empresas beneficiadas con las marcas son enormemente poderosas.

112. Casi desde su iniciación la conciencia filosófica occidental se ha visto desconcertada porque sin perjuicio de las importantes diferencias advertía semejanzas entre las **mercancías** y **las ideas**, pero ahora la conversión de la idea en mercancía y de la mercancía en idea se hace particularmente intensa. Todo está homogeneizado por el valor económico expresable monetariamente.

El conjunto de la propiedad inmaterial, pero sobre todo la patente de invención y la marca se encuentran crecientemente impregnados por el papel **empresarial**, que tiende a apoderarse del rol de los creadores individuales. Cuando hoy se defiende a la propiedad intelectual y a la patente de invención hay que saber en qué medida se está defendiendo a uno de los aspectos más maravillosos y dignos de la condición humana o a un empresario cuyos merecimientos pueden ser diversos. Pocos seres resultan tan débiles y necesitados de protección como los **investigadores científicos**, los **creadores artísticos** y los **inventores** (53).

113. En la vida de la propiedad intelectual y sobre todo en las marcas hay gran intervención de los **medios de comunicación de masas**. Si bien con frecuencia todas las expresiones de la propiedad intelectual se convierten de cierto modo en "marcas" -como en las producciones más o menos artísticas impuestas por la propaganda, con mínimo grado de correspondencia con su calidad- y pese a que al servicio de las marcas se mueven grandes medios intelectuales e invenciones, es notorio que en las marcas la influencia de los medios de comunicación es descollante, en particular en nuestro tiempo.

Mucho de la problemática así planteada, que en ciertos aspectos puede llegar a la **"disolución"** postmoderna de la persona del autor y de la propiedad inmaterial a través de la difusión masiva, que es aprovechada a menudo por grandes empresas, se produce en el despliegue de la comunicación pública de obras por **satélite** (54).

Los medios que brinda la tecnología son en parte instrumentos para transmitir los mensajes de la propiedad inmaterial y en parte senderos para hacerla difusa; de cierto modo puede decirse

(53) Puede v. nuestro artículo "Derecho de la Ciencia y protección del investigador", en "Jurisprudencia ..." cit., t. 1992-III, págs. 851 y ss. También puede v. SOTO, Alfredo M., "Comprensión jusfilosófica del Derecho de la Ciencia y de la Tecnología", en "Boletín ..." cit., N°21, pág. 102.

(54) Acerca del tema puede v. por ej. el relato de la doctora Delia LIPSZYC en el XIII Congreso Ordinario de la Asociación

que sirven a la "**comunicación**" y a la "**difusión**". Si un momento fundamental para la expansión de la propiedad inmaterial fue el de la invención de la imprenta de tipos moviles otro muy significativo, aunque quizas exageradamente peligroso, es el de la aparicion de la informatica y los demas recursos tecnologicos de nuestros días.

En la postmodernidad la distincion entre original y **copia** tiende a disolverse. Incluso de cierto modo impera el simulacro, cuyo original nunca existió, de modo que sobre todo la vertiente intelectual de la propiedad inmaterial resulta gravemente afectada (55).

114. La propiedad inmaterial en general, pero de modo destacado las marcas, son medios de **poder** muy importantes. El desarrollo diverso de la propiedad inmaterial en los hemisferios **norte** y **sur** es una muestra del desequilibrio vital de nuestro planeta. En el desequilibrio en la propiedad inmaterial y en particular en las marcas se evidencia en mucho la dependencia del sur. Sin embargo para algunos la crisis que produce el desarrollo de la informática sería una manera de desafiarla.

El avance de la propiedad inmaterial en sentido empresarial se ha hecho tan enorme que se pretende someterle sin límites la misma **materia viva**. La amenaza para la libre evolución cósmica alcanza asi límites sorprendentes (56).

115. En la **dimensión sociológica** la propiedad inmaterial resulta, en grados diversos, producto de distribuciones, sobre todo de influencias humanas difusas por la marcha de la cultura y de repartos. En estos sentidos cabe apreciar las influencias de la sociedad y de los autores.

Para una comprensión acabada de la propiedad inmaterial es importante reconocer los repartos en cuanto a los repartidores, los recipiendarios, las potencias e impotencias de salud, información, creatividad, placer, tranquilidad economica, etc. adjudicadas, las formas de las decisiones y las razones. En particular es muy importante saber quiénes conducen, quiénes se benefician y perjudican y en qué consisten los beneficios y los perjuicios.

Aunque la creación de la propiedad inmaterial requiere en mucho libertad, y consecuentemente repartos autónomos, es una verdad notoria la referencia baconiana a que ciencia es potencia. No obstante, si bien ciencia, arte, técnica y referencia comercial son **poder**, el poder no es necesariamente nada de eso. La propiedad inmaterial se vincula con la autoridad pero requiere autonomía. Aunque a veces necesita planificación gubernamental o empresarial, depende notoriamente de la ejemplaridad.

La propiedad intelectual es más compatible con la **libertad de la cultura**, pero la patente de invención entra en fuerte tensión con la **libertad económica**. En teoría la marca se asemeja más a la propiedad intelectual, aunque en la práctica tiende a veces a generar monopolios que también entran en conflicto con la libertad económica.

En la **dimensión normológica** la propiedad inmaterial genera ideología e institucionalización pero, sobre todo en la producción de la propiedad intelectual y las patentes de invención, es un constante desafío a la institucionalidad y una búsqueda de la negocialidad

Argentina de Derecho Internacional - VIII Congreso Argentino de Derecho Internacional realizado en La Rioja del 28 de junio al 1° de julio de 1995: "Aspectos iusprivatistas internacionales de la comunicacion publica por satélite"

(55) En relación con el tema v. por ej. SIMPSON, Lorenzo C., "Technology, time and the conversations of modernity", Nueva York - Londres, Routledge, 1995, págs. 137 y ss.

(56) BERGEL, Salvador Darío, "La materia viva y el derecho de propiedad industrial", en "Revista del Derecho ... " cit., año 25, págs. 551 y ss.

En la **dimension dikelógica** el curso desde la propiedad intelectual a la patente de invencion y de esta a la marca de comercio y de fábrica significa un creciente paso desde valores como la **verdad**, la **belleza**, el **amor**, la **santidad**, etc., más desarrollados en la propiedad intelectual, a expresiones mas fuertes de la **utilidad** en la patente de invención y sobre todo en la marca de comercio y de fábrica. Dentro de la propiedad intelectual, la de carácter literario y "artistico" tiene más referencia a la belleza y la científica es más afín a la verdad.

La propiedad intelectual y la patente contienen más referencia a **valores naturales** y en cambio la marca se apoya más en **valores fabricados** y tiende más a preservarlos. La propiedad intelectual y la patente son más "futurizas" y progresistas, en tanto las marcas son mas conservadoras

Los valores muy altos de la propiedad inmaterial, sobre todo de la propiedad intelectual y de la patente de invencion, deben relacionarse en vínculos de coadyuvancia o de legítima sustitucion con los otros valores a nuestro alcance y, principalmente, han de guardar relaciones de contribucion con la **humanidad**. La propiedad inmaterial ha de satisfacer la verdad, la belleza, el amor, la utilidad, etc. para la humanidad, pero ésta sólo puede realizarse plenamente a través de ellos

Toda obra de propiedad inmaterial es de cierto modo producto del **complejo personal** de la humanidad, se proyecta indefinidamente en el **complejo temporal** y alcanza a aspectos de todo el **complejo real**. Sin embargo, con diversidades según el tipo y el caso de propiedad de que se trate y atendiendo a despliegues de especial creatividad, se la individualiza en los autores, a veces, por un tiempo determinado y en aspectos también precisos.

Sobre todo a la propiedad intelectual y a la patente de invención se le suelen exigir no solo **originalidad** y **novedad**, sino **individualidad** e **integridad** propia y trascendente. La propiedad intelectual y la patente de invención tienen estrecha relación con la dinámica del tiempo, en mucho por lo que reciben de las generaciones **pasadas** y por lo que significan para los hombres del **porvenir**.

Para una comprensión acabada de la propiedad inmaterial es valorar los repartos en cuanto a los repartidores, los recipiendarios interesados, sus merecimientos, las potencias e impotencias de salud, información, creatividad, placer, tranquilidad económica, etc. en juego, las formas de las decisiones y la fundamentación.

Los repartos de las tres grandes manifestaciones de la propiedad inmaterial tienen grados de legitimidad muy disímiles. Las tres poseen pretensiones de legitimación **aristocrática**, pero ésta se refiere a valores diversos que ya hemos señalado. En el desarrollo de todas hay además una invocación a la **democracia del mercado**, pero ésta es mayor en la marca, en la que quizás en profundidad haya, no obstante, especial presencia de la aristocracia técnica utilizada en imponerla.

Las limitaciones de la aristocracia de las marcas suelen evidenciarse especialmente graves en la proyección mundial de algunas que han llegado incluso a hacerse símbolos de la época, a cambio de las cuales países pobres tienen que pagar grandes sumas, correspondientes a partes importantes de su naturaleza y de la proyección humana de su trabajo.

Ya señalamos que la producción **creativa** de los bienes de la propiedad inmaterial, sobre

todo de la propiedad intelectual y de las patentes de invención, es uno de los rasgos mas nobles de la condición humana y merece la más amplia protección, pero también merecen amparo todos los hombres que la necesitan y que constituyen incluso el acervo humano para nuevas creaciones.

El régimen de la propiedad inmaterial ha de ser humanista, respetando la **unicidad**, la **igualdad** y la **comunidad** de todos los hombres y practicando la **tolerancia**. La creatividad es uno de los grandes momentos de la unicidad, mas los hombres somos en mucho también iguales y sobre todo comunitarios.

El régimen justo de la propiedad inmaterial ha de atender a la protección de los hombres contra los demás como individuos o como gobiernos, frente a ellos mismos y respecto a todo lo demás (enfermedad, ignorancia, etc.). Principalmente hay que proteger de manera equilibrada a los creadores, a las empresas y a los individuos comunes. La propiedad inmaterial ampara a los hombres, pero a veces también los agrede.

116. Desde el punto de vista **internacional** vale reconocer que así como la forma y la propiedad material tienden a "situar" la idea, a la que se refiere la propiedad inmaterial, posee amplia fuerza de difusión. Es más: en nuestro tiempo la propiedad inmaterial se va desplegando como una **capa cultural** que incrementa el sentido de la **mundialidad**.

Ya señalamos que en el presente la **producción** de la propiedad inmaterial está centrada en ciertos sectores del Planeta, en tanto las **necesidades** están mundializadas. El **esfuerzo**, a menudo muy meritorio, que se requiere para el desarrollo de la propiedad inmaterial, en particular la propiedad intelectual y la patente de invención, está centrado en algunos países. El **lucro** que con frecuencia se obtiene de la propiedad inmaterial, en especial de las patentes y las marcas, se origina en todo el mundo, pero sólo enriquece a ciertos sectores de algunas áreas. Comprender la situación y contribuir a equilibrarla con justicia es una manera significativa de servir a la vida valiosa. Quizás en este aspecto más que en ningún otro el Derecho Internacional Privado, se evidencia como **Derecho Intercultural Privado**.

El logro del régimen internacional justo de propiedad inmaterial es muy difícil. La propiedad inmaterial tiene naturalmente sentidos de **universalidad** por la producción y las necesidades que escapan a los alcances internacionales y nacionales, pero a su vez desarrolla sentidos de dominación y dependencia que conducen a la adopción de respuestas **nacionales**. A menudo los Estados débiles y las empresas que actúan en ellos tratan de asegurarse la disponibilidad de los bienes de la propiedad intelectual y sobre todo de la patente de invención marginando los derechos de sus autores y de las otras empresas.

Además la **transferencia de tecnología** provoca una problemática que merece particular atención. Las crisis de la internacionalidad y la universalidad en el campo de la propiedad inmaterial, sobre todo de la patente de invención, han llegado a provocar en algunos casos intervenciones diplomáticas que notoriamente exceden los marcos de legalidad y legitimidad que surgen del Derecho Internacional Público y escándalos legislativos.

117. La proyección internacional en juego en la propiedad inmaterial genera la necesidad de **compatibilización** a través de diversos mecanismos, que se diferencian a menudo conforme

a los tipos de propiedad. Al respecto se usan con frecuencia conexiones **acumulativas desiguales**, en las que rige una ley, por ejemplo la del país de la **primera publicación o distribución**, y la ley del país de reconocimiento posterior le establece como **máximo** su propio término o se reconocen los derechos del país de **otorgamiento inicial** supeditados al registro o el cumplimiento de **formalidades** y **condiciones** en el país receptor.

Las leyes de los países de la primera publicación o distribución o del otorgamiento inicial tienen cierto sentido conductista, que puede resultar fundado por el equilibrio que allí debe lograrse entre los propietarios y su medio, pero respecto de las propiedades más creativas, es decir la propiedad intelectual y la patente de invención, la gravitación del creador podría justificar la aplicación de su ley personal, o sea, a nuestro parecer, la ley domiciliaria.

Las leyes de los países de reconocimiento o receptores poseen cierto sentido más real, porque las comunidades locales interfieren en el régimen básico de la propiedad en razón de sus intereses mas o menos fundados.

118. En principio en la **dimensión sociológica** la expansión fácil de la propiedad inmaterial significa más juego para la autonomía y para la ejemplaridad y en cambio las intervenciones locales corresponden a más posibilidades para la autoridad y la planificación gubernamental. La ejemplaridad a nivel mundial puede producir un orden más extenso, aunque quizás menos intenso que las intervenciones locales. Sin embargo, vale tener en cuenta que la expansión significa a veces cierto fenómeno de dominación de unas culturas por otras.

Si bien la expansión de la propiedad inmaterial puede encontrar **límites necesarios** en las intervenciones locales, también éstas pueden hallar obstáculos insalvables por las consecuencias, por ejemplo de insoportable aislamiento, que traigan aparejadas.

Por lo menos en apariencia en la **dimensión normológica** la expansión fácil significa más espacio para la negocialidad y las intervenciones locales dan más sentido de institucionalidad. Sin embargo la expansión puede corresponder a cierta institucionalidad de dominación velada.

Las proyecciones de la propiedad inmaterial trascendiendo las fronteras de los Estados han conducido desde hace largo tiempo a la celebración de **tratados** tendientes a su protección universal. Se busca la **simplicidad** en los requisitos e incluso la actuación de una **organización mundial** (57).

En la **dimensión dikelógica** la expansión fácil de la propiedad inmaterial brinda un vasto despliegue de la justicia relacionada con los fuertes ingredientes de **verdad**, **belleza**, **utilidad**, etc. que caracterizan a sus distintos tipos; en tanto las intervenciones locales dan un sentido recortado al juego de esos valores, invocando a menudo requerimientos de **justicia** y **humanidad**.

Las intervenciones locales suelen pretender incorporar sentidos de justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, dialogal, espontánea y, desde su punto de vista, gubernamental, integral, de participación, absoluta y general, es decir, de Derecho Público. Sin embargo, un interrogante cuya respuesta depende en mucho de los tipos de propiedad y de las circunstancias, es si esos sentidos corresponden en definitiva a la justicia. La expansión de la propiedad inmaterial se apoya más en la justicia rectora, en tanto la intervención local invoca más la justicia correctora.

La expansión de la propiedad inmaterial atiende más a la continuidad del **pasado** y el

(57) Una de las muestras de la búsqueda de simplicidad es la sustitución de los requisitos de registro por el símbolo de "copyright", acompañado del nombre del titular del derecho de autor y la indicación del año de la primera publicación.

porvenir y al desfraccionamiento de las **consecuencias** para que los beneficios sean para lo propietarios. Mucha de su fundamentacion surge de los perjuicios que produciría en el porven la falta de estimulo de los autores. En cambio las intervenciones locales suelen invocar desatencion a un **complejo personal** integrado tambien por la comunidad local y desfraccionamiento de las consecuencias beneficiosas que se considera corresponden tambien esta. Es sobre todo con miras al fraccionamiento o el desfraccionamiento del representativo irrepresentativo complejo personal con la comunidad local que se discute la seguridad de lo propietarios.

En cuanto a la legitimidad de los repartidores, la expansion fácil de la propiedad inmateria y las intervenciones locales suelen invocar despliegues de **aristocracia** diversos: unos de verda belleza, amor, utilidad, etc., los otros de justicia. La expansión fácil tiene a su vez mas significad de legitimación autónoma.

La expansion fácil puede realizar el humanismo **abstencionista**, aunque tambien caer e su desvio **individualista**. las intervenciones locales pueden satisfacer el humanism **intervencionista**, pero asimismo llegar a su extravio en el **totalitarismo**.

La expansión fácil significa en principio mas despliegue de **unicidad** y mayor clima d **tolerancia**, aunque a veces puede requerir indiferencia; las intervenciones locales corresponde a más invocación de **igualdad** y **comunidad** y a un clima de autoridad.

En principio en la expansión fácil de la propiedad inmaterial se protege al hombre contr "lo demás" (ignorancia, miseria, etc.), frente a los demas individuos y contra el regimen; la intervenciones locales suelen invocar otros sentidos del amparo contra "lo demas" (por ej. enfermedad) y los demas.

119. Estimamos que a la luz de las consideraciones precedentes en principio el clima qu ha de prevalecer es, salvo situaciones excepcionales, el de la **fácil expansión** de la propieda inmaterial, sobre todo de la propiedad intelectual y de la patente de invencion, pero n desconocemos que casos particulares pueden requerir intervenciones locales, a veces mu importantes.

b'') El cambio de estatutos

120. Dado el carácter temporalmente "puntual" de los contactos que suelen utilizarse par la propiedad inmaterial, sean el lugar de la primera publicación o distribución o del otorgamien originario de la patente o del registro inicial de la marca, la apertura hacia el futuro no se concre a través de la mutación del punto de conexión sino según **otros contactos**, producidos con lo países de reconocimiento. Las conexiones **acumulativas "temporales"** son una manera de salva los fraccionamientos de cierto modo excesivos contenidos en los puntos de conexión (58).

Al tomar en consideración los puntos de conexión acumulativos vale tener siempre e cuenta cuáles son sus alcances más espaciales y cuáles son los más temporales, advirtiendo en es caso que pueden contener, según acabamos de ver, **criptosoluciones** para la problemática últim del **"cambio de estatutos"**. Al atender a los distintos espacios se atiende así a los distin

(58) Una vez más se advierte la posibilidad de salvar problemas generales de las normas indirectas desde su redaccion.

momentos

Las conexiones acumulativas temporales significan cierta **pluralidad** en la solución y combinan de ese modo la **conservación** con la **innovación**, con frecuencia en un sentido al fin selectivo en contra del titular.

121. El tema de la propiedad inmaterial es en general otra de las grandes cuestiones del Derecho Internacional Privado de este tiempo y resultaría insostenible resolverlo desconociendo sus repartos, sus **normas** y sus **valores**, en particular con miras a la realización de la justicia.

Para resolver el régimen internacional de la propiedad inmaterial, incluso con la pertinente atención del cambio de estatutos, es imprescindible considerar en concreto qué es lo mejor que puede hacerse para que sus contenidos ideales sirvan a la personalización de los seres humanos requerida por el valor justicia.

Sería ingenuo pretender llegar a la solución de manera debida sin el apoyo de la Filosofía del Derecho Internacional Privado.

2) Las causas "relacionales"

122. Las causas "relacionales" a abordar recorren un arco que se inicia con una institucionalidad alta y va decreciendo hasta llegar a un ámbito de clara negocialidad. La primera causa "relacional" a la que nos referiremos es el matrimonio, fuertemente institucional como la filiación, y luego de **"ascender"** a esos niveles el arco tiene un **"declive"** de institucionalidad que recorre las sucesiones y llega incluso a los aspectos negociales de las obligaciones contractuales.

a) El matrimonio

123. En el matrimonio se busca la más amplia **complementación** intersubjetiva en base a la relación sexual. El matrimonio suele abarcar la **realización sexual**, la **procreación**, la **compañía** en el más profundo sentido de compartir el "pan", la **asistencia, beneficios económicos**, etc. El matrimonio es, junto a la amistad, una de las expresiones más profundas del "afecto".

La vida sexual regida, aunque cada vez menos, en el matrimonio es uno de los aspectos que más influyen en el resto de la personalidad y no hay compromiso más intenso que el de la pareja en la "pro-creación". Decía el sabio Epicuro, revelando la importancia de la "com-pañía": "Antes de buscar lo que has de comer o beber, busca con quien has de comer o beber, porque la comida a solas es la comida del lobo"

Es notorio que las instituciones varían según los **estilos de vida** y, pese al espejismo del jusnaturalismo apriorista, el matrimonio es una de las que más las diversifican. En cada tipo de cultura el ser humano buscó en el matrimonio la complementación en la realización de valores distintos. Aunque frecuentemente se trata de una apertura amorosa, muchos otros valores como el poder, la utilidad, la santidad, la belleza, etc. han estado y están en juego.

En la unión según el modelo occidental hay un proceso de debilitamiento y de tensión, ahora incrementado de manera muy notoria. En la postmodernidad el matrimonio tiende a ser dominado

por el valor utilidad, pero esta referencia resulta demasiado débil para sostenerlo, sobre todo cuando se trata de sujetos de cierto modo "disueltos" en el sistema económico general.

En un mundo utilitario y empresarialmente privatizado es difícil que tenga solidez una institución que ahora poco sirve a la producción e incluso a la distribución o el consumo. La utilidad reinante es un valor demasiado dinámico para una estabilidad como la pretendida en el matrimonio tradicional. El debilitamiento, que afecta a las tres dimensiones jurídicas, se expresa a menudo en las uniones de hecho; en la oficialización de uniones homosexuales; en la aparición de nuevas causas que diversifican la problemática matrimonial y en la facilidad para la disolución. La vida sexual, la procreación, la compañía y la asistencia se desarrollan crecientemente fuera del matrimonio.

El matrimonio tradicional tenía fuertes raíces **"re-ligiosas"**, podía decirse que era el más fuerte enclave religioso de la vida privada, pero hoy la sociedad tiene una fuerte apertura capitalista que, si bien en el fondo es una "re-ligión" de la utilidad, rechaza la "recomposición" y el sentido del sacrificio de la religión tradicional. El hombre postmoderno ha redescubierto un sentido pagano del **placer**, en algunos aspectos valioso y en otros "desvalioso", aunque no sepamos si eso ha de perdurar. El matrimonio no puede permanecer apartado del nuevo sentido de la vida.

La fuerza del complejo familiar "matrimonio-filiación" caracteriza a los períodos de **"cultura"** en sentido estricto, pero en los de **"civilización"**, que suelen deslizarse a la **decadencia**, esa fuerza es mucho menor. Esto es lo que parece ocurrir en la civilización con rasgos de decadencia de la postmodernidad.

124. En la **dimensión sociológica** el matrimonio ha sido considerado un complejo de repartos construido en base a distribuciones provenientes sobre todo de la **naturaleza** y de **influencias humanas** difusas, mas ahora se pretende introducir la presencia **repartidora** al punto de desconocer la diversidad de los sexos.

La pretensión humana de superar con los repartos todos los límites necesarios surgidos de la naturaleza de las cosas llega al punto de procurar marginar, con distintos grados de éxito, los sentidos más naturales del complejo constituido por la vida sexual. La ya referida admisión oficial de uniones homosexuales, producida en varios países, es una muestra de la pretensión de la cultura de adueñarse de la naturaleza a la cual, en otros sentidos, se pretende conservar, mas también es una expresión del debilitamiento del sujeto intenso de tiempos anteriores.

El matrimonio ha sido una fuente de **autoridad** y un reducto de planificación, gubernamental y propia de la institución, pero ahora avanzan los sentidos de **autonomía** y de ejemplaridad.

El **suborden** de adjudicaciones de la pareja tiende cada vez más a cambiar sus alcances, es más determinado igualitariamente por la propia pareja, pero menos recortado del conjunto del orden de adjudicaciones de la sociedad, no sólo nacional sino mundial.

En la **dimensión normológica** el fuerte sentido de **institucionalidad** del matrimonio tradicional se debilita y penetran importantes despliegues de **negocialidad**. La fuerza del matrimonio, que llegó a proyectarse en el **"ascenso"** a la institución a través de esponsales y en un dificultoso **"declive"** a través de la separación e incluso detenido en ella, hoy se evidencia en la aceleración de la disolución, que trae aparejada cierta disminución de la importancia de los

esponsales. Si éstos hoy interesan no es por influencia de la institución sino por su valor como "contratos". Cada vez más el matrimonio todo se consensualiza y se asemeja a un contrato. La gran carga materializadora tradicional de los sentidos de "esposo" y "esposa" se debilita de modo notorio y prevalece la realidad de los hechos.

En la **dimensión dikelógica** del matrimonio la fuerte integración tradicional de la justicia con el amor e incluso con la **santidad** y la **utilidad** es sustituida de manera crecientemente radical por la presencia excluyente de la **utilidad**.

En su concepción tradicional el matrimonio es una fórmula de intensa **integración "sincrónica"** de la justicia y el amor, de lo **dikelógico** con lo **erológico**, pero en nuestro tiempo utilitario el valor amor es tan difícil de comprender y está tan disuelto en lo psicológico e incluso en el placer que casi no hay "lugar" en el lenguaje para nombrar la ciencia respectiva y a menudo esa integración "sincrónica" ha resultado disuelta, de modo fácticamente insostenible, en una integración "diacrónica" en que la justicia ha pretendido mantener lo que el amor ya no requería.

Al amplio predominio que en el matrimonio tradicional tuvieron la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, dialogal, espontánea, de participación, absoluta y de cierto modo general le suceden despliegues crecientes de consensualidad, no acepción de personas, simetria, monólogo, conmutación, aislamiento, relatividad y particularidad.

El matrimonio se apoyaba en un fuerte **complejo personal, real y temporal** de la pareja, mas en nuestro tiempo ese complejo es **fraccionado** en los tres sentidos, otorgando así creciente seguridad a los individuos protagonistas. Si bien el sentido de la **fidelidad** llevaba a un fuerte fraccionamiento del complejo personal respecto de los terceros, hoy el fraccionamiento en tal sentido se debilita, aunque se excluye con más fuerza la participación de los terceros familiares en las decisiones. Una época que ha pasado desde la aceleración de la historia y una fuerte proyección "futuriza" más o menos abierta a una aceleración de **continuos presentes** no puede mantener el compromiso para toda la vida que significaba el matrimonio tradicional.

El matrimonio tenía importantes despliegues de legitimación **aristocrática**, sobre todo del esposo, pero hoy la aristocracia queda limitada a cierta intervención gubernamental y en la pareja tiende a admitirse sólo la legitimación **autónoma**. Tradicionalmente los merecimientos matrimoniales surgían de la mera condición de cónyuge; ahora se refieren de manera creciente a méritos por servicios prestados o a prestar. Los objetos repartideros en el matrimonio son de una amplitud excepcional: abarcan el dar vida, la compañía, la asistencia, la libertad y su encauzamiento, la creación, el placer, la propiedad, etc. De una unión que consideraba especialmente repartideras la asistencia reciproca y la procreación, el matrimonio va pasando a un vínculo especialmente encaminado al placer, pero todos encuentran a menudo cauces extramatrimoniales.

Un régimen **intervencionista** en que incluso se admitía cierto paternalismo del marido, con los consiguientes riesgos de totalitarismo y de individualismo a su favor, pasa a otro de mayores rasgos **abstencionistas**, con creciente peligro de individualismo de los dos cónyuges. De un marco en que reinaba la **comunidad** se va pasando a cierto incremento de la unicidad y **la igualdad**. De un clima en que a menudo había intolerante autoridad marital se ha pasado a otro de importantes despliegues de tolerancia y, sobre todo, de indiferencia.

El matrimonio tradicional pretendía de manera principal proteger al individuo contra lo

demás (soledad, enfermedad, miseria, etc.) y respecto de la debilidad de sí mismo y para eso se organizaba un marco indisoluble de autoridad de un cónyuge sobre otro. Ahora se pone mucho más énfasis en el resguardo contra la individualidad del otro cónyuge y frente al régimen. Por otra parte, sin embargo, la consistencia del matrimonio tradicional amparaba contra el régimen en su conjunto; en tanto ahora éste ha avanzado en algún sentido para mantener el equilibrio en la pareja.

125. Aunque las diferencias culturales se van atenuando y el amor, la santidad, etc. pueden contribuir a salvarlas, es evidente que el matrimonio **internacional** es en general todavía mucho más tenso que el contrato internacional.

El matrimonio se constituye en ciertos casos en relativo punto de **resistencia** al proceso de universalización que reina en la postmodernidad (59). Sin embargo, cabe reconocer que también en esta materia hay una fuerte tendencia a la **uniformación**, evidenciada por ejemplo en la difusión de la admisión del divorcio vincular. La uniformacion de la libre vida sexual es una de las maneras mas contundentes de orientarse a la universalización.

126. La prolongada duracion y las amplias proyecciones vitales del matrimonio suelen exigir el empleo de metodo analitico, diversificando sus alcances en cuanto al **tiempo** y a la **materia**. Para lograr la constitución y el mantenimiento del **complejo personal** entre los cónyuges resulta necesario fraccionar el **complejo temporal** y el **complejo real**. Es así que a veces se reconoce la validez de los esponsales diferenciados del matrimonio, que se producen el "corte objetivo" entre validez y efectos, que éstos suelen diversificarse, por lo menos en cuanto a efectos personales y relativos a bienes, y que la separación y la disolucion tambien motivan causas separadas. Incluso hay otras causas especificas, como los efectos de la nulidad, los alimentos, etc. (60).

127. Pese a las excepciones que surgiran en el curso de la exposición, en general las cuestiones matrimoniales, vinculadas básicamente a la vida sexual, la procreación, la compañía, la asistencia, los beneficios económicos, etc., son problemas **personales profundos** relacionadas de modo particular al **domicilio**. Es éste, y no el de la nacionalidad, el lugar donde los hombres desarrollan todas esas manifestaciones concretas de la vida matrimonial. Sin embargo es posible que la evolución "superficializadora" y "disolutiva" del tiempo actual lleve, por ejemplo, a una perspectiva más residencial, conductista o incluso real.

En general el régimen del matrimonio ha tenido y tiene significados de **orden público** aunque en varias perspectivas con alcance decreciente. Se trata del orden público de la condición humana, diverso del orden público capitalista que en definitiva prevalece en estos días.

a') La validez y la nulidad del matrimonio

(59) Es posible v. nuestros artículos "Derecho de Familia Comparado", en "Investigación . . " cit., N° 20, págs. 31 y ss. y "Una parte altamente significativa del "Derecho Universal" de nuestro tiempo: el Derecho de Familia japonés", en "Investigación . . " cit., N° 20, págs. 99 y ss.

(60) Pueden v. nuestros artículos "Nuevo Derecho Internacional Privado matrimonial de fuente interna" en "Juris", t. 80, pág. 364 y ss.; "Efectos en la República de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero", en "Revista de Derecho . . " cit., 29/32, pags. 14 y ss. y "Disertacion sobre codificacion del Derecho Internacional Privado latinoamericano de familia", en "Boletín . . " cit., N° 7, págs. 97 y ss.; tambien puede c. por ej. PALLARES, Beatriz A. M., "Derecho Internacional Privado matrimonial", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1988

a'') La validez y la nulidad del matrimonio en el espacio

128. Dada la influencia que el matrimonio ha ejercido sobre la **filiación** y teniendo en cuenta la posibilidad de que las partes eligieran celebrarlo en un país cuyo Derecho fuera mas favorable, muchas veces, siguiendo el criterio que ha caracterizado por ejemplo a los países anglosajones, se ha sometido la validez del vínculo a la ley del **lugar de celebración** (61). El empleo de este punto de conexión para la validez es una importantísima excepción al contacto domiciliario que requiere el matrimonio tradicional y que a nuestro parecer es también claramente legítimo para la validez de los esponsales. Incluso a veces se ha abandonado el método analítico y, haciendo una síntesis legislativa, se ha llegado a la construcción de una sola causa comprensiva de la capacidad, la forma y la validez intrínseca (62).

El punto de conexión conductista lugar de celebración no posee correspondencia por afinidad con la causa personal validez del matrimonio, pero sí corresponde por la **atracción** que ejerce o por lo menos ejercía sobre el matrimonio la filiación, con miras a obtener hijos matrimoniales. El matrimonio ha dominado a la filiación, pero esta "dialécticamente" ha ejercido influencia sobre el matrimonio

La diferencia en cuanto al tipo de punto de conexión e incluso a la profundidad con relación a la causa es o por lo menos era salvada por la legitimidad de obtener matrimonios válidos para que hubiera hijos matrimoniales. Vale recordar que cuando en Inglaterra se originó la referencia celebracionista la condición de los hijos extramatrimoniales era pésima. Por eso el favor al matrimonio, que en realidad es "favor filiorum matrimonii", suele ser vinculado a la pareja que ha cohabitado.

En tiempos más actuales se ha sostenido a veces que el "favor matrimonii" se orienta no solo a la calidad de los hijos sino a la estabilidad del hogar en que estos han de educarse.

De este modo los países de inmigración contribuyeron a salvar los problemas que podían tener los matrimonios de sus inmigrantes. Aunque hoy la argumentación a favor de la ley del lugar de celebración puede tener más nítido sentido privatista, referido a la justicia particular, inicialmente se invocaron también razones públicas de bien común para obtener matrimonios válidos.

Como se trata del anverso y el reverso de la misma moneda, la misma ley aplicable a la validez resuelve si hay **nulidad** del matrimonio.

129. Según los sentidos actuales, en la **dimensión sociológica** la remisión al lugar de celebración tiene más sentido repartidor, autonomista y de ejemplaridad. En la **dimensión normológica** posee más significado negocial. En la **dimensión dikelógica** corresponde a cierto sentido utilitario, consensual, sin acepción de personas, monologal en cuanto a validez (pero dialogal en la relación del matrimonio y la filiación), "partial", sectorial y particular y de fraccionamiento del complejo real y personal. La legitimación celebracionista es más autónoma, de humanismo abstencionista, con el consiguiente riesgo de individualismo, y de protección del individuo contra el régimen.

(61) Es interesante recordar que la aplicación de la ley del lugar de celebración a la validez del matrimonio se remonta a los casos llamados de los matrimonios de "Gretna Green", localidad escocesa próxima a la frontera con Inglaterra a la que iban a casarse quienes no contaban con la edad de 21 años que se exigía en este país (puede v. al respecto "Casarse es cosa de chicos", artículo aparecido en "La Nación" del 5/VII/1992, sección 6, pag. 11). Entre los defensores del celebracionismo se encuentra Story

(62) V. no obstante por ej. el caso "Brook v. Brook" en NORTH - FAWCETT, op. cit., pags. 571/572.

En cambio, los puntos de conexión personales y en particular el domicilio agregarían, en diversos grados, despliegues de menos proyección específica conductora, de autoridad y de planificación, de institucionalidad y de más referencia a la justicia, de más sentido extraconsensual, con acepción de personas, dialogal de la validez (y monologal del matrimonio), gubernamental, integral y general, de legitimación aristocrática, de humanismo intervencionista, con el consiguiente peligro de totalitarismo y de amparo del individuo respecto de sí mismo.

El lugar de celebración es relativamente más universal que la ley personal, que es más internacional. Esa universalidad, que como hemos visto es de alguna manera afín a la autonomía de las partes, tiene también cierto parentesco con el sentido relativamente "débil" del matrimonio en la postmodernidad.

130. Es posible no obstante que, teniendo en cuenta el camino abierto en nuestra época por la menor significación que se atribuye al vínculo conyugal y por la menor gravedad que se asigna a las relaciones sexuales, en caso de abandonarse el interés filiatorio por obtener hijos matrimoniales se recurra al análisis de las tres causas y la capacidad y la validez del matrimonio sean sometidas, según ya señalamos, a la **ley personal**.

En el caso que eso ocurra, la fuerte carga de complejo personal que siempre significa el matrimonio exigirá, de todos modos, que no haya un corte subjetivo conducente a la existencia de matrimonios claudicantes, de modo que las leyes personales de los conyuges se apliquen acumulativamente. Conforme al criterio general matrimonial ya referido correspondería la ley del domicilio de los contrayentes, pero tal vez como ley personal gane reconocimiento la de su residencia habitual.

Una cuestión digna de consideración es si la pretensión de obtener matrimonios válidos puede alcanzar a la posibilidad de que los vicios que el matrimonio tenga según la ley del lugar de celebración sean purgados por la ley personal común de los esposos al tiempo de la celebración.

En cualquier supuesto, en las perspectivas de la validez del matrimonio que más se consideran vinculadas a la dignidad del hombre, como la exclusión del incesto, median normalmente reservas de **orden público**, incluso establecidas mediante cláusulas especiales.

Creemos que el legítimo reconocimiento de los derechos humanos a la **diversidad cultural** debe llevar, no obstante, a debilitar el orden público, incluso en cuanto a un impedimento tan arraigado como el incesto, si así se contribuye a la mejor realización personal de los conyuges.

b'') El cambio de estatutos

131. La estabilidad requerida por la solución de la validez del matrimonio, sobre todo si ésta es positiva pero incluso cuando es negativa porque puede haber uniones posteriores, exige que los contactos para encontrar la ley aplicable sean temporalmente "puntuales", referidos al momento de la celebración. Esto significa una solución **unitaria** y **conservadora**.

Sin embargo, a nuestro parecer podría considerarse la posibilidad de que un contacto posterior, como sería el de la "re-celebración", purgara a favor de los contrayentes y sus hijos el vicio de su unión. Se trataría, entonces, de una innovación de sentido selectivo.

b') Los efectos de la nulidad del matrimonio

a'') Los efectos de la nulidad del matrimonio en el espacio

132. En algunos casos se elabora una causa específica para los efectos de la nulidad del matrimonio. Como se trata de una relación de **larga duración**, parece razonable que los efectos de la nulidad del vínculo se distingan de la nulidad misma. Aunque suelen ser incluidos en un mismo régimen, incluso vale diferenciar los efectos de la nulidad del matrimonio en sentido estricto de los **efectos del matrimonio nulo**, a los que más específicamente nos referiremos.

Quizás considerar atentamente los efectos de la nulidad del matrimonio sea una manera de corresponder al sentido de la postmodernidad.

133. En la **dimensión sociológica** los efectos de la nulidad del matrimonio se plantean como repartos en relación de compenetración con el reparto de la nulidad. Por otra parte, en los efectos del matrimonio nulo se trata de una manera de reconocer los **límites necesarios** con que se encuentran los repartos que condicionan la validez y disponen la nulidad. Aunque el matrimonio sea nulo, la fuerza de la vida le adjudica consecuencias a menudo inevitables.

En la **dimensión normológica** los efectos de la nulidad significan una concesión de la institucionalidad matrimonial al curso de la vida, aunque a veces sean dispuestos con sentido más institucional y otras con alcance más negocial. Con una carga institucional, pero menor, se habla en ciertos casos del **matrimonio putativo**.

En la **dimensión dikelógica** de los efectos de la nulidad del matrimonio suele haber un utilitario reacomodamiento de los medios y de los resultados que no alcanzaron a producir los fines deseados.

En los efectos del matrimonio nulo se evidencia un **desfraccionamiento** del complejo real en que la vida se desenvuelve más allá de los cauces matrimoniales válidos y, de cierto modo, también un fraccionamiento de los sentidos de justicia que llevan a la nulidad, productor de seguridad para los contrayentes. Se trata de una respuesta a la crisis de los criterios generales orientadores del matrimonio.

A menudo los merecimientos de los recipiendarios, sobre todo en la medida que hayan procedido de **buena fe**, y la magnitud del **daño** que la nulidad puede causar a las personas de los contrayentes y su descendencia llevan a asemejar los efectos del matrimonio nulo, pero putativo, a los del matrimonio válido, hasta la declaración de nulidad. A nuestro parecer es legítimo que la buena fe matrimonial reciba más protección inmediata que la buena fe contractual e incluso la buena fe en los derechos reales, aunque importa tener en cuenta que en el Derecho Positivo la buena fe matrimonial suele no servir -en nuestra opinión con excesivo rigor- en el sentido de prescripción.

Uno de los efectos significativos de la nulidad es la responsabilidad por la misma, aunque vale destacar que ésta se vincula más con los efectos específicos de la nulidad que con los efectos del matrimonio nulo.

Otorgar efectos a los matrimonios nulos es una manera en que se limita la intervención gubernamental, de modo que protege al individuo contra el régimen, pero también una senda para

que el régimen resguarde al o los contrayentes, sobre todo si son de buena fe y a sus descendientes contra la mala fe, su propia debilidad y lo demás (por ej. la soledad).

134. A veces se sostiene para el régimen de los efectos de la nulidad la aplicación genérica de la ley del **domicilio "conyugal"**. Creemos sin embargo que al respecto, salvo excepciones que puede requerir la mala fe, militan en principio los mismos motivos que inspiran el régimen internacional de los **efectos de los matrimonios válidos** y que, en consecuencia, deberían aplicarse las mismas reglas. Una cuestion de difícil calificacion es la de la responsabilidad por la nulidad. Es notorio, sin embargo, que la aplicación del Derecho extranjero en estas cuestiones puede tropezar con la reserva de **orden público** y por esto puede tener significado practico la aplicación de la ley del domicilio conyugal, ya que es muy posible que intervengan los jueces de este lugar.

b'') El cambio de estatutos

135. A la luz del regimen de los efectos del matrimonio y de la relativa analogia con ellos el punto de conexión domicilio de la pareja nos parece una solucion demasiado innovadora para el cambio de estatutos en cuanto se trata de efectos relativos a bienes. Pensamos que para estos efectos podria optarse tambien por la ley del primer domicilio de la pareja. Tal vez la inestabilidad producida por la aplicación lisa y llana de la ley del domicilio sea pensada como una sancion, pero creemos que el espiritu de este tiempo comprende con plenitud que en principio quienes protagonizan un matrimonio nulo, salvo que sean de mala fe, no se hacen merecedores de ninguna

c') Los efectos del matrimonio

136. Desde el punto de vista tradicional los efectos del matrimonio son enormes, ya que se entiende que al **"casarse"** las personas comprometen una integración plena de sus personalidades diferenciada de los demás. Hoy, en la época de la postmodernidad, el debilitamiento de los sujetos se corresponde con un debilitamiento del vinculo y una reducción de sus alcances. Sin embargo los efectos del matrimonio siguen poseyendo importantes proyecciones en la vida toda de cada uno de sus protagonistas.

La consideración de los efectos del matrimonio en un solo tipo legal significaria una "complejidad impura" que avasallaría la vida de la pareja. Por esto se impone diferenciarlos reconociendo diversos aspectos a los que se reconocen puntos de conexión distintos, en mucho con disímiles soluciones para el cambio de estatutos.

No obstante, urge que esas diferenciaciones no pretendan sólo "simplicidades puras", sino que se integren en una verdadera **"complejidad pura"**. Ante las soluciones disimiles respecto de la ley aplicable a los diversos efectos y sobre todo atendiendo a las distintas respuestas en cuanto al cambio de estatutos, que refieren a las parejas a momentos muy diversos, se requiere un importante juego del método sintético-judicial. Este puede ser necesario si, por ejemplo, a los efectos personales se les aplica la ley de un país con fuerte potestad marital y a los efectos relativos

a menos el Derecho de otro que sostenga la equiparación de los esposos

a''') **Los efectos personales**

a''') **Los efectos personales en el espacio**

137. Los efectos personales del matrimonio comprometen rasgos de la persona de importancia máxima. Por lo menos en la perspectiva tradicional se trata de los efectos fundamentales de la relación conyugal. Como la propia denominación de la causa de cierto modo lo indica, es una cuestión **personal**, profunda y común a los cónyuges, de modo que por correspondencia por afinidad es pertinente la aplicación de la ley personal de los esposos que, conforme la preferencia domiciliaria que indicamos precedentemente, debe ser la ley del **domicilio conyugal**.

Reflejando el sentido con que en nuestro tiempo se concibe la relación de la pareja, suele exigirse que se trate del domicilio conyugal que los esposos hayan establecido de consuno, incluso que hayan convivido de consuno. Sería a nuestro parecer ilegítimo utilizar en cambio, por ejemplo, los puntos conductistas autonomía de las partes o ley del lugar de celebración. Los dos superficializarían la causa y el segundo cristalizaría la evolución de la pareja.

138. Los efectos del matrimonio suelen requerir **medidas urgentes**, que sobre todo encaran la seguridad de la persona.

En la **dimensión sociológica** las medidas urgentes son repartos que significan concentraciones de la **autoridad** y la **planificación** con el propósito de poner freno a límites necesarios que amenazan las realizaciones matrimoniales más significativas. Aunque pueden corresponder a una "revolución" de modo normal se trata de la **consolidación** del régimen.

En la **dimensión normológica** se produce una afirmación institucional que intenta realizar directa o indirectamente la exactitud mínima de las normas y las relaciones horizontales de producción entre ellas, que satisfacen el valor infalibilidad.

En la **dimensión dikelógica** las medidas urgentes se apoyan en consideraciones **utilitarias** de lograr los fines con los medios más eficientes, para realizar en última instancia mejor la justicia. La necesidad de desfraccionar los perjuicios que se ocasionarían con el curso del tiempo lleva a fraccionar el complejo temporal y el complejo real de los contenidos profundos de los casos, produciendo **seguridad**. La gravedad de la situación pone en **crisis** los criterios generales orientadores de la materia.

En las medidas urgentes la aristocracia que al fin pueden invocar los repartidores más inmediatos frente a la crisis tiende a conducir a cierta marginación de la legitimación que pueden poseer otros repartidores.

El humanismo intervencionista y el clima de autoridad desplazan, ante la urgencia, al humanismo abstencionista y a la tolerancia, con los respectivos riesgos de totalitarismo y mero clima de autoridad. El régimen se refuerza para hacer frente a amenazas, sobre todo de otros individuos, del mismo individuo y de lo demás.

139. Para las medidas urgentes suelen generarse causas internacionales especiales, y es habitual y en principio correspondiente resolverlas con soluciones en que los jueces de la

residencia aplican la ley local.

El contacto según el domicilio conyugal tiene fuerte sentido internacional, en tanto esta referencia residencial es relativamente nacional y quizás vicariamente universal.

b''') El cambio de estatutos

140. La respuesta al cambio de estatutos en todo lo que se refiere a efectos del matrimonio, pero de modo especial a los efectos personales, es muy difícil por el **entrelazamiento** de los tiempos de la vida de la pareja. El pasado, el presente y el futuro están unos integrados en los otros. Si el futuro de la pareja se impone al pasado de modo radical, quizás sin reconocer que éste deja huellas que no siempre se borran de manera integral, o si el pasado domina al porvenir de manera extrema, cerrando la apertura exigida por la vida misma, los sentidos biográficos de los cónyuges quedan asfixiados.

La solución para el cambio de estatutos que surge del punto de conexión "domicilio conyugal" utilizable para los efectos personales suscita cierta dificultad interpretativa. Puede entenderse que se trata, en sentido unitario, del último domicilio que tenga la pareja o, en sentido plural, de sus sucesivos domicilios. Lo primero tendría un alcance fuertemente innovador; consideramos que la solución justa es la que con sentido **plural** equilibre la **conservación** y la **innovación** según los distintos domicilios sucesivos.

Queda siempre a los jueces que apliquen el o los Derechos domiciliarios atender sintéticamente a los rasgos intertemporales que no hayan sido tenidos suficientemente en cuenta.

141. En cuanto a la aplicación del Derecho de la residencia para las medidas urgentes, quizás la misma urgencia requiera respuestas **unitarias** e **innovadoras**.

Interesa reconocer, sin embargo, el problema que podría denominarse de "**paracambio**" de estatutos que se produce cuando, luego de la aplicación de la ley de la residencia para las medidas urgentes, se recurre al Derecho de otro país, que es normalmente aplicable.

Como en este "paracambio" se trata de diversas leyes que se suceden por las características del caso, se trata de un fenómeno de cierto modo semejante al cambio de estatutos, aunque sea por sucesión de los distintos puntos de conexión. De caracterización más discutible, pero también interesante, es el cambio del **título** con que puede intervenir un mismo Derecho.

La mayor legitimidad de la ley normalmente aplicable puede hacer sostenible para ese "paracambio" una solución **unitaria** de **innovación**.

b'') Los efectos alimentarios

a''') Los efectos alimentarios en el espacio

142. Los alimentos constituyen una de las expresiones más relevantes de la "compañía" y sobre todo de la asistencia en el matrimonio.

En la **dimensión sociológica** suelen colocarse en una relación de **autoridad** y **dependencia** muy fuerte entre quien debe prestarlos y quien debe recibirlos. Los repartos alimentarios se imponen con frecuencia para hacer frente a límites necesarios que ha encontrado la convivencia de la pareja, pero a su vez múltiples límites necesarios (psíquicos, sociopolíticos, socioeconómicos, etc.) pueden interferir en su concreción. La urgencia de las necesidades hace que los alimentos tardíos resulten en gran medida ineficaces. Los repartos alimentarios son instrumentos de la **recomposición** del regimen.

En la **dimensión normológica** los alimentos son pieza fundamental para la institución matrimonial y requieren gran esfuerzo para que las normas se hagan exactas y entre sí realicen el valor infalibilidad.

En la **dimensión dikelógica** se trata de un ingrediente de **utilidad** imprescindible para la realización de otros valores, como la justicia y el amor.

En cuanto a las clases de justicia, tienen gran importancia los despliegues de extraconsensualidad, acepción de persona, asimetría, espontaneidad y participación e incluso, además del sentido de justicia particular, hay un cierto sentido de justicia general.

El requerimiento de justicia de lograr las prestaciones alimentarias en el momento debido del complejo temporal y con los alcances necesarios suele conducir a la exigencia de fraccionar otros despliegues de la realidad e incluso las consecuencias, produciéndose a través de los cortes **seguridad**. De allí, por ejemplo, la frecuencia con que se decide la inmediata prestación provisional.

La prestación forzada de alimentos se apoya en la pretensión de ciertos despliegues de legitimidad aristocrática. En los alimentos entra en juego la legitimidad, como objeto repartidero, de la preservación de la vida en sentido amplio.

La prestación forzada se produce por una intervención humanista intervencionista que, con miras a proteger al individuo contra lo demás (miseria, enfermedad, ignorancia, etc.), sí mismo y los demás, se vale del poder del régimen.

143. Tal vez los alimentos que correspondan en virtud del matrimonio (no sólo entre cónyuges, sino también en otras relaciones de "afinidad") deban pertenecer al régimen **internacional** de los efectos personales de la unión. Sin embargo, diversas razones, entre las que se encuentra la conveniencia de evitar **dilaciones calificatorias** y la conveniencia de responder a la necesidad alimentaria con un régimen internacional **generoso**, pueden legitimar la constitución de una **causa especial** en la que incluso se diferencien la obligación alimentaria en general y los montos respectivos.

Básicamente, con sentido internacional y en correspondencia por afinidad, se debe responder a la causa relativamente personal profunda y común alimentaria con un punto de conexión personal, profundo y común, es decir con la ley personal común y más concretamente con el Derecho del **domicilio conyugal** o, mejor aún, el domicilio conyugal establecido o incluso convivido de consuno. Se trata habitualmente del último domicilio conyugal efectivo.

Sin embargo, para mejorar la débil condición del acreedor, en particular en cuanto a los montos, suele recurrirse a otros puntos de conexión **alternativos** que otorgan un sentido de

universalidad, por ejemplo, el de la ley personal y particularmente el del domicilio del demandado, el de la propia ley personal del acreedor y en especial su propio domicilio, etc. Se entiende con frecuencia que si según sus marcos personales el deudor puede pagar más, esto debe beneficiar al acreedor.

De alguna manera, que se presten los mejores alimentos posibles llega a adquirir cierto sentido de orden público que se busca a través de las distintas opciones brindadas al acreedor.

Dadas las dificultades que tradicionalmente han tenido las prestaciones alimentarias internacionales, es legítima la cooperación que se va abriendo camino para evitar que las obligaciones alimentarias queden burladas en razón de las fronteras estatales.

b''') El cambio de estatutos

144. El régimen básico para el cambio de estatutos que surge de la ley del domicilio conyugal, normalmente del último domicilio conyugal que se haya tenido de manera efectiva, es **unitario** y relativamente **innovador**. Sin embargo, creemos que tal vez se podría servir a la generosidad que suele pretenderse en materia alimentaria otorgando a la solución cierto sentido conservador selectivo a favor del acreedor, por ejemplo, teniendo en cuenta en alguna medida un derecho domiciliario conyugal anterior.

Además, en caso de producirse el cambio de estatutos durante la prestación alimentaria, valdría tomar en consideración una solución **plural** que combine la **conservación** y la **innovación** con un sentido **selectivo** favorable al acreedor. Estimamos notorio que las prestaciones debidas según una ley no deben ser modificadas en detrimento del acreedor por el contacto sobrevenido con otro Derecho.

c'') Los efectos relativos a bienes

a''') Los efectos relativos a bienes en el espacio

145. Aunque a veces se habla de efectos "patrimoniales" del matrimonio, creemos que hay efectos de cierto modo mixtos, como los alimentos, que sólo a veces cuentan con causa propia y tienen a la vez fuerte sentido personal y proyección patrimonial, de modo que hacen aconsejable hablar específicamente de efectos **relativos a bienes**.

Dada la composición del ser humano con un importante despliegue material, el profundo compromiso requerido por el matrimonio sólo es posible si éste tiene significativos efectos relativos a bienes.

146. La causa de los efectos del matrimonio relativos a bienes puede ser ubicada más cerca de lo **patrimonial**, sea a los **contratos** o a los **derechos reales**, o más próxima a lo institucional **matrimonial**.

Las posibilidades de situar los efectos del matrimonio relativos a bienes más cercanos a los contratos, a los derechos reales o a la institución matrimonial muestran una **tercera perspectiva** de los **"conflictos de leyes"**, referida a la **materia**, que se agrega a los conflictos de

leyes en el espacio y a los conflictos de leyes en el tiempo planteados de manera magistral sobre todo desde Savigny. Según la posición que se adopte se promoverá el avance del contrato, de los derechos reales o del matrimonio.

En la utilitaria postmodernidad los efectos del matrimonio referidos a bienes ganan importancia relativa respecto de los efectos personales, pero a su vez esos efectos referidos a bienes tienden a contractualizarse.

147. Recurrir a una concepción de los efectos relativos a bienes más referida a lo patrimonial contractual aconseja soluciones que en la **dimensión sociológica** son más autónomas y ejemplares, en tanto las concepciones más referidas a los derechos reales o al matrimonio tienden a ser más autoritarias y planificadas por el gobierno. Aunque no sea de manera necesaria, la perspectiva contractual puede contribuir a asimilar la concepción del matrimonio a una empresa.

En la **dimensión normológica** se trata de mayor juego de la capitulación matrimonial o de la ley, de una perspectiva más negocial o institucional.

En la **dimensión dikelógica** la concepción más negocial e incluso la perspectiva de los derechos reales son más utilitarias, en cambio el enfoque matrimonial tiene más sentidos de amor e incluso de santidad.

La perspectiva contractual se remite más a la justicia consensual, sin acepción de personas, simetrica, conmutativa, partial, sectorial, de aislamiento y particular; la perspectiva de los derechos reales es más afín a la justicia extraconsensual, gubernamental, integral y general en cuanto a la sociedad y el punto de vista matrimonial se emparienta con la justicia extraconsensual, gubernamental y sectorial pero tiene fuertes sentidos de acepción de personas, asimetría, espontaneidad y participación, e incluso agrega ingredientes de justicia general familiar. La concepción más remitida al contrato es la que considera al régimen de bienes en el matrimonio con sentido más privado, en tanto quizás la que atiende más a los derechos reales sea la que más lo publiciza.

La noción más negocial desfracciona más las consecuencias, dando más posibilidades de que cada uno reciba lo que a él le corresponde, y fracciona el complejo personal y de cierto modo el complejo real, otorgando en estos sentidos seguridad a cada cónyuge. La concepción referida a los derechos reales fracciona las consecuencias, brindando en este aspecto seguridad a la sociedad e invoca desfraccionamientos del complejo personal y el complejo real. La noción matrimonial desfracciona las consecuencias dirigidas a la pareja pero las fracciona entre sus integrantes y fracciona el complejo personal y el complejo real, brindando con los cortes seguridad a la pareja pero sobre todo a su componente más débil.

La concepción contractual adopta criterios de legitimación más autónomos, la referida a los derechos reales tiende a basarse en la legitimación social, que puede ser infraautónoma y el punto de vista matrimonial suele combinar estos criterios sociales con ingredientes de legitimación aristocrática.

La noción contractual apunta más al humanismo **abstencionista**, con el consiguiente peligro especial de individualismo, atiende a la unicidad y protege más al individuo contra los demás como individuos y como régimen. La concepción referida a los derechos reales es más

intervencionista, con el respectivo riesgo especial de caer en el totalitarismo, atiende más a la igualdad e invoca el amparo del individuo respecto de los demás individuos. La perspectiva matrimonial es **intervencionista**, con el particular peligro especial de totalitarismo, es más comunitaria y resguarda al individuo sobre todo respecto de sí mismo y lo demás.

Una de las vías para la protección del individuo es la pluralidad cultural e institucional. Hay que impedir que el matrimonio lo absorba demasiado, pero también el monismo cultural e institucional de la empresarial visión contractual.

148. Para establecer el régimen **internacional** de los bienes en el matrimonio hay que saber si, con afinidades con los contratos, los derechos reales o el matrimonio, se trata de una causa de cierto modo conductista, real o personal y hay que reconocer su mayor superficialidad o profundidad.

La concepción más referida a lo contractual suele remitirse, con sentido de correspondencia por afinidad negocial, a las capitulaciones, incluso aplicando a su validez la solucion utilizada para los contratos. A veces se afirma con sentido contractual que ha de utilizarse, por lo menos limitadamente, la autonomía de las partes. Esta posición sería a nuestro parecer más sostenible si no existiera la absorbente marcha de la concepción empresarial del mundo, que puede falsificar el sentido de la voluntad de las partes y si se radicaliza empobrece la vida (63).

La perspectiva referida a los derechos reales suele remitirse a puntos de conexión afines, como el lugar de situación de los bienes, pero creemos que por su sentido social esta solución poco tiene que ver con la causa, significando así una mera yuxtaposición que destroza la unidad del vínculo.

La concepción más referida al matrimonio se remite al derecho personal común de los cónyuges, según entonces corresponde, al derecho del domicilio conyugal.

La concepción contractualista es más universalista, la referida a los derechos reales es mas nacionalista y la que se remite al matrimonio es más internacionalista.

Entendemos que en principio es más legítima la perspectiva matrimonial, o sea que (sin resolver todavía el régimen de cambio de estatutos) corresponde aplicar el Derecho del **domicilio conyugal**.

b''') El cambio de estatutos

149. Dadas la tensión que puede suscitarse entre los intereses de los cónyuges y las posibilidades de fraude esta causa exige brindar muy particular consideración al cambio de estatutos. En general, atendiendo al poder del esposo, ahora casi extinguido en el estilo de la postmodernidad, y considerando también la necesidad de certeza, se suele optar por respuestas **unitarias** y **conservadoras** que de alguna manera petrifican los contactos en momentos en que el poder del marido es menor y permiten saber a qué atenerse. Es así que se precisan los contactos remitiéndolos a antes de la celebración del matrimonio, al tiempo del mismo o al primer contacto posterior.

El "arco" de soluciones de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de

(63) En relación con el tema puede v. por ej. RADZYMINSKI, Alejandro P., "La ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio en el derecho internacional privado argentino", en "El Derecho", t. 156, págs. 863 y ss.

1889 y de 1940 es muy demostrativo del paso de la contractualidad a la institucionalidad matrimonial. El primero recurre a las capitulaciones, al domicilio que los cónyuges hubieran establecido de consuno antes de casarse y al domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Incluso las referencias personales domiciliarias están encapsuladas así en marcos de consenso o posibilidad de consenso. El segundo Tratado se remite al Derecho del primer domicilio conyugal.

Sin embargo, pese a estas soluciones unitarias y conservadoras mínimamente aceptables, a nuestro entender el fuerte fraccionamiento del complejo temporal que producen puede evitarse mediante un desfraccionamiento que, con sentido **plural** e incluso más abierto a la **innovación**, atienda a los contactos **sucesivos**, en especial a los domicilios conyugales sucesivos, aunque sea dejando a salvo que ha de tratarse de los que se establezcan con consenso de la esposa o, con un sentido de solución selectiva, que del cambio de estatutos no resulte perjuicio a sus derechos. La construcción de una respuesta plural de este tipo requiere, de manera notoria, un esfuerzo de síntesis conexional muy grande.

d') La separación y la disolución del matrimonio

a'') La separación y la disolución del matrimonio en el espacio

150. Dadas las profundas consecuencias del matrimonio y de su disolución suelen diferenciarse la extinción de efectos del vínculo y la extinción del vínculo mismo. Por eso se suelen distinguir las "causas" **separación** y **disolución** del matrimonio. Así como se pone especial cuidado en la solución de la validez del ligamen se pone también particular atención en su disolución. La separación suele obtenerse con más facilidad que la disolución y a menudo constituye un paso previo para ésta.

Las referencias al descubrimiento en el porvenir de injusticias que existían al tiempo de la celebración (ex tunc) o a injusticias meramente sobrevenidas (ex nunc) marcan la distinción entre la **nulidad** y la **disolución**.

151. En la **dimensión sociológica**, la **separación** y la **disolución** del matrimonio son repartos que pueden referirse más a **distribuciones** por influencias humanas difusas o a **repartos** de los cónyuges. Pueden resolverse con más autoridad o autonomía (consentimiento) de los esposos y según un orden más planificado o dependiente de la ejemplaridad.

La separación y la disolución invocan e indican que el reparto matrimonial ha alcanzado límites necesarios de carácter psíquico, sociopolítico, socioeconómico, etc. A su vez los repartos de separación y disolución y de modo destacado la audiencia en su preparación suelen tropezar con límites necesarios.

En correspondencia con la autoridad y la planificación y con la autonomía y la ejemplaridad, en la **dimensión normológica** la separación y la disolución pueden encararse con sentidos más institucionales o negociales. La separación y la disolución entendidas más institucionalmente suelen concebirse como **castigos**; las más negociales son afines a la idea de **remedios**, aunque no hay que confundir la separación y la disolución remedios con las que se

obtienen por consenso.

Al "saltar" desde las fuentes formales de las normas a la realidad se advierte que en la separación y la disolución suelen haber recipiendarios familiares no contemplados normativamente. Mucho puede variar la perspectiva si se piensa en separación o disolución de un matrimonio o de una familia.

En la **dimensión dikelógica** la separación y la disolución pueden enfocarse con referencia a diversos valores, por ejemplo, integrando más la justicia con el amor o con la utilidad. Las ideas de castigo apuntan más a la **justicia** en sí y las de remedio incorporan más referencia **utilitaria**.

La separación y la disolución castigo tienen más sentidos de justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea, gubernamental, de participación y general respecto de la familia. La separación y la disolución remedio tienen más alcances de justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica, conmutativa, partial, de aislamiento y particular. La separación y la disolución castigo tienen cierto sentido más publicista, en tanto la separación y la disolución remedio poseen más significado privatista. En el castigo suele atenderse más a la justicia de partida y en el remedio más a la justicia de llegada.

La separación y la disolución entendidos como castigos desfraccionan más el **pasado**, en cambio al ser resueltas como remedios se abren más al **presente** y al **porvenir**. La separación significa el relativo fraccionamiento del complejo personal por el fin de la cohabitación e incluso puede traer el fraccionamiento del complejo real del patrimonio conyugal; en la disolución se fraccionan todos los aspectos del complejo, personal, real y también temporal. Todos estos fraccionamientos de la justicia brindan **seguridad** a los cónyuges. El avance en las influencias de justicia individuales de los esposos puede significar inseguridad para otros integrantes del grupo familiar.

En el castigo los repartidores pretenden una legitimación más **aristocrática**, en el remedio se apoyan en más **autonomía**, sobre todo cuando interviene el consenso de los esposos. En el primer caso, la aristocracia requiere con frecuencia tribunales especializados. El castigo tiende a manejar criterios de responsabilidad que en otros casos están ausentes. En el remedio la separación y la disolución atienden más a los merecimientos y desmerecimientos surgidos de las distribuciones y en el castigo se refieren más a los méritos y deméritos emergentes de los repartos. Mucho es lo que se discute acerca de los merecimientos y desmerecimientos, los méritos y los deméritos de otros recipiendarios distintos de la pareja que se separa o se disuelve.

Es factible atender como objetos repartideros de la separación y la disolución a la compañía o a la soledad, la creación superadora de la rutina, la propiedad, etc. Una de las críticas más firmes que se hacen a la mera separación es que condena a la soledad. También en esta materia la autoridad y la autonomía pueden decidirse más legítimamente con audiencia de los interesados por vías de proceso o negociación o de maneras más ilegítimas por los caminos de la mera imposición y la mera adhesión. La importancia de las cuestiones suele exigir una sólida **fundamentación**.

La separación y la disolución castigo tienen más sentido de humanismo **intervencionista**, con el consiguiente riesgo específico de totalitarismo, en tanto cuando son remedio suelen poseer más carácter **abstencionista**, con el respectivo peligro más intenso de caer en el individualismo.

El castigo atiende más a la comunidad, el remedio a la unicidad y la igualdad. La separación y la disolución dispuestas como castigos son más protectoras en las relaciones entre los cónyuges; cuando son remedios hay más sentido de protección contra lo demás.

152. Las soluciones **internacionales** acerca de estas causas están afectadas por las tensiones entre regímenes que encaran la separación y la disolución con criterios a veces todavía bastante dispares. Durante mucho tiempo se trató de una batalla sin cuartel entre regímenes **divorcistas** y **antidivorcistas**, hoy resuelta a favor de los primeros. El estilo de vida de la postmodernidad conduce claramente a la disolubilidad del matrimonio, al que llega a concebir casi como un contrato que puede resolverse fácilmente. La inexistencia y ahora en especial la existencia del divorcio vincular se plantean a menudo como exigencias de **orden público**.

La separación y la disolución son causas personales profundas que afectan a ambos cónyuges y por eso suele optarse en correspondencia por afinidad por la ley personal común, con especial acierto, por la ley del **domicilio conyugal**. Sin embargo, para la separación y la disolución remedios puede resultar sostenible aplicar, con algún sentido consensualista y conductista, la lex fori, que puede no coincidir con la solución domiciliarista si la jurisdicción no es la del domicilio conyugal. Incluso vale discutir si es legítimo llegar a ejercitar la autonomía de las partes.

La tensión hoy casi superada entre los regímenes divorcistas y no divorcistas a veces ha conducido a cierta **acumulación** del derecho personal con el que rige la validez, habilitado para determinar las causales admisibles. De esta manera, además, se ha satisfecho cierto sentido consensualista del vínculo, en el sentido de atender a las expectativas de las partes, con particular intensidad cuando la validez es regida por la ley del lugar de celebración.

En casos en que ya no haya domicilio conyugal por haber mediado separación legal, puede resultar cuestionable que no se tengan en cuenta contactos personales más actuales.

La más nítida internacionalidad se logra en la aplicación lisa y llana de la ley personal común de los esposos, en tanto la atención acumulativa al régimen de validez es una crisis de la internacionalidad que puede significar un sentido de universalidad de algún criterio matrimonial divorcista o antidivorcista o, tal vez más, una referencia nacional.

b'') El cambio de estatutos

153. Cuando se puntualiza el contacto refiriéndose expresamente por ejemplo al último domicilio conyugal la cuestión del cambio de estatutos queda obviamente resuelta; en otros casos se hace necesario determinar si se hace referencia al momento de producirse la causa de la crisis, del último contacto común, de la interposición de la demanda, etc.

La solución justa se hace particularmente difícil por el ya referido entrelazamiento de los momentos de la vida de la pareja, que también influye en la elección del Derecho aplicable respecto a la separación y a la disolución.

Creemos que la solución legítima para el cambio de estatutos en cuanto al domicilio conyugal ha de ser en este caso **unitaria** y que en principio es preferible referirla al momento de

la crisis invocada, **conservando** ese contacto aunque varie el domicilio de la pareja. Sin embargo, también podría plantearse un criterio **innovador** selectivo favorable o restrictivo de la separación o la disolución. Al fin, por ejemplo, puede ser justo salvar el vínculo matrimonial.

e') El horizonte del concubinato
a'') El concubinato en el espacio

154. Ya las múltiples clases de concubinato señaladas tradicionalmente (natural, adulterino, incestuoso, sacrílego, etc.) muestran que esta relación de pareja puede producirse en múltiples circunstancias. En general se evidencia una **tensión** entre la cultura consagrada en el matrimonio y la de los protagonistas, pero esa tensión puede tener distintos grados de legitimidad o ilegitimidad.

En nuestro tiempo, a la luz de lo mucho que se ha aprendido y también a la sombra de lo mucho que parece haberse errado en materia de relaciones sexuales y de pareja, el concubinato es objeto de una mayor comprensión, aunque tal vez la simpatía sea más amplia cuando se trata de quienes se colocan "sobre" las pautas morales dominantes, no si se trata de los marginales a quienes, sin perjuicio de la consideración debida a los primeros, quizás más habría que comprender.

155. En la **dimensión sociológica** el concubinato tiende a centrar la atención en la pareja, es en principio más autónomo y se remite más a la ejemplaridad que el matrimonio; éste es más referido a una perspectiva familiar, es más autoritario y se apoya más en la planificación gubernamental.

Siendo repartos, las relaciones de concubinato son siempre jurídicas, pero al establecerlas en la vertiente gubernamental es importante considerar que con gran frecuencia los protagonistas se mantienen fuera del matrimonio porque **no desean** la intervención de los gobernantes, porque quieren resolver sus cuestiones mediante la autonomía y la ejemplaridad.

No obstante, cuando se atiende a la "autonomía" del concubinato hay que tener en cuenta en qué medida y por cuanto tiempo expresa el acuerdo de los dos protagonistas, ya que a veces responde al predominio de uno de ellos y también hay que considerar que puede haber otros interesados, por ejemplo, sus descendientes.

El concubinato plantea a menudo una crisis del orden de repartos del matrimonio, resultando en principio relativamente **anárquico** y **arbitrario**, pero en nuestro tiempo estos caracteres se van diluyendo. El concubinato puede y suele responder a un orden no necesariamente contrario al oficial, sino "paraoficial".

La relación de concubinato se desenvuelve en marcos donde encuentra **límites necesarios** el matrimonio, mas también ella enfrenta importantes límites surgidos de la naturaleza de las cosas. Las vinculaciones sexuales de nuestro tiempo están muy lejos de quedar abarcadas por el matrimonio y el concubinato. Límites necesarios de carácter psíquico, sociopolítico, socioeconómico, etc. así lo imponen.

En la **dimensión normológica** el concubinato tiene más sentido de negocialidad que el

matrimonio, figura fuertemente institucional.

En muchos casos el concubinato debe ser conceptuado como una figura **propia** y no disuelta en otras, como por ejemplo la sociedad de hecho, distantes de captar su sentido profundo. Suele plantearse así una **carencia**, a veces histórica y a menudo dikelógica. La carencia histórica se produce en ciertos casos por olvido y en otros por aparición de una figura de pareja diversa, de tipo homosexual. La carencia dikelógica se evidencia por los cambios producidos en la conciencia jurídica al respecto.

Ante la ausencia de norma se debe resolver si se ha de tomar el camino de la autointegración por analogía, que puede referirse al matrimonio o a otras figuras, por ejemplo de tipo contractual, o ha de recurrirse a la heterointegración. Nuestro parecer favorable a la figura propia se orienta a atender de modo principal a la analogía con el **matrimonio**, pero obviamente no excluye las **particularidades** que ilumina la heterointegración.

El concubinato plantea con frecuencia, aunque en diversos grados, una **"falla"** en el área matrimonial del ordenamiento normativo, con la correspondiente crisis de su coherencia, en gran medida por deficiencia en las relaciones horizontales de producción y de contenido, es decir en la infalibilidad y la concordancia.

En la **dimensión dikelógica** el concubinato pretende realizar como el matrimonio el valor **amor** y de cierta manera es más **"utilitario"**, aunque suele desjerarquizárselo por razones de justicia, santidad, etc. La relación de concubinato tiende a apoyarse más en la justicia consensual, "partial" y particular, en tanto el vínculo matrimonial se remite más a la justicia extraconsensual, gubernamental y general. El concubinato es más **privatista** que el matrimonio.

El concubinato fracciona el complejo personal de la familia y produce seguridad para los concubinos respecto de los otros componentes del grupo, pero se abre más a la posibilidad de las decisiones del futuro, colocando a los concubinos en la inseguridad respecto de la continuidad de la relación. El matrimonio desfracciona el complejo familiar y fracciona más el futuro de los integrantes, produciendo seguridad para los cónyuges y los otros componentes de la familia.

Aunque los criterios generales orientadores le resulten contrarios, la justicia requiere que el concubinato sea valorado sin prejuicios y que en su caso se descubran también otros posibles criterios generales más favorables.

El concubinato procura una legitimación más autónoma, en tanto el matrimonio se apoya más en una legitimación aristocrática del legislador. Sin embargo, el concubinato suele colocar ante el cambio de la voluntad autónoma de los participantes, que luego reclaman la intervención relativamente aristocrática del gobierno. En una especie de "dialéctica" que disminuye las diferencias, el matrimonio comienza siendo más autoritario, pero al fin en nuestro tiempo recibe con frecuencia la autonomía de las partes para disolverse; en cambio el concubinato comienza autónomamente y luego requiere a menudo la autoridad para disolverse.

El concubinato se apoya en un humanismo más **abstencionista** y da más protección contra el régimen. El matrimonio se basa en un humanismo más intervencionista y da más resguardo entre individuos, a cada cónyuge respecto de sí mismo y con referencia a lo demás (sobre todo la soledad).

Al establecer una solución gubernamental para el concubinato hay que tener en consideración

que los protagonistas de la pareja lo plantean de cierto modo **en "negativo"**, procurando excluir esa intervención gubernamental, de modo que al **pasarlo a "positivo"** y excluir lo que de alguna manera surgió de su voluntad hay que estimar cuidadosamente los fundamentos.

156. Aunque el **Derecho Internacional Privado positivo** suele dar la callada por respuesta, creemos que el concubinato merece en esta materia especial atención, ya que los grados de marginalidad en general y de "marginalidad aceptada" difieren según los países.

Por tratarse de una cuestión personal profunda que abarca con particular intensidad a los dos protagonistas corresponde por afinidad someterla en principio a la ley personal común, en especial, a la ley del **domicilio común**, utilizando sin embargo en la medida que corresponda la analogía con el matrimonio. Según ese criterio del domicilio común han de resolverse tanto la existencia del vínculo como los efectos y la disolución. Subsidiariamente habrá de atenderse a los Derechos de los domicilios de los protagonistas.

Es notorio que, en mucho en relación con el matrimonio, el régimen del concubinato tiene estrecha vinculación con el **orden público**. Quizás deba promoverse el desarrollo del orden público para que el concubinato cuente siempre con un tratamiento que no lesione los **derechos humanos** de sus integrantes. Entendemos que ha de ser de orden público la permanente disolubilidad del vínculo.

157. La consideración de las **uniones inestables** en general constituye un significativo problema del Derecho Internacional Privado, que evidencia la grandeza y cierta crisis de la teoría del **uso jurídico**. Con frecuencia el régimen respectivo no puede provenir de la ley, porque esta nada establece, y habrá que atender a la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez del Derecho más conectado con el caso, que quizás sea el del o los domicilios de los protagonistas. Sin embargo, también se ha de considerar que los protagonistas suelen dar respuestas últimas ajenas incluso a la intervención de los jueces y esas soluciones deben ser tenidas en cuenta. Quizás a la luz de casos como éstos la sabia teoría del uso jurídico deba ser reformulada en el sentido de referirla a la solución, **gubernamental o no**, que con el máximo grado de probabilidad tendría el caso planteado en el marco del Derecho aplicable.

b'') El cambio de estatutos

158. Dadas la predominante facticidad y la relativa inestabilidad del concubinato, la solución del cambio de estatutos al respecto resulta muy difícil. En cuanto a la existencia del vínculo nos inclinamos por una posición **unitaria, conservadora** o **innovadora**, de carácter **selectivo**, optando, con cierta crisis de la internacionalidad, por el momento cuya ley le sea más favorable. Respecto a los efectos y la disolución creemos legítimo utilizar en lo pertinente las mismas soluciones que rigen para el matrimonio.

159. El arco de las soluciones internacionales legítimas para las causas matrimoniales muestra a menudo un **"ascenso"** institucional desde la negocial aplicación del Derecho del lugar

de celebración para la validez al recurso normal a la ley del domicilio conyugal y un "**declive**" en la atención de cierto modo acumulativa y relativamente negocial a la ley del lugar de celebración, que rige la validez del matrimonio, para la disolución.

b) La filiación y la patria potestad

a') La filiación

160. La filiación es, por lo menos hasta ahora, la relación interhumana más **profunda** y **significativa**. La crisis que en mucho afecta al matrimonio no la atacó de manera tan radical, al punto que, si bien los lazos paterno-filiales se han debilitado, los hombres pugnan por tener hijos, incluso fuera de los cauces tradicionales. La filiación es todavía hoy la manera de relación interhumana en sentido **diacrónico** más significativa, así como, a nuestro entender, el contrato -y no el matrimonio- es la vinculación sincrónica ahora más importante.

La fuerza de la vocación paterna hace que la institución se imponga a la naturaleza buscando, cada vez más, **sustitutos y refuerzos culturales** como la adopción y la biotecnología.

La filiación extramatrimonial, la filiación adoptiva, las múltiples vías de reproducción asistida e incluso la llamada "ingeniería genética" son muestras de como la filiación se **afirma** hasta llegar a extremos en que "dialécticamente" se **niega**. La cesión de vientres y la donación de esperma y las modificaciones genéticas provocadas, que se van abriendo crecientes posibilidades, llegan a poner en importantes crisis a los papeles tradicionales de padres e hijos (64).

161. La filiación ha estado durante siglos en relación de dependencia respecto del matrimonio. Como expresión de esa **dominación** la filiación ha resultado **calificada, presumida** e incluso **de investigación prohibida** por influencia del matrimonio. Calificaciones muy graves, como la de filiación adulterina, se han producido por esa dominación (65).

Si bien es cierto que tradicionalmente la filiación condiciona el matrimonio con el impedimento de parentesco y que incluso todavía se promueve la validez del matrimonio para que haya hijos "legítimos", no alcanzó a configurarse la **coexistencia** de las dos instituciones que ahora parece abrirse camino.

Cada **estilo de vida** marca un estilo de filiación, en cada uno el hombre busca su prolongación en valores diversos, que generalmente tienen un cauce amoroso, pero que se integra con otros valores de santidad, poder, utilidad, etc. El predominio utilitario de la postmodernidad genera una filiación débil, a menudo mediatizada por los bienes de una sociedad de consumo.

162. En la **dimensión sociológica** la filiación es en distintos grados un resultado de **distribuciones** y de **repartos**, pero se produce al fin de cierto modo **autoritario**, por decisión de los progenitores. Esa necesaria autoridad se va tornando en posible autonomía y con frecuencia en autonomía real a medida que los hijos crecen. La filiación puede tener diversos grados de planificación o de ejemplaridad, en el régimen en su conjunto y en la familia.

A semejanza de lo que ocurre con el matrimonio, desbordado por límites que provocan relaciones de pareja extramatrimoniales, los repartos respecto de la filiación suelen encontrar

(64) Es posible v. nuestro artículo "El humanismo de la paternidad", en "Investigación ..." cit., Nº 16, págs. 11 y ss.

(65) El artículo 342 del Código Civil argentino, en el texto redactado por Vélez Sársfield, decía que los hijos adulterinos no tenían por las leyes padre o madre, ni parientes algunos por parte de padre o madre.

obstáculos insalvables, de carácter físico, psiquico, sociopolítico, socioeconómico, etc. Mucho es lo que se les opone, poco es lo que puede hacerse para restringir su búsqueda.

En la **dimensión normológica** la filiacion tiende a desarrollar un sentido de **institucionalidad**. Sin embargo, al liberarse del matrimonio ha perdido intensidad institucional y, en el tiempo del contrato, es pensada cada vez más con sentido negocial. A través de la biotecnología los papeles más tradicionales de la existencia humana, paterno y materno, se desintegran y contractualizan.

Como toda **relación entre respuestas jurídicas**, se plantean entre filiación y matrimonio problemas generales de calificaciones, fraude, reenvío, rechazo, etc. que deben ser cuidadosamente comprendidos porque deciden en mucho en concreto el significado de la institución. Así, por ejemplo, el matrimonio ha calificado tradicionalmente a la filiación, a menudo es afectado por el fraude filiatorio, reenvia la filiación en las figuras "políticas" (madrastra, padrastro, suegra, suegro), etc

En la **dimensión dikelógica** la filiación es y debe ser básicamente un acto de **amor**, al punto que es una de las manifestaciones jurídicas donde lo dikelógico debe integrarse más con lo **erológico**, pero también entran en juego otros valores como la santidad o la utilidad. Aunque, según ya señalamos, cada estilo de vida no sólo corresponde sino debe corresponder a un complejo axiológico y consecuentemente a un estilo de filiación, en definitiva la proyección más decisiva de la paternidad ha de referirse siempre a la **humanidad**, en especial para no atar a los hijos a ningún otro valor.

La filiación requiere siempre de manera básica muchas referencias a la justicia extraconsensual, pero necesita además grandes intervenciones de la justicia con acepción de personas, asimétrica, dialogal, espontánea, de participación y absoluta, con importantes despliegues no sólo de justicia particular sino de cierto sentido de justicia general. Los riesgos de radicalización axiológica, por las proyecciones no consensuales y profundas, se hacen asi muy grandes.

La filiación es una relación intergeneracional que une los despliegues del tiempo, pero ha de tener en particular una fuerte apertura al **porvenir** representado por los hijos. De aquí que sea una de las más **inseguras** manifestaciones del ser humano y que tantas veces se pretenda asegurarla a través de la mutilación de las personas de los protagonistas, en especial de los hijos. La paternidad significa el **riesgo** de la paternidad, que en ciertos casos se trata de limitar al máximo mediante la dominación de diversos tipos, en nuestro tiempo, sobre todo de carácter económico.

Las diferencias entre las épocas que han vivido y vivirán las diversas **generaciones** de la filiación, en especial acentuadas con la aceleración de la historia, conducen a la frecuente necesidad de prescindir de los criterios generales orientadores para recurrir a las valoraciones completas. Sin embargo, el **absorbente presente** de la postmodernidad desdibuja las diferencias entre padres e hijos, que también son importantes para que la filiación se desenvuelva legítimamente. En una época de crisis y cerramiento axiológico como la nuestra, ser padre es de algún modo muy fácil, porque al fin poco se cree saber, pero muy difícil, porque en definitiva para ser padre algo hay que saber.

La legitimación de la filiación es en principio **aristocrática**, pero debe aproximarse crecientemente a la autonomía a través de la **criptoautonomía**, de lo que los hijos interesados dispondrían en caso de poder decidir. La importancia de la filiación es generadora de **responsabilidad recíproca** de los padres y de los hijos. Los merecimientos y los méritos que entran en juego son muy grandes y profundos, aunque según las épocas unos y otros resultan desdibujados en detrimento de los hijos o los padres. La actualidad parece ciega a los merecimientos y los méritos paternos. Los objetos repartideros de la filiación son múltiples, partiendo de la adjudicación de vida, pero en gran medida deben ser el otorgamiento de nuevas posibilidades de creación.

El humanismo de la filiación ha de ser en principio **intervencionista**, al punto que se lo toma como modelo y a este tipo de humanismo se lo llama genéricamente "paternalista", pero precisamente ha de ser un intervencionismo claudicante, orientado a convertirse en humanismo abstencionista. El humanismo intervencionista suele convertirse, sin embargo, en oportunidad para el totalitarismo y el individualismo, que mediatizan a los protagonistas. El equilibrio entre la unicidad, la igualdad y la comunidad en la filiación se hace particularmente relevante, por ejemplo, porque con frecuencia se tiende a negar la unicidad de los hijos, la igualdad humana entre padres e hijos o la comunidad que deben formar. En ese marco es mucho el papel que ha de jugar la tolerancia, superando los climas de autoridad y de indiferencia.

La filiación debe proteger al individuo contra el régimen, los demás individuos, sí mismo y lo demás (enfermedad, miseria, soledad, ignorancia, etc.), pero se ha de poner especial cuidado porque suele ser medio para que unos individuos agredan a los otros.

163. Dada la importancia personal profunda de la filiación es fácil comprender que en lo **internacional** suele corresponderle de manera básica un contacto personal profundo, sobre todo el **domicilio**, y que mucho de lo que a ella se refiere sea considerado de **orden público** o próximo a ello. En nuestro tiempo se trata de la vertiente de orden público más relacionada con los **derechos humanos**, que sin embargo es la más débil frente al último orden público de la postmodernidad, referido al sistema económico capitalista.

a'') La filiación matrimonial

a''') La filiación matrimonial en el espacio

164. La filiación matrimonial es hasta ahora la figura filiatoria jurídicamente más **compleja** ya que, como la misma expresión lo indica, en ella confluyen ingredientes **matrimoniales** y **filiatorios**. La vocación por obtener hijos con carácter análogo a los matrimoniales ha llevado a modificar los sentidos en el tiempo y en la materia mediante la **legitimación**, sea por subsiguiente matrimonio o por acto de autoridad.

165. Al comparar la filiación **matrimonial** con la **extramatrimonial**, resulta que en la **dimensión sociológica** la filiación matrimonial es la más autoritaria y planificada. En la **dimensión normológica** la filiación extramatrimonial es más institucional. En la **dimensión dikelógica** la filiación matrimonial es la que se considera más afín a la justicia general, la más atenta al complejo personal de la familia y la más previsora de influencias del futuro, generando

así seguridad. Asimismo, la filiación matrimonial es la más emparentada con la aristocracia de los padres y también más fundada en la autonomía de todos los integrantes del grupo familiar, con despliegues de criptoautonomía por el consentimiento que brindarían los hijos; la más seguramente humanista respecto de los hijos y la más protectora de los cónyuges y de los hijos, de manera principal amparando a los individuos contra los demás pero también respecto de lo demás (de modo muy notable contra la soledad). Aunque se esté lejos de los prejuicios que suele haber respecto de la moral sexual, es notorio que en principio la filiación matrimonial es la que más brinda a los hijos la posibilidad de un marco sólido para no quedar "flotando" a merced de agresiones de elementos extraños.

166. El régimen **internacional** de la filiación matrimonial suele reflejar el carácter **compuesto** de la solución. En cuanto depende de la figura matrimonial, el vínculo filiatorio debe regirse por la misma ley que se aplica a la **validez del matrimonio**. Lo contrario provocaría anarquía, arbitrariedad e incoherencia, que deben evitarse también en la esfera internacional. En cuanto se trate de cuestiones filiatorias ajenas a la validez del matrimonio ha de atenderse al carácter personal profundo común a los padres y a los hijos que posee la causa y ha de aplicarse la ley personal común, en especial la del **domicilio común**. En cuanto el domicilio de los padres determine el de los hijos, ese domicilio común será normalmente el domicilio conyugal. No habiendo ley personal domiciliaria común debería recurrirse, con cierto criterio de universalidad, a la ley personal, especialmente domiciliaria, más favorable al carácter matrimonial del hijo.

Entendemos que, con las adaptaciones necesarias, las mismas reglas han de aplicarse a la **legitimación** por subsiguiente matrimonio. Si se tratara de acto de autoridad, habría que aplicar la ley del Estado que la produce, entre otras razones porque con frecuencia resulta favorable a la legitimación. No creemos que deban establecerse marcos que limiten las posibilidades de legitimación, por ejemplo, sometiéndolas a la ley del domicilio de origen del hijo.

b''') El cambio de estatutos

167. En cuanto se aplica la ley que rige la validez del matrimonio, su cambio de estatutos ha de resolverse del modo que corresponda a la misma. En los otros casos, en cuanto se recurra a la ley personal, la estabilidad que requiere la filiación exige que el cambio de estatutos sea resuelto de manera expresa al hacer la norma, eligiendo con criterio **unitario** un tiempo que pueda reputarse "inicial" del vínculo.

Dadas las dificultades para determinar el momento de la concepción, parece relativamente sostenible optar por la ley personal común y en especial la ley del domicilio conyugal al momento del **nacimiento del hijo**. Sin embargo, si para obtener filiación matrimonial se procura que haya matrimonios válidos, puede resultar también legítimo optar con criterio **conservador selectivo** por el momento que a partir del instante posible de la concepción y hasta el nacimiento inclusive conecte con un Derecho más favorable al carácter matrimonial.

Vale tener en cuenta, no obstante, que la conexión con el momento del nacimiento puede ser **tardía** para muchas cuestiones que se planteen con anterioridad, sobre todo a través de las

posibilidades de la biotecnología, de modo que por lo menos para esos casos hay que determinar la ley personal aplicable en el momento crítico. Un significativo problema se presentará si luego con criterio plural se atiende al tiempo del nacimiento del hijo.

b'') La filiación extramatrimonial

a''') La filiación extramatrimonial en el espacio

168. La filiación extramatrimonial ya no está cargada de los sentidos negativos que se le atribuyeron en otras épocas. En particular es importante tener en cuenta que, pese a que de parte de los progenitores puede haber en algunas situaciones cierta culpabilidad, por no haber ejercido una paternidad del todo responsable, siempre se trata de la única posibilidad del hijo, en cualquier caso exento de culpabilidad, de tener una familia. Por esto, en general el **reconocimiento** del vínculo ha de ser **favorecido**.

169. A diferencia de la filiación matrimonial, en la **dimensión sociológica** la filiación extramatrimonial significa cierto grado de autonomía y de ruptura de la planificación gubernamental en la conducta de los padres, aunque corresponde a un mayor ejercicio de su autoridad respecto de los hijos. La filiación extramatrimonial expresa cierto límite necesario para el dominio que sobre el área ejerce el matrimonio y hoy su capacidad de expansión es tan grande que en el marco de la biotecnología se piensa en hijos producidos desde una sola persona. Hasta la aparición de los órdenes utilitarios de este tiempo, la filiación extramatrimonial tenía cierto sentido claramente anárquico que ahora en profundidad va desapareciendo. El sistema económico quiere tener los hombres "necesarios", sean referidos al matrimonio o no.

En la **dimensión normológica** la filiación extramatrimonial evidencia una crisis de la institucionalidad que significa cierto grado de mayor negocialidad. En otras épocas la filiación extramatrimonial fue cargada de múltiples sentidos negativos que producían materializaciones opresoras (filiación natural, adulterina, incestuosa, sacrílega); hoy se trata con mayor sencillez de la mera falta del sentido matrimonial e incluso se procura eliminar toda referencia de la filiación al matrimonio.

En la **dimensión dikelógica** hay una posibilidad de incremento de la presencia radicalizada del **amor** y la **utilidad** en la pareja, que suele considerarse en detrimento de la justicia. El desarrollo y el reconocimiento de la filiación extramatrimonial están en especial concordancia con el sentido utilitario de la postmodernidad, que procura los medios más cortos para lograr los fines buscados.

En la filiación extramatrimonial la justicia particular respecto de los padres avanza en detrimento de la justicia general de la familia. La filiación extramatrimonial acentúa la **privacidad** del vínculo.

La consideración centrada en la pareja significa un fraccionamiento del complejo personal de la familia que asegura a los padres, pero la mayor posibilidad de éstos de apartarse de la convivencia familiar produce cierto desfraccionamiento del futuro que genera inseguridad para los hijos.

La filiación extramatrimonial significa algún grado de legitimidad menor de los padres

como repartidores de la paternidad, por lo menos en el sentido que no resultan criptoautónomos en cuanto no pueda conjeturarse como en la filiación matrimonial que los hijos estarían de acuerdo con las condiciones de su procreación.

El abstencionismo del régimen pretendido por los padres que marginan la figura matrimonial puede llevar a cierto individualismo en contra de sus hijos que, para ciertas concepciones, resultan agredidos por ellos, en especial, por quedar en mayor medida a merced de lo demás, de sí mismos e incluso de los otros individuos. Los hijos extramatrimoniales resultan individuos especialmente débiles por falta de presencia paterna equilibrada y sólida, a quienes el régimen debe proteger.

170. La necesidad de evitar el incremento de la debilidad del hijo es uno de los motivos que en lo **internacional** exigen un mínimo **equilibrio** entre los protagonistas, que puede obtenerse por la ley relativamente común del **lugar de la concepción**.

En la realidad que ha imperado hasta el presente, dejando de lado las actuales posibilidades de la biotecnología, el lugar de la concepción es común a la pareja y en principio su ley puede ser la que brinde más facilidades para que se obtenga el reconocimiento. Si bien la filiación es una causa personal profunda, la necesidad de obtener un equilibrio entre los protagonistas genera correspondencia, por **"contracción"** de la causa, con el conductista lugar de concepción.

La exclusiva aplicación de la ley personal del padre al que se requiere reconocimiento significa ponerlo en una situación de superioridad que en nada merece, y el mero recurso conductista a la ley del lugar donde se pretendan hacer efectivos los derechos y las obligaciones introduce un destrozo en un vínculo que ha de ser unitario.

Estamos lejos de creer que la aplicación de la ley del lugar de la concepción se apoye necesariamente en la opinión de que la filiación extramatrimonial es ilícita. Es cierto que el lugar donde ocurre un suceso puede indicar el Derecho aplicable a un hecho ilícito, pero también puede servir para un hecho lícito. Un mismo punto de conexión puede tener distintos fundamentos (66).

No obstante, desde hace tiempo sostenemos, en una corriente que va robusteciéndose, que ante la necesidad de brindar al hijo extramatrimonial las mayores posibilidades de integrarse en una familia, corresponde aplicar, entre los derechos que tengan conexión razonable con el caso (del lugar de concepción, del lugar de nacimiento, personal del padre de quien se trate o del hijo, del lugar donde se hagan efectivos los derechos y las obligaciones, etc.) el **más favorable** al establecimiento del vínculo.

171. En la **dimensión sociológica** la ley **más favorable** al establecimiento del vínculo agrega ingredientes de autonomía y de cierto despliegue, aunque quizás desordenado, de la ejemplaridad.

En la **dimensión normológica** el favor al establecimiento del vínculo sacrifica de algún modo la institucionalidad en aras de cierta negocialidad y afirma a la respuesta filiatoria frente a la matrimonial.

(66) En cuanto a los fundamentos puede v. nuestro artículo "La filiación extramatrimonial en el Derecho Internacional Privado argentino", en "Revista de Derecho ... " cit., Nº 29/32, págs. 14 y ss. La vinculación del punto de conexión lugar de la concepción con la idea de un acto ilícito puede v. en GOLDSCHMIDT, "Derecho ..." cit., págs. 357/8.
La tragedia de **"Madame Butterfly"**, que personalmente nos impactó hace muchos años, es una muestra de que, sea cual fuere la ley aplicable a la validez del matrimonio, es imposible someter legítimamente a filiación extramatrimonial a la exclusiva referencia a la ley personal del padre.

En la **dimensión dikelógica** el favor al establecimiento del vínculo da especiales posibilidades de desenvolvimiento al amor, a la justicia espontánea y de **llegada**, al desfraccionamiento del porvenir y del complejo personal y al fraccionamiento del pasado. Aunque el desfraccionamiento genera inseguridad, esa inseguridad se torna en seguridad para el hijo necesitado de familia, que se agrega a la del recorte del pasado.

El favor al vínculo satisface el humanismo abstencionista como debilitamiento de la presión matrimonial, con el consiguiente riesgo de individualismo, y protege al individuo contra los demás, respecto de sí mismo y frente a lo demás (en especial como soledad).

La exigencia de dar posibilidades al reconocimiento pone en crisis a la internacionalidad y genera cierta dimensión de universalidad que, no obstante, no alcanza a hacer que dicho reconocimiento integre el orden público. Por el contrario, una laxitud tan grande en los contactos exige que los jueces pongan especial cuidado en que las soluciones no sean injustas para alguno de los protagonistas, por ejemplo, por abrir camino a reclamos que destruyan la vida de mujeres casadas vinculadas a sociedades muy conservadoras.

b''') El cambio de estatutos

172. También aquí son en principio válidas las razones de estabilidad que requieren que el cambio de estatutos sea resuelto de manera expresa al hacer la norma y también son significativas las consideraciones que exigen referencia **unitaria** a un momento "inicial". Sin embargo, creemos que la necesidad de posibilitar el establecimiento del vínculo hace por lo menos legítimo si no imprescindible que, fuera de los contactos "puntuales" como el del lugar de concepción o el de nacimiento, se opte por alguno de los momentos personales o conductistas del lapso que va entre uno y otro suceso e incluso admitimos que se agreguen, con el mismo objetivo, los momentos sucesivos. Las soluciones han de ser **conservadoras** o **innovadoras** según convenga, **selectivamente**, al reconocimiento del vínculo.

c'') La adopción

a''') La adopción en el espacio

173. La adopción es una filiación **cultural** encaminada a superar deficiencias de la filiación biológica que, por diversas causas, puede no alcanzar a cumplir las finalidades que se le asignan. En los diversos **estilos de vida** responde a sentidos distintos. Aunque ha llegado a poseer, por ejemplo, finalidades políticas, en nuestro estilo cultural tiene una finalidad utilitaria de beneficio recíproco entre adoptantes y adoptados, pero de modo principal dirigida a estos últimos, que normalmente son menores.

174. En cuanto a la **dimensión sociológica**, en general la adopción suele encuadrarse en un juego de intereses, a veces conflictivos, entre la **"familia de origen"** ("de sangre"), la **"familia adoptiva"** (o sólo el adoptante) y el **adoptado** (o "adoptando"). Es un reparto que trata de resolver una situación insatisfactoria producida por distribuciones o repartos. El equilibrio o el desequilibrio en la atención a los distintos interesados influyen en distintos aspectos de su caracterización, por

ejemplo, en este caso, en la mayor autonomía y ejemplaridad o la mayor autoridad y planificación unilateral de la decisión.

La adopción se apoya de manera muy relevante en un cálculo de las posibilidades para superar la realidad. Como se trata de una decisión "**futuriza**" se basa en una conjetura que resulta muy difícil de producir. La situación considerada debe ilustrar con alcance suficiente sobre las consecuencias de la medida que se toma. Se planifica una nueva solución por la falta de la respuesta que debieron proveer la planificación y la ejemplaridad. A través de la adopción se intenta la **reconstrucción** del orden de las adjudicaciones.

La adopción trata de superar los límites que encontraron las adjudicaciones de la filiación biológica, pero también el reparto de adopcion puede hallar obstáculos insalvables. Como en todos los casos en que la cultura procura sustituir a la naturaleza, las dificultades resultan muy grandes, a veces invencibles.

En la **dimensión normológica**, pese a que a veces media cierta negocialidad, la adopción es una recomposición de la institucionalidad familiar. El equilibrio y el desequilibrio en la atención a los interesados influyen en la mayor apertura negocial o la mayor carga institucional y en las mayores o menores posibilidades de cumplimiento y consecuente exactitud de las normas.

Las normas de adopción se vinculan horizontalmente con las de filiación biológica en relaciones de producción y de contenido que tratan de darles cierto grado de infalibilidad en los fines y realizan la concordancia.

La adopción realiza un **contacto de respuestas jurídicas** entre los dos ámbitos familiares, que ha de resolverse atendiendo a la teoría general respectiva (en cuanto a calificaciones, fraude, reenvío, rechazo, etc.) y significa algún tipo de dominación de la solución cultural respecto de la natural.

En la **dimensión dikelógica** la adopción pretende recomponer la integración de la justicia con el amor que la situación generada no ha podido brindar satisfactoriamente. Al otorgarla hay que tener en consideración cuáles son los valores que están en crisis y es necesario y posible mejorar.

La adopción se nutre con frecuencia de la justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica y espontánea. Se trata de una introducción de justicia dialogal, que atiende a diversas razones, ante el fracaso del monólogo de las razones de la familia biológica por la situación insatisfactoria del adoptado, pero puede derivarse en un nuevo monólogo de las razones de la familia adoptante. Según ya señalamos, para los criterios de nuestra cultura la adopción es una institución privatista, dominada por los requerimientos de la justicia particular. Sin embargo, siempre hay una proyección de justicia general respecto del bien común del nuevo grupo familiar y de la organización social. En la adopción las justicias **correctora** y de **llegada** se abren camino respecto de la justicia rectora y de partida.

La reconstrucción del futuro y los fraccionamientos de las influencias del pasado, de modo principal en su complejo personal, y de las consecuencias pretenden dar sobre todo seguridad al adoptado y también de cierta manera a la familia adoptante. El fraccionamiento del pasado que a veces priva al adoptado del conocimiento de su origen suele ser excesivo. La adopción produce una "cirugía" en la realidad posible de la familia de origen, de modo que ha de ser comprendida

como un remedio que en lo posible debe ser evitado, optando por el mejoramiento del marco biológico. Un hijo es siempre una esperanza, para excluirla deben mediar fundamentos muy sólidos.

La adopción ha de pretender la mayor legitimación autónoma que sea posible, por lo menos como criptoautonomía del adoptado, pero en cierto grado puede corresponder a la aristocracia de la superioridad moral, científica y técnica con que se la ha de decidir y concretar.

El panorama de merecimientos de la adopción es muy complejo: por un lado están los de la familia de sangre, que tiene derechos no sólo por lo que haya hecho y pueda llegar a hacer por el adoptado, sino porque puede significarle una esperanza para mejorar su condición; por otro lado están los merecimientos de la familia adoptante, en la medida que en principio -salvo casos desviados de utilización con otros fines- ofrece mejorar la condición del adoptado y también, aunque con menos derecho, necesita la presencia filial; en puesto destacado están los merecimientos del posible adoptado, generalmente necesitado de completar su formación humana. Vale reiterarlo: en este marco un merecimiento a menudo ignorado es el de la familia de origen que necesita de la vida nueva para mejorar su condición.

En cuanto a los objetos repartideros, la adopción pretende mayores posibilidades de creación, compañía, etc., sobre todo para el adoptado, que son preferidas con frecuencia al caracter repartidero de la vida recibida. Significa un desplazamiento cultural del adoptado, que como tal plantea graves problemas de asimilación. Puede producir dignificación del ser humano, pero también opresión individual y colectiva.

La adopción se apoya en el humanismo intervencionista, o sea en el paternalismo que pretende compensar la falta de posibilidades de formación del adoptado, pero puede desbarrancarse en el totalitarismo e incluso en el individualismo en que el adoptado, su familia de origen o la familia adoptiva sean mediatizados o mediaticen a los demás. En general significa que la unicidad del adoptado es excluida de la crisis de la comunidad familiar en que se hallaba.

La adopción resguarda al adoptado contra los demás individuos, frente a las amenazas de sí mismo y contra lo demás (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). También ampara a la familia adoptante contra lo demás (en especial respecto de la soledad). Sin embargo se vale de una intervención del régimen y de la familia adoptiva que puede agredir al mismo adoptado y a la familia biológica.

175. En su perspectiva **internacional** la adopción se traduce a menudo en el **desplazamiento** de los adoptados, generalmente menores, a países extranjeros e incluso a culturas muy diversas, con riesgos específicos para su identidad y su seguridad. Además puede esconder el tráfico de menores con fines muy diversos de los invocados. Los desplazamientos de menores desde países pobres del hemisferio sur a países ricos del hemisferio norte son muy importantes y generan ciertas inquietudes a menudo fundadas. Todo esto hace que las polémicas en torno a la adopción internacional sean grandes.

En circunstancias especiales la adopción internacional puede ser una solución que compense e incluso supere los riesgos específicos que trae aparejados, pero urge que las medidas de protección sean muy intensas y la conciencia internacional está recorriendo este camino. Sin

protección internacional adecuada, lograda a través de normas realmente "exactas" (que se cumplan), la adopción internacional tiene escasas posibilidades de ser justa, pero la justicia no requiere prescindir de ella sino lograr la protección debida.

176. La importancia de la adopción hace de ella una causa personal profunda a la que, en correspondencia por afinidad, hay que responder con un asiento personal profundo pero, tratándose de una cuestión que incluye a tres sectores interesados, en principio debe ser resuelta según las tres leyes personales. Entendemos que una atención plena a la internacionalidad de la adopción debería tener en cuenta las **leyes personales** de los padres de **origen**, de los padres **adoptivos** y de los **adoptados** que, a veces, se consideran derivadas de las de sus padres de origen. En cuanto se trata de personas con **domicilios** propios éstos deberían ser tomados en consideración, pero según dijimos los domicilios de los menores adoptados suelen ser los de sus padres de origen y la tendencia más actual y que creemos más legítima se inclina por la ley de su **residencia habitual**.

La complejidad de la solución que atiende plenamente a la internacionalidad aplicando esa diversidad de leyes puede hacer que a menudo las adopciones no sean válidas. De cierta manera se muestra una crisis de la internacionalidad que es muy difícil de salvar y por esto se recurre a veces a **simplificaciones** en las que se opta, por ejemplo, por los Derechos personales del adoptante y el adoptado, por la ley personal del adoptante, por el Derecho personal del adoptado, etc.

En ciertos casos se advierte que según su posición más "importadora" o "exportadora" de adoptados los países suelen inclinarse respectivamente por la ley personal del adoptante o la ley personal del adoptado. Creemos que en caso de decidirse por una opción ésta debe remitirse a la ley personal del **adoptado** y en particular a la ley de la residencia habitual del menor de cuya adopción se trate (67). La ley personal del adoptado es la que mejor puede comprender los caracteres generales y sobre todo la fuerte apuesta "futuriza" que contiene la adopción.

Con reglas de Derecho unificado suele exigirse, con cierto fundamento, que la importancia de la decisión de otorgar la adopción se refleje en un **instrumento público**.

b''') El cambio de estatutos

177. El desplazamiento de los adoptados que suele producir la adopción otorga particular relieve al cambio de estatutos.

En general el cambio de estatutos respecto de las leyes personales aplicables a la adopción debe resolverse con referencia puntual **unitaria** al momento de su otorgamiento. No sería legítimo introducir un criterio demasiado innovador que desestabilizara la relación. Sin embargo, dada la importancia de la cuestión, cabría discutir si se ha de atender a algún cambio producido durante el proceso de otorgamiento, por ejemplo, para el caso en que hubiera mudado la residencia del menor a un país cuya ley fuera más favorable o contraria a la adopción. Creemos que en última instancia, en caso de admitirse la posibilidad de variación de la ley aplicable, que afecta los

(67) A la adopción internacional se refiere la tesis doctoral de la profesora Amalia URIONDO de MARTINOLI en la Universidad Nacional de Córdoba. En relación con el tema pueden v. asimismo PARRA-ARANGUREN, G., "Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección de niños y a la cooperación en materia de adopción internacional" (informe explicativo), La Haya, Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya.

principios generales de inmutabilidad de su determinación durante el proceso y puede plantear la dificultad de que un juez deba otorgar la adopción según un Derecho extranjero, ha de decidirse con criterio selectivo concreto a favor del adoptado.

b') La patria potestad

a'') La patria potestad en el espacio

178. La expresión consagrada "patria potestad" nombra genéricamente el poder que los padres ejercen sobre los hijos, pero sus finalidades han cambiado tanto que quizás sería esclarecedor denominar a la institución "protección paterna" o incluso "servicio de paternidad". El poder es un **valor relativo** y puede responder a diversos otros valores, de modo que a cada **estilo de vida** le corresponde un estilo de patria potestad.

Los alcances de la patria potestad son amplios y no sólo se refieren a la **persona** sino también a los **bienes** de los hijos, de modo que se requieren soluciones en los dos aspectos. Urge evitar la confusión entre los efectos de la patria potestad respecto a los bienes y las cuestiones de estricto carácter real referidas a éstos.

179. Como la patria potestad es en general consecuencia de la filiación, muchas de sus características **sociológicas**, **normológicas** y **dikelógicas** coinciden con lo que ya expresamos respecto de ésta. Sin embargo, la referencia directa al poder obliga a destacar que, como hemos señalado, éste es un valor relativo y no debe ser falsificado creyéndolo absoluto o poniéndolo al servicio desviado de otros valores como el orden, la utilidad, etc. En definitiva, en el mundo jurídico el poder ha de ser para la justicia y, en el caso de la patria potestad, debe ser para la justicia con especial referencia al valor amor. Además en última instancia como todos los otros valores especiales a nuestro alcance el poder ha de servir para la humanidad plena, sobre todo del hijo.

En la patria potestad se hace particularmente importante la exigencia de legitimación **criptoautónoma** que en general caracteriza a la filiación. Esta exigencia de criptoautonomía lleva a un despliegue de la tarea **conjetural** en sentido amplio: la protección paterna ha de normativizarse atendiendo constantemente a lo que consentiría el hijo.

La presencia de bienes en el despliegue de la patria potestad no debe llevar a ignorar que el centro de gravedad de la institución está en las **personas** y particularmente en las personas de los **hijos**. De lo contrario se corren riesgos de que objetos repartideros como la vida, la creación, etc. sean reemplazados por la propiedad, la rutina, etc.

Con miras a la mejor comprensión de la patria potestad vale tener en cuenta que en su relación intergeneracional se plantean vinculaciones entre la cultura de los padres y la cultura de los hijos, que pueden estudiarse a la luz de la teoría de los **contactos de respuestas jurídicas**. Importa apreciar, por ejemplo, si entre padres e hijos hay aislamiento, integración, coexistencia, dominación o desintegración; cuánto se reconoce la necesidad de proteger a los hijos; cómo se califican los problemas, si hay reenvío, si hay adaptación, rechazo, etc.

180. La patria potestad es una cuestión única, personal y profunda que en principio debe resolverse en **una sola causa internacional** y a la que ha de corresponder un punto de conexión

afín, en especial **domiciliario**.

Creemos que básicamente no es necesario formular una causa para los efectos personales y otra para los efectos relativos a bienes, aunque reconocemos que esa división puede responder al requerimiento de dar distintas respuestas en cuanto al cambio de estatutos, sobre todo para evitar que la manipulación del contacto permita el fraude a la ley y el fraude a los hijos.

Quizás podría ser legítimo constituir una causa específica para la prestación alimentaria, a fin de favorecer sus alcances con sentido análogo al del matrimonio, y tal vez también otra para las medidas urgentes, con el propósito de someterlas con más eficacia a la ley del lugar de residencia del hijo.

Pese a que creemos que el punto de conexión acertado es el del domicilio como la más importante conexión privatista de la persona, dado que entendemos que el hijo es el centro de gravedad de la institución y su domicilio suele derivarse del domicilio de quien ejerce sobre él la patria potestad pudiendo no reflejar la realidad de su vida, estimamos a veces sostenible la tendencia más actual de referirse a la **residencia habitual del hijo**.

Para los casos normales el punto de conexión correspondiente a la patria potestad, porque reconoce la carga institucional de la familia, es a nuestro parecer el domicilio. Sin embargo vale tener en cuenta que cuando la patria potestad se hace problemática el domicilio derivado puede no tener fundamentación. La reversión en el sentido de la patria potestad concebida cada vez más como protección e incluso como servicio debe reflejarse siempre en la elección del Derecho aplicable.

181. En la **dimensión sociológica** el sometimiento a la ley de la **residencia habitual del hijo** se abre más a las distribuciones y es menos autoritario y planificado que la remisión al Derecho domiciliario. En la **dimensión normológica** disminuye los alcances institucionales del domicilio. En la **dimensión dikelógica** puede ser más utilitario, corta el complejo personal pero desfracciona el complejo real, incrementa las posibilidades de legitimación autónoma, abre más camino al humanismo abstencionista y contribuye a proteger al hijo contra el padre.

182. Entendemos que los puntos de conexión personales del domicilio y de la residencia habitual del hijo son los que más claramente reflejan, en correspondencia por afinidad, la internacionalidad de los casos. Responder en cuanto a los efectos relativos a bienes con un contacto real como el del lugar de situación de los bienes es una yuxtaposición nacionalista. El sometimiento total o parcial de la patria potestad a la ley del lugar donde se la ejecuta puede tener cierta afinidad internacionalista con la ley de la residencia habitual del menor, pero en todo caso ya no se trata de la residencia habitual sino de cualquier residencia del menor, también con un claro sentido de yuxtaposición nacionalista.

La causa especial alimentaria resuelta con diversidad de contactos para favorecer la prestación tendría sentido relativamente universal. La sujeción de medidas urgentes a la ley local poseería significado de cierto modo nacional con algún sentido vicario de universalidad.

183. El despliegue internacional de la patria potestad ha sido motivo de múltiples

mediatizaciones de los hijos, en las que los padres, con propósitos conscientes o inconscientes de predominio personal y de agresión a su pareja, han librado batallas a menudo exitosas para apoderarse de su prole desplazándola de un lugar a otro. La reacción internacional al respecto se ha evidenciado de manera convencional o extraconvencional con relativo exito (68). Mediante un enérgico fraccionamiento de la justicia se procura obtener la inmediata restitución del menor al lugar de donde fue sacado indebidamente.

b'') El cambio de estatutos

184. En principio, el cambio de estatutos en cuanto a la elección del Derecho aplicable a la patria potestad es legítimo y hay que atender a él de modo **plural**, equilibrando la **conservación** y la **innovación** en las soluciones, para acompañar la vida del menor. Sin embargo, tal vez en cuanto a efectos relativos a bienes y para evitar el fraude a la ley y el fraude contra el mismo menor puede resultar legítimo que el cambio de estatutos sea resuelto de modo **unitario** y **conservador**, ateniéndose por ejemplo al Derecho del domicilio de origen o la residencia habitual de origen del hijo.

También vale considerar la posibilidad de que sea legítimo utilizar en todos los casos una solución **selectiva** a favor de los derechos del menor, es decir, optar por la ley domiciliaria o de residencia habitual que en conjunto le sea más favorable.

c) La sucesión por causa de muerte

a') La sucesión en el espacio

185. La causa relacional sucesoria también tiene profunda significación, pero de todos modos su importancia vital es menor que las de la filiación y el matrimonio. A semejanza de éstas diferencia a las personas físicas de las personas jurídicas.

Ante el quebrantamiento de la relación entre el patrimonio y la persona de su titular provocado por la muerte, que impide gozar y disponer de los bienes como durante la vida, se necesita saber si se ha de dar una respuesta centrada en el destino del **patrimonio** o en la **persona**. En uno y otro caso, pero sobre todo en el segundo, la sucesión suele tener estrecha relación con el régimen de **familia**. Cuando se piensa en sucesión en la persona adquiere también especial significado la **voluntad** del causante.

Los diversos tipos de equilibrio entre la sucesión en los bienes o en la persona dan distintos juegos al arco de respuestas sucesorias, que tiene máximo protagonismo **estatal** en la legítima **forzosa** y máximo sentido de **autonomía** personal en la sucesión **testamentaria**, encontrando un sustituto de ésta en la sucesión ab intestato.

La complejidad del patrimonio puede expresarse, por ejemplo, a través de la diferenciación del discernimiento de la herencia en su **conjunto** o de **legados**. A veces la tensión entre sucesión en los bienes y en la persona guarda correspondencia con la ruptura de la sucesión según sea "**inmobiliaria**" o "**mobiliaria**".

(68) Puede v. por ej. PERUGINI de PAZ Y GEUSE, Alicia M. - RAMAYO, Raúl Alberto, "Un caso argentino-chileno de restitución de menores" (comentario a fallo), en "La Ley", t. 1991-A, págs. 324 y ss. Asimismo cabe tener en cuenta v. gr. el tratamiento de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 1994) reflejado en el "Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI", Nº 5.

Cada **estilo de vida** es un estilo de comprensión de la muerte y, en consecuencia, adopta actitudes diversas ante el problema sucesorio. Cada complejo axiológico conduce a un tipo de sucesión; se sucede en términos de determinados valores. No son las mismas las maneras de entender la sucesión del más individualista Derecho romano o del más social Derecho germánico. Tampoco puede ser el mismo el régimen sucesorio cuando se trata de sujetos fuertes y de relaciones familiares sólidas que cuando ambos elementos se debilitan. Asimismo no puede ser el mismo el régimen sucesorio cuando se piensa en un Estado fuerte que cuando se piensa en otro débil.

El estilo sucesorio de la postmodernidad, con la decadencia de la eticidad estatal e incluso familiar y el triunfo de la "sociedad civil" tiende a dar juego utilitario a la voluntad del causante, quien podrá disponer de sus bienes incluso prescindiendo en parte de su familia, pero con ciertas limitaciones en cuanto a los fines espirituales.

En la postmodernidad la diferencia entre las personas físicas y jurídicas, porque sólo respecto de las primeras hay sucesión por causa de muerte, se refiere en mucho al sentido de perdurabilidad de las personas empresariales. En cuanto los bienes pertenecen a las personas jurídicas empresariales la sucesión pierde importancia, pero a diferencia de lo que sucede con el Estado o la Iglesia estas personas jurídicas son a menudo propiedad de personas "mortales".

186. En la **dimensión sociológica** la **sucesión** es un **reparto** que intenta dar una respuesta a una situación normalmente provocada por una **distribución**. A veces se la descompone en dos repartos, uno central que transmite la sucesión y otro de partición. Al ser forzosa, ab intestato o testamentaria se resuelve de maneras más autoritaria o autónoma, más planificada o ejemplar. Se trata de una **recomposición** del orden de repartos ante el límite necesario y el factor relativamente anarquizante de la muerte. Es en principio una respuesta **conservadora** del régimen, pero puede servir como factor **revolucionario** cambiando los criterios supremos de reparto. Por su gran influencia posee mucha importancia en la estrategia de la constitución de la sociedad.

En la **dimensión normológica** la sucesión significa una institucionalización que absorbe la muerte y vincula al causante y sus sucesores, pero puede tener origen más institucional, y entonces es más expresada en fuentes autoritarias constitucionales, legales, etc. o más raíz negocial, manifestada sobre todo en la fuente específica del testamento.

La diversidad de perspectivas sucesorias se manifiesta en causas parciales como las de la capacidad para testar, la validez formal e intrínseca del testamento, la revocación del testamento, la capacidad para suceder, la vocación sucesoria, etc.

En la **dimensión dikelógica** la sucesión puede significar diversos grados de integración de la justicia con la santidad, el amor, la utilidad, etc. Varía según se trate de un complejo cultural más signado por uno u otro valor y depende en gran medida de los valores en que se sucede.

Conforme sea forzosa, ab intestato o testamentaria la sucesión es más afín a la justicia extraconsensual o consensual, gubernamental o "partial", integral o sectorial y referida en mayor grado a la justicia general o particular. La senda entre los tres tipos de sucesión corresponde a una marcha desde el mayor sentido publicista al mayor sentido privatista.

La sucesión forzosa corresponde con frecuencia al deseo de imponer cierta dialogalidad y

la sucesión testamentaria suele responder a la posibilidad de la acepción de personas. La partición es la vía para la justicia de aislamiento y las indivisiones son recursos para la justicia de participación.

La sucesión es un desfraccionamiento de la novedad de la muerte, pero al propio tiempo un fraccionamiento para que el futuro responda a ciertas influencias del pasado. Es así una manera de asegurar al causante y a quienes deciden al respecto. El otorgamiento de la sucesión suele pretender el desfraccionamiento del complejo personal. Sin embargo la autonomía del causante es un medio para fraccionarlo.

La sucesión se vincula estrechamente con las influencias de justicia de las consecuencias. en un sentido, porque se enfrenta a la muerte fraccionándolas para que las potencias e impotencias del causante caigan en otras personas, en otro, porque de cierto modo las desfracciona buscando que las consecuencias se proyecten en quienes correspondan. Las partes disponibles y los legados son instrumentos para que las valoraciones completas superen los criterios generales orientadores.

Aunque puede tener legitimación autónoma, por ejemplo por el acuerdo que al fin se produce en la aceptación de la herencia, la sucesión posee siempre ciertas pretensiones aristocráticas del testador o del gobierno. En este último caso, puede existir legitimación autónoma por la infraautonomía de la democracia.

A nuestro entender, los mayores merecimientos respecto del patrimonio están en la persona del **causante** y es en relación con ella que debe dirimirse la sucesión. La muerte no interrumpe los merecimientos por los que se le adjudicó el patrimonio. Sin embargo hay interrogantes en cuanto a los merecimientos de los sucesores. Estos pueden ser más merecimientos en sentido estricto, provenientes de distribuciones sobre todo de la naturaleza, como ocurre en la sucesión forzosa o ab intestato, o más méritos por repartos que atienda el causante testamentariamente.

La diversidad de perspectivas de la persona del causante puede establecer distintas vinculaciones con diferentes sucesores según los bienes de que se trate. Por eso consideramos que debe reconocerse la **heterogeneidad** "real" de la sucesión (69). Hay bienes distintos para los que pueden estar particularmente calificados unos u otros posibles sucesores. La falta de méritos desemboca en la indignidad para suceder.

En cuanto a los objetos repartideros, la sucesión brinda al causante cierto sentido de trascendencia y a los sucesores posibilidades de propiedad y creatividad, aunque la especial referencia a los merecimientos del causante puede generar sucesores rutinarios.

Conforme sea forzosa. ab intestato o testamentaria la sucesión varía desde las posibilidades mayores para el humanismo intervencionista y el totalitarismo a las mayores posibilidades para el humanismo abstencionista y el individualismo. También en la misma ruta sucesoria señalada. puede pasarse de más reconocimiento de la comunidad a más atención a la unicidad. La sucesión es siempre una manera de proteger al individuo contra lo demás, pero al pasar del régimen forzoso al ab intestato y al testamentario se va desde la mayor protección del individuo contra los demás y sí mismo al mayor resguardo del individuo respecto del régimen.

187. Si el centro de gravedad de la sucesión se ubica en el patrimonio el régimen **internacional** se vale de manera normal de un punto de conexión real de situación o registración

(69) En relacion con el tema es posible v. nuestro articulo "Homogeneidad o heterogeneidad real de la sucesión", en "Jurisprudencia del S. T. F.", 51, págs. 7 y ss.

de los bienes. Si en cambio, como creemos corresponde, la sucesión es en la persona, debe recurrirse normalmente a un punto de conexión personal, que consideramos ha de ser profundo y, en especial, el del **domicilio del causante**.

Según ya señalamos, el sistema sucesorio tiene influencia en la distribución de la riqueza de un país, de modo que por ejemplo adoptar o no el mayorazgo es una decisión de alta significación en la estructura jurídico-económica, pero creemos que por una parte la importancia diferencial de la sucesión ha disminuido con la difusión de una cultura igualitaria y por la otra no puede sostenerse que porque algo tenga cierta importancia en la estructura social necesariamente debe avasallarse el derecho de los particulares, en este caso, el derecho del causante al respeto a su persona. La adopción de un punto de conexión real es una mera yuxtaposición entre antecedente y consecuencia jurídica.

La marginación de la referencia básica a una sola ley para la cuestión sucesoria es un **destrozo**, porque la persona es una sola, y ese destrozo es evidente sobre todo si en el Derecho interno se adopta ese punto de vista personal unitario.

Sin embargo en ciertos casos, según la noción de persona que se tenga, se responde también al problema sucesorio internacional con un punto de conexión conductista como es la autonomía del causante para elegir, por lo menos dentro de ciertos límites, la ley aplicable a su sucesión (70).

188. En la **dimensión sociológica** de la sucesión internacional, según se pase de la ley de situación o de registración de los bienes, a la ley personal del causante o a la ley que éste elija se va desde más autoridad y planificación a más juego a la autonomía y la ejemplaridad.

En la **dimensión normológica** el arco de posibilidades de conexión referido pasa desde la mayor institucionalidad a la mayor negocialidad. En la sujeción a la ley de situación o de registración y en el sometimiento a la ley personal del causante hay cierta atención a las relaciones entre normas por su contenido, que en la elección por el causante es debilitada en atención a la producción.

En la **dimensión dikelógica** se pasa, a través de ese arco de respuestas sucesorias, por referencias más dirigidas al **orden**, a la **justicia** y a la **utilidad**. Por esa diversidad de posibilidades se va desde las justicias extraconsensual, sin acepción de personas, monologal, sectorial (respecto del todo sucesorio) y general, que imperan en los puntos reales, a más despliegues para las justicias consensual, con acepción de personas, dialogal, integral (para la sucesión) y particular, que en diversos grados son más características de la ley personal del causante y de su elección autónoma.

La autonomía se apoya demasiado en la justicia consensual en cuanto a la voluntad del causante. Por su sentido de justicia general los puntos de conexión reales tienden a publicizar la sucesión que, a nuestro parecer, es una cuestión privada.

Los puntos de conexión reales mutilan el complejo personal del causante y su familia y el complejo real del patrimonio y su unidad de sentido que, en cambio, son respetados por la ley personal del causante y en particular por la de su domicilio. Si se aplica sin límites la autonomía

(70) En relación con la sucesión internacional pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Unidad y fraccionamiento del patrimonio relicto", comentario a fallo en "El Derecho", t. 30, págs. 16 y ss.; ""Guerra de trincheras" (Unidad o pluralidad en el Derecho Sucesorio Internacional)", comentario a fallo en "El Derecho", t. 58, pags. 541 y ss.; también CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Unidad o fraccionamiento de la sucesión internacional", en "Juris", t. 31, pags. 223 y ss. y "Derecho Internacional Privado acerca de cadáveres y sucesiones especiales", en "Zeus", t. 11, pags. D 65 y ss.; asimismo v. gr. MENICOCCI, Alejandro Aldo, "Jurisdicción internacional argentina y ley aplicable en una sucesión multinacional", comentario a fallo en "Zeus", t. 67, págs. J 277/8

del causante también puede fraccionar de manera indebida los complejos personales de su familia
su país y el complejo real. A nuestro entender, los puntos de conexión reales fraccionan
ilegítimamente las consecuencias desviando las potencias que corresponden al causante: la
autonomía del causante sin límites las fracciona también de manera indebida en contra de los
sucesores.

Creemos que los puntos de conexión reales significan la intervención de repartidores antiautonomos, carentes de legitimación aristocrática y también de legitimación autonoma. Cuando no tiene en cuenta los intereses reales de su familia y su medio, la autonomía del causante no es real legitimación autónoma y se convierte en antiautonomía. Sostenemos que el hombre tiene que poder decidir acerca de su propia muerte, porque es la única manera de que la vida no se le convierta en una insoportable prisión, pero importa evitar que ese poder se desborde en materia sucesoria al punto que lo lleve a desertar de sus compromisos sociales y, sobre todo, al grado de que éstos cedan porque el destino del patrimonio deba ajustarse lo más posible a las necesidades de corte empresarial. La autonomía ilimitada en cuanto al Derecho aplicable a la sucesión puede ser una manera más en que la eticidad de la empresa se rebele contra la familiar y la estatal. A nuestro parecer, sólo en la intervención básica de la ley personal y sobre todo de la ley domiciliaria la legitimación autónoma y la aristocrática encuentran su debido equilibrio.

Los puntos de conexión reales se desbarrancan por la senda del humanismo intervencionista al totalitarismo. A su vez, si la autonomía del causante se radicaliza se desvía por el camino del humanismo abstencionista al individualismo. Sólo la ley personal del causante está en condiciones de brindar un equilibrio debido de las dos vertientes del humanismo. Los puntos de conexión reales abusan de la comunidad e ignoran la unicidad: la autonomía sin límites abusa de la unicidad e ignora la comunidad. Sólo los puntos de conexión referidos profundamente a la persona del causante encuentran el camino para el equilibrio entre la comunidad, la unicidad y la igualdad requeridas por el humanismo.

Los puntos de conexión reales descuidan la protección de los individuos interesados legítimamente en la sucesión y sobre todo del causante contra el régimen y la autonomía radicalizada ignora el amparo de los demás individuos contra el causante y el resguardo del propio causante respecto de sí mismo. En la referencia personal, en especial si es domiciliaria, se equilibran el amparo del individuo contra el régimen, el resguardo de los demás individuos frente al causante y la protección de éste respecto de sí mismo.

189. El punto de conexión personal domicilio del causante es el que mejor expresa el sentido internacional de la sucesión, aunque quizás debería atenderse a que el asiento de la persona puede ser diverso según el tipo de bienes de que se trate. En el uso de los puntos de conexión reales hay una indebida nacionalización de la sucesión y quizás en el ejercicio de la autonomía se abre el camino para la universalidad.

En el sentido superficialmente diverso pero profunda y radicalmente utilitario de la postmodernidad pueden encontrar sendas de justificación simultáneas el fraccionamiento de los puntos de conexión reales y el utilitarismo universalista de la autonomía del causante. Las particularidades en los regímenes sucesorios suelen ser incluso expresiones del regionalismo y del

nacionalismo, pero vale preguntarse si esas particularidades tendrán fuerza por sí mismas o por la voluntad de los causantes.

La sucesión como tal está enraizada, pero de manera débil, en la vertiente capitalista del orden público de la postmodernidad. En el marco postmoderno pueden hallar cierto asidero de orden público imposiciones de legítima forzosa, pero en general las soluciones sucesorias van perdiendo las proyecciones de orden público que pudieron tener cuando otros valores competían en ellas con la utilidad.

190. En cuanto a las causas sucesorias menores, creemos que para la capacidad para testar corresponde aplicar la ley personal, en particular del **domicilio del testador**. Esta causa especial de la capacidad para testar se justifica por la particularidad que ha de tener en la solución del cambio de estatutos. Para la capacidad para suceder es pertinente imitar la ley **personal del causante** o la del **sucesor**, en ambos casos especialmente **domiciliaria**, en tanto una y otra están de modo respectivo en mejores condiciones de expresar los deberes del heredero para con el causante, cuyo incumplimiento suele traer aparejada la incapacidad, y la dignidad del heredero.

b'') El cambio de estatutos

191. En general el cambio de estatutos en el régimen sucesorio tiene un momento crítico dominante, el de la muerte del causante, al cual con sentido **unitario** se remiten los puntos de conexión expresamente o corresponde recurrir en la determinación del funcionamiento normativo. Sin embargo para algunas cuestiones, como la capacidad para testar, parece legítimo remitirse, con un sentido más "conservador", al momento en que se hizo el testamento. Incluso en otros casos, como el de la validez intrínseca del testamento, la opción por el momento de la muerte puede ser demasiado innovadora, ya que coloca al testador en la obligación de testar teniendo en cuenta la ley de un país que no sabe cuál será. El cambio de estatutos en cuestiones testamentarias ha de considerar en la debida medida el criterio del "favor testamenti".

d) Las obligaciones

192. Las obligaciones consisten en vínculos según los cuales ciertos sujetos deben cumplir prestaciones patrimoniales a favor de otros. La capacidad para obligarse es una de las características más **específicas** de la humanidad. A medida que las causas relacionales van pasando de la unión de pareja y la filiación a la sucesión y a las obligaciones que surgen de la propia voluntad se van haciendo más particularmente humanas. En la sucesión se pretende trascender el tiempo de la vida, en la obligación se procura trascender la materia de las propias posibilidades.

En general el marco de las obligaciones es la parte más **dinámica** del régimen patrimonial. Sin embargo, cada **estilo de vida** corresponde a un estilo obligacional.

Con el desarrollo del individualismo el marco general de las obligaciones se hizo más crítico, porque se necesitaron más fundamentos para vincular a unos individuos con otros, y ganaron importancia las obligaciones que nacen de la propia voluntad. El sujeto fuerte de la

modernidad condujo a la gran significación asignada al contrato en la codificación napoleónica. En cambio, el sujeto débil de la postmodernidad es más fácilmente "penetrable", pero la falta de cohesión básica impide un desarrollo importante de las obligaciones impuestas.

En una sociedad influida por el pensamiento **sansimoniano**, que valora la administración de las cosas mediante uniones libres entre hombres libres, se procura y se logra que todas las obligaciones nazcan de la propia voluntad; en otra donde predomina, por ejemplo, la filosofía tomista, las obligaciones autoritarias tienen más importancia.

Hay culturas donde diversas consideraciones, de carácter familiar, de derechos reales, etc., han llevado a establecer el retracto, y es así cómo éste fue mucho más importante en la religiosa Israel que en la individualista Roma, pero en el desarrollo moderno del capitalismo el mundo del "con-trato" ha prevalecido sobre el del "re-tracto".

En los períodos de **"cultura"** en sentido estricto la presencia relativa de las obligaciones que nacen de la autoridad es mayor, en los de **"civilización"**, predominan francamente las obligaciones que surgen de la propia voluntad. Sin embargo, la civilización tiene muchas dificultades para perdurar y suele tender a la **decadencia**, en que las fuentes se confunden. Esto es lo que parece estar ocurriendo en la contractualista civilización de la postmodernidad.

193. Para comprender las obligaciones es necesario saber por qué se producen las vinculaciones respectivas. Mucho se discute, en consecuencia, sobre sus **fuentes**.

En la **dimensión sociológica** las fuentes de las obligaciones son en última instancia dos: la autonomía del obligado y la autoridad. En la **dimensión normológica** es esclarecedor el uso de las categorías de la división pentárquica tradicional que diferencia los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley. Sin embargo, en la **dimensión dikelógica** la fuente última de las obligaciones es la **justicia**: hay obligación en la medida que lo que está en el patrimonio de una persona debe estar según este valor en el patrimonio de otra.

194. Al reconocer la diversidad de fuentes sociológicas y normológicas de las obligaciones se advierte que las perspectivas respectivas tienen amplias **proyecciones**.

En la **dimensión sociológica** las obligaciones que nacen de la autonomía configuran órdenes de repartos más dependientes de la ejemplaridad y más **evolutivos** y las que surgen de la autoridad constituyen regímenes más planificados y a menudo **conservadores** o **revolucionarios**. A menudo las obligaciones autónomas tropiezan con menos límites necesarios que las autoritarias, ya que quienes se obligan suelen reconocer con más frecuencia la realidad.

En la **dimensión normológica** las obligaciones que nacen de la autonomía pertenecen básicamente a la vertiente "autónoma" ("pactista") del ordenamiento normativo (que en realidad es disyuntivo: la norma hipotética fundamental sostiene los pactos serán cumplidos o se obedecerá al constituyente histórico) y las que surgen de la autoridad corresponden directamente a la vertiente autoritaria. En esta vertiente las obligaciones que surgen de la voluntad fortalecen la constitución de la pirámide desde la base y las que son establecidas por la autoridad la desenvuelven más desde la cúspide.

En la **dimensión dikelógica** las obligaciones tienen en general sentidos utilitarios, pero

las que poseen como fuente a la propia autonomía se apoyan más en valores **no jurídicos**, como la utilidad o incluso el amor, en tanto las que surgen de imposiciones de la autoridad suelen tener más referencias a la **justicia**, que algunas veces consagra a otros valores como el amor (v.gr. en las imposiciones legales alimentarias). Es notorio que para irrumpir en la vida de otro se requieren, aunque sea desde el gobierno, fuertes invocaciones de justicia.

En cuanto las obligaciones surgen de la autonomía son más afines con la justicia consensual, simétrica y rectora y cuando son dispuestas por la autoridad se relacionan mas con la justicia extraconsensual, asimetrica y correctora. La autonomia tiene más apertura al futuro y fracciona el complejo personal, pero suele invocar un desfraccionamiento de las consecuencias: la autoridad posee, abierta o veladamente, más relación con el pasado y con un futuro preconstituido, desfracciona mas el complejo personal y con frecuencia fracciona las consecuencias haciendo que unos individuos sostengan a otros.

Es evidente que las obligaciones que nacen de la propia voluntad se vinculan más con la legitimación específicamente "autónoma" y las que surgen de la autoridad dependen más de la aristocracia. Lo que a las segundas les falte de legitimación por la voluntad tiene que surgir de la legitimación del objeto. Aunque en general responden a planteos relativamente superficiales, las obligaciones requieren fundamentos de menor o mayor profundidad segun sean mas autonomistas o autoritarias.

Las obligaciones que surgen de la autonomía son afines al humanismo abstencionista con su riesgo de individualismo y las dispuestas por la autoridad están más vinculadas con el humanismo intervencionista, con su peligro de totalitarismo.

En general las obligaciones protegen al individuo contra lo demás, principalmente frente a la pobreza, y respecto de los demás individuos. Las que tienen como fuente a la voluntad de los obligados sirven más al respeto de la unicidad y a la protección del individuo contra el regimen. Las que emergen de la autoridad se apoyan más en la igualdad y en la comunidad humana y se vinculan más con el amparo del individuo contra los demás y respecto de si mismo. Las obligaciones que nacen de la autonomía son afines al **liberalismo**, las otras son más **democráticas** y más **"republicanas"**.

195. Mucho se discute respecto de la **responsabilidad** obligacional, pero en última instancia debemos "responder" cuando en nuestro patrimonio hay algo que en la **readjudicación** justa de los bienes, con o sin culpa, debemos devolver. La asignación de responsabilidad puede tener en cuenta la culpa, mas no es imprescindible que ésta exista, basta con que en la readjudicación algo que tenemos deba pertenecer a otro.

La culpa es, sí, uno de los factores más nítidos de **individualización** de la responsabilidad. Cuando éstos no intervienen o la responsabilidad individual no es suficiente puede aparecer la responsabilidad **social**.

a') Las obligaciones que nacen de la propia voluntad

a'') Los contratos

a''') Los contratos en el espacio

a'''') Los contratos en general

196. La alta capacidad de contratar, con sus infinitos tipos y contenidos, es un de los rasgos mas caracteristicos del ser humano y en especial de la cultura Occidental y del sistema capitalista. El contrato es uno de los medios mas importantes para que el hombre **complemente** las necesidades de su vida y **movilice** la riqueza y el patrimonio (71). La existencia de contratos innominados es una consecuencia de la estrecha relacion del contrato con las infinitas posibilidades de lo humano.

La comprension economica del contrato, a menudo oculta bajo tecnicismos juridicos, es una pieza descollante para la **comprensión economica del Derecho**, sin la cual éste no se halla en condiciones de actuar eficientemente y, a la vez, de aportar lo que debe para corregir los desvíos del economicismo.

197. El contrato se inscribe en la noción general de **pacto** y la importancia relativa del contrato y en general del pacto se incrementa en el espíritu calvinista y se acentúa de modo particular en el mundo de la **postmodernidad**. El pacto es **paradigma** a veces legítimo y otras veces ilegítimo de toda la vida de este tiempo. En la postmodernidad el pacto es el modelo del **Derecho** todo, el cauce fundamental de la **economía**, de la **verdad**, de la **virtud** y de la **felicidad** y al fin la expresion de la **cosmovisión** reinante.

Con expresion de Lyotard puede decirse incluso que "...el contrato temporal suplanta de hecho la institucion permanente en cuestiones profesionales, afectivas, sexuales, culturales, familiares, internacionales, lo mismo que en los asuntos políticos" (72).

En gran medida las particularidades de superficie de la postmodernidad se vinculan en su profundidad utilitaria a través del pacto en general y del contrato en especial. El pacto es una de las maneras de encauzar la fuerza más propias de nuestra época. El gobierno es hoy el resultado de una **red de pactos** que reparten influencias.

Nuestro tiempo, del reinado del **mercado** y de la **democracia**, no puede ser comprendido sin recurrir al común denominador básico del pacto. Uno y otra se valen de la solución de los juegos de intereses mediante acuerdos. En el mercado se busca la satisfacción directa de los intereses y en la democracia se procura su satisfaccion indirecta y su contención reciproca. El mercado pacta sobre todo en la producción, la distribución y el consumo, pero la democracia pacta de manera principal en la redistribucion.

Mientras la fuerza social estuvo concentrada, como ocurrió de manera sobresaliente en las monarquías absolutas, cuyo ejemplo más notorio fue el gobierno de Luis XIV, el "Rey Sol", los intereses que buscaban participar en la redistribución se remitían más al poder central, pero debajo de esa estructura de poder se iba desarrollando el mundo capitalista del mercado y del contrato. Luego de la revolución burguesa los intereses, por lo menos teóricamente libres, buscan más soluciones de equilibrio, valiéndose de pactos en el mercado y en la democracia triunfantes.

(71) Hegel decía: "Esta conciliación de tener propiedad, no solamente mediante una cosa y mi voluntad subjetiva, sino precisamente por intermedio de otra voluntad y, por lo tanto, tenerla en una voluntad común, constituye la esfera del **contrato**." (HEGEL, op. cit., pág. 90, párrafo 71).
La "contrafigura" del contrato aparece, por ejemplo, en el célebre cuento del grial, don extraordinario, a la vez gratuito e infinitamente grande (v. por ej. SHELL, op. cit., esp. pág. 50).

(72) LYOTARD, Jean-François, "La condición postmoderna", trad. Mariano Antolín Rato, Madrid, Cátedra, 1987, pág. 118.

Sin embargo, para que el contrato y el pacto sean realmente autónomos debe haber **competencia** y ésta se hace muy difícil en la época de la enormidad de ciertas empresas. La visión posible para los contratantes aislados del resto del mercado es un fraccionamiento de los sentidos de la finalidad objetiva de los acontecimientos, que oculta su verdadero significado.

Es imposible tomar posición, no sólo en el Derecho Internacional Privado sino en el Derecho y la vida de estos días, sin comprender el contrato en profundidad. La **Filosofía del contrato** es pieza fundamental de la Filosofía del Derecho Internacional Privado, de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía toda de nuestra época.

198. Conforme ya señalamos, en la **dimensión sociológica** del **Derecho** el desarrollo del contrato y de su influencia significan incremento de la **autonomía** y de la **ejemplaridad** y la posibilidad de que los propios interesados tropiecen menos con los **límites** necesarios que suelen encontrar los repartidores gubernamentales.

El contrato y el pacto en general brindan **expansividad** al orden de repartos y son los grandes instrumentos del proceso de **mundialización** del régimen que se desarrolla en nuestros días.

El desenvolvimiento del mundo ultrapactista encuentra, sin embargo, límites necesarios y hoy se advierte que el pactismo radicalizado o "ultrapactismo" tiende incluso a sumergirse en la **violencia**.

El mundo de los pactos que tanto ha avanzado con el capitalismo y el desarrollo de la burguesía, rompiendo el cerramiento autoritario que llegó a significar el feudalismo, no es, sin embargo, "revolucionario". No es capaz de superar los límites de un **"sistema"**. Sólo pactan los que algo tienen para intercambiar; no es el mundo de los radicalmente desposeídos.

En la **dimensión normológica** el despliegue del contrato aumenta las posibilidades de la **fidelidad** y de la **exactitud** de las normas, porque en general los contratos se hacen para que sean claros y para cumplirlos, aunque no ocurre lo mismo con los pactos políticos. Sin embargo, urge comprender que la formalización contractual no siempre corresponde a una realidad de autonomía y puede ser infiel e inexacta, escondiendo fenómenos de autoridad.

El desarrollo del contrato y en general del pacto incrementa las condiciones de **flexibilidad** de las fuentes formales. El contrato resulta la fuente formal más característica de la postmodernidad. En nuestros días el desenvolvimiento del paradigma pactista es tan grande que se multiplican los tratados internacionales (de cierto modo "con-tratos") y los niveles constitucionales y legales se manejan con frecuencia como pactos (en nuestro país c. por ej. el "Pacto de Olivos", la negociación de la ley de patentes, etc.).

En la época de la monarquía "absoluta" la formalización continental más expresiva era la legislación en sentido amplio. La ordenanza real era incluso la palabra última del mercado, pero ese mundo de predominio legislativo tuvo su "canto del cisne" en la codificación primero liberal y luego relativamente social. Hoy la importancia del contrato es tal que la única persona jurídica que ha incrementado considerablemente su significación es la sociedad, es decir, la que más posee en su interior el paradigma contractual.

A través del despliegue contractual avanza la **negocialidad**, aunque en nuestro tiempo su

importancia es tan grande que, ante el vacío de otra institucionalidad, tiende a institucionalizarse, generándose reglas de lealtad específica y de contenidos, cámaras, tribunales, etc. que lo sirven con sentidos institucionales.

El contrato tiene limitadas aspiraciones de producir materializaciones que cambien el sentido de la realidad y esto es lo que en mucho ocurre con las normas de nuestros días. En importante correlación con el desarrollo del contrato la carga ideológica de las normatividades actuales posee poco espesor. El despliegue de la contractualidad, promovido en gran medida por el desarrollo empresarial, es uno de los motivos de la decadencia de la estatalidad.

Conforme ya señalamos, con el progreso de la contractualidad el ordenamiento normativo tiende a desarrollarse mediante una vertiente que puede ser paralela a la gubernamental o en un nivel de base de la vertiente gubernamental, emergente de la habilitación de los contratantes. De cierto modo, por el desarrollo del contrato la pirámide normativa tiende a **bifurcarse** o a **achatarse** y a consolidarse en la base.

En la **dimensión dikelógica** el contrato y su influencia significan especiales oportunidades para el desarrollo del **relativismo** axiológico y para los valores **fabricados**. Sin embargo, pese a las grandes dificultades para el conocimiento de los valores, creemos que hay en ellos cierta objetividad y entendemos que existen valores naturales en relación con los cuales los valores fabricados pueden resultar falsos.

Según lo ya expresado, el despliegue de la contractualidad aporta posibilidades de que la justicia se **integre** con la **utilidad**. A través del mercado y de la competencia el contrato adquiere una garantía mínima de **eficiencia** que se proyecta al resto de la sociedad. El desarrollo de los valores en general exige cierta "compresión" y esto sucede también con la utilidad contractual, cuando necesita de la compresión de la competencia. Sin mercado y sin competencia los contratos y los pactos en general se corrompen.

El pacto es una manera en principio preferible de lograr la **contribución** de los valores inferiores con la justicia. En el pacto la **cooperación**, valor inherente a los repartos autónomos, sustituye al poder, valor propio de los repartos autoritarios y, por respetar la libertad de todas las personas interesadas, la cooperación es preferible al poder. Dado que es un valor relativo sumamente inclinado a la subversión respecto de los valores superiores es legítimo que el poder esté dividido, pero si el poder está dividido no cabe otra manera de evitar la guerra que el pacto.

Por otra parte, sin embargo, otros valores como el amor, la verdad, la belleza, la santidad, etc. exigen ser preservados de los desbordes de la utilidad contractual. No todo debe ser introducido en el mercado. Para que el mercado sea legítimo han de existir partes de la vida que no estén en él. El hombre se sostiene con el resto del universo, el mercado se sostiene con el no mercado y el contrato se sostiene con el no contrato.

El contrato y su influencia significan despliegues de la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica, conmutativa, partial, sectorial, de aislamiento y particular. No obstante, también han de tenerse en cuenta las exigencias de justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea, gubernamental, integral, de participación y general.

La **limitación** del vínculo interhumano que caracteriza a la postmodernidad es particularmente afín con la justicia sin acepción de personas del contrato y dista mucho, en

cambio, de la amplitud de los compromisos con acepción de personas que por ejemplo poseen el matrimonio tradicional e incluso la patria potestad. No obstante, la justicia exige también cierta vinculación con consideración de personas. El mundo ultrapactista postmoderno es el mundo de la **privatización**, mas el Derecho exige el equilibrio de lo Público y lo Privado.

En el marco de desarrollo contractual se incrementa la **legitimación autónoma**, por el acuerdo de los interesados, pero a menudo el acuerdo está limitado por la disponibilidad de los objetos a intercambiar, y en la vida es también necesaria la legitimación aristocrática.

Con frecuencia en un tiempo de sujetos débiles, como la contractualista época actual, lo que antes se pensaba como méritos de la **conducta** y en particular del trabajo y el ahorro o por merecimientos de la **naturaleza** ahora se pretende por simples merecimientos de **influencias humanas difusas** y del **azar**. Las influencias humanas difusas y el azar son vías de escape relativamente falsas, no verdaderamente promocionales, del cerramiento ultrapactista.

El contrato es especialmente idóneo para el carácter repartidero de la **libertad** y de la **propiedad**. Es mucho lo que se debe al contrato y a su sentido de respeto a la libertad y la propiedad de los demás, especialmente en países como la Argentina, donde a veces la regla parece ser la falta de respeto a los demás (73). El pacto es en definitiva la manera de vincular a los individuos que viven en libertad. No obstante, en el otro extremo, del contractualismo radical, los objetos repartideros tienden a centrarse en la libertad vacía y en la propiedad "inerte", desplazando a la jerarquía de la vida y la creación.

El despliegue contractual es correlativo al desenvolvimiento del humanismo abstencionista, que en principio es preferible al intervencionista, pero tiene el consiguiente riesgo de individualismo. Su desarrollo sirve a la **igualdad** y a la democracia que se apoya en ella y a la **unicidad** y al liberalismo que se basa en ésta, pero para ser justo un régimen ha de satisfacer también la **comunidad**, que exige la "res publica". La ruptura del sentido de comunidad es una de las características de la época pactista de la postmodernidad.

El contrato y su generalización pactista significan protección del individuo contra el régimen y lo demás. En principio el pacto permite que cada individuo se **expanda** y encuentre, a través de su propia decisión, el límite de sus posibilidades sin sujetarse a los moldes de los gobernantes. Sin embargo, si antes era grave no estar en el marco de la Corte de Luis XIV, ahora lo es no estar bien representado en el sistema de pactos.

Aunque los acuerdos suelen contar con cierta **preferencia** no sólo óntica sino dikelógica, los rasgos que el mundo jurídico adquiere a través del desarrollo de los pactos no son necesariamente justos, de modo que urge apreciar la medida en que mediante ellos se concluye en una solución valiosa.

199. La importancia actual del contrato y sus proyecciones es tan grande que el que quizás sea el delito más importante de este tiempo, el **narcotráfico**, se produce mediante pactos y algo análogo ocurre con el **contrabando de armas**. También se piensa, por ejemplo, en suprimir la pena sustituyéndola mediante una compensación que podría ser pactada.

Las carencias que puede tener el mundo de la radicalización del pacto se presentan

(73) Cuando se decide el espacio que ha de darse al contrato hay que tener en cuenta su alto significado de respeto a los demas. Si las vinculaciones entre personas son signadas por los meros hechos, a veces ilícitos, el respeto contractual a la voluntad adquiere especial valor. Frecuentes ejemplos cotidianos de la "pre-contractual" falta de respeto en paises como el nuestro son las "pintadas" en los frentes de los edificios, a menudo para escribir estupideces, las colas interminables e incluso las picardías para burlarlas, etc.

particularmente en países como el nuestro, en los que a menudo pese al escaso desarrollo contractual allí solo no hay competencia sino todo se compra y se vende, desarrollándose un asfixiante sistema de pactos.

200. En el panorama **económico**, el contrato es pieza de la **distribución** y se orienta especialmente al **consumo**. Si bien es también instrumento para la vinculación de los elementos de la **producción**, por él mismo sólo brinda espacio para una producción **dependiente** de la distribucion y del consumo. El impulso productivo no es contractual.

El contrato es ingrediente fundamental de la **sociedad de consumo**, pero su radicalización tiende mas a la **expansión** y **diversificación** de lo existente que a la innovación **creadora**. La creacion es una relativa via de escape del sistema, y un sistema tan cerrado como el del ultrapactismo tiende en definitiva a la **rutina**.

Como lo evidencia la aparición del **proletariado**, en principio entre los elementos de la producción el contrato tiende a favorecer al capital e incluso a la naturaleza, pero no al trabajo. Se relaciona de manera estrecha con la **división del trabajo** y con todas las consecuencias positivas pero también negativas que ésta posee (74).

A partir de la conciencia económica y sociológica se ha hecho más evidente la gran influencia que el contrato y la economia tienen en relación con el resto de la vida. Aunque muchos fueron los aportes de Carlos Marx, no es necesario sostener una posición marxista para comprenderla.

201. Las respuestas a las tres grandes cuestiones que en especial desde el "giro" socrático tanto preocupan a la **Filosofía**, la verdad, la virtud y la felicidad, son influidas por la visión contractualista de la vida.

Desde diversas perspectivas la filosofía de nuestro tiempo ha destacado las relaciones entre las soluciones jurídicas y la manera de encarar la **verdad** (75). El monarca titular de la fuerza concentrada era el encargado de encontrar la verdad última, a la que todos debían ajustarse, pero su posibilidad permitía más referencia **objetiva** a la verdad. Si el titular del poder supremo gubernamental no necesitaba pactar, otros podían hacer lo mismo, aunque por llevarlo a cabo de manera discrepante terminaran en el patíbulo o la cárcel.

A diferencia del mundo autoritario, que se vinculaba más con la perspectiva de verdad del gobernante, para aceptarla o rechazarla, el mundo democrático, con su reinado del pacto, permite reconocer infinitas **perspectivas** de la verdad pero al propio tiempo es una época de sofistas, que **dudan** de que ella exista, que se pueda conocer o que se pueda transmitir.

Si por una parte permite superar los fraccionamientos de la verdad que impone el autoritarismo y atender así más a su "pantonomía", por otra parte lleva al estallido de la noción misma de verdad, al punto que cada uno pretende tener "su" verdad no como su propia perspectiva, sino como su propia creación.

Si respecto del acceso a la verdad los días de las monarquías absolutas tuvieron un **clima de autoridad**, los de la democracia pactista poseen un **clima de indiferencia** para todo lo que no moleste a las partes. Ninguno de los dos momentos alcanza a realizar el **clima de tolerancia**, en

(74) V. por ej. GIDE, Charles, "Curso de Economía Política", trad. Carlos Docteur - José Muñoz Escámez, 2a. ed., Bs. As., El Ateneo, 1955, págs. 160 y ss.

(75) V. por ej. FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", trad. Enrique Lynch, 2a. reimp., México, Gedisa, 1984.

que se cree en la verdad pero se deja espacio para la propaganda de todas las ideas para que cada uno pueda elegir llegar a la verdad por la fe o la razón. Aunque sin ser justa la indiferencia es mejor que la autoridad, vale destacar que significa cierta autoridad velada por el imperio de los hechos.

El mundo del contrato es al fin un marco de **apariencias**, de decires y de representaciones mas que de realidades, donde todo se compra y se vende y lo "superficial" reina en profundidad (76). Cuanto más fácil sea **convencer** en base a apariencias falsas, más se habrá logrado lo buscado con el menor costo. En una época contractualista, quien en lugar de ocuparse de los pactos se ocupa de la realidad, como lo hizo Sócrates, es marginado, obligado a beber la cicuta real o la de la marginación.

En el mundo del pacto y del consiguiente gran juego del **lenguaje** el verdadero filósofo suele ser llamado por el expresivo decir popular un "loco suelto", pero en realidad no está "suelto", sino silenciado y humillado. En relación al sistema radical de pactos de mercado o de democracia el filósofo como tal no es "funcional", y lo que en la máquina no funciona se tira.

Sólo se admiten, a veces, las "filosofías" demasiado antiguas o estériles, que son dejadas en la marginalidad o compradas como un lujo para aparentar tolerancia. El sistema cerrado puede admitir a los "historiadores" y "sociólogos" que sólo recopilan datos sin descubrir significados o a los "filósofos" que brindan interpretaciones sin datos, pero nunca a quienes a través de los datos y las interpretaciones pueden llegar a descubrir los defectos del régimen.

Urge encontrar caminos para que la verdad no quede sometida al sistema radicalizado de los pactos, en el que en lugar de la mordaza al ser se produce el **silencio del ser**.

Al advertir los defectos de la sociedad ultrapactista, que sin embargo a veces no son más que la evidencia de otros que de lo contrario quedan ocultos, se siente profunda simpatía humana por Platón. Aunque no se comparta su idealismo, se comprende de manera más cabal lo que debe haber sufrido al ver que al fin se condenaba a muerte al filósofo por la única transgresión de buscar la verdad (77). Siempre se siente la tentación de escribir una "Apología de Platón".

202. La proyección al cumplimiento de los deberes que imponen los valores, sobre todo si tiene carácter de hábito, se denomina **virtud**. Aunque sabemos muy poco de lo valioso y lo "desvalioso" y consecuentemente respecto de la virtud, creemos que la posibilidad de ser virtuoso es una de las características relevantes del hombre.

Entendemos por virtud **intelectual** la actitud que contiene el mero saber que se cumple lo exigido por el valor, aunque se haga por motivos diversos a la adhesión al mismo, y por virtud **moral** la actitud que contiene la adhesión al valor por él mismo. Un acto puede ser objetivamente

(76) Puede v. nuestro artículo "Las fronteras de la recomposición jurídica (Sobre la destreza jurídica y sus límites)", en "Boletín del Centro ..." cit., Nº 20, págs. 65 y ss.

(77) Es posible v. nuestras "Palabras preliminares a la Jornada de Estudios Interdisciplinarios sobre la "Apología de Sócrates" de Platón", en "Investigación ..." cit., Nº 9, págs. 67 y ss. En relación con la posibilidad de resolver la problemática planteada puede v. por ej DOWNEY, Gary Lee - ROGERS, Juan D., "On the Politics of Theorizing in a Postmodern Academy", en "American Anthropologist", 97 (2), págs. 269 y ss.
Si bien reconocemos los terribles excesos en que han incurrido los estilos no pactistas y el objetivismo axiológico desviado no podemos ignorar que los dos crímenes más significativos de la historia de Occidente, las condenas de Sócrates y de Jesús, se han cometido en el marco pactista y relativista de la democracia ateniense y bajo el gobierno del relativista Poncio Pilato. Aunque sabemos que sabemos muy poco respecto del hombre y del universo y consideramos que no podemos conocer las verdades últimas, creemos que la solución legítima está en un **objetivismo (no universalismo) bien orientado y conocedor de sus límites**.

valioso sin virtud; con mera virtud intelectual, pero por motivos distintos del valor o con virtud intelectual y moral.

Cada **estilo de vida** posee una manera de desarrollar y asegurar las virtudes. En el mundo del pacto las virtudes no utilitarias suelen ser meramente intelectuales y encontrar refuerzo en el logro de la utilidad. Generalmente la virtud responde entonces al incentivo de la contraprestación, que de modo habitual funciona con alcance satisfactorio, pero al fin es insuficiente. Cuando no hay virtud moral suele perderse el "plus" del sacrificio necesario para la plena realización del valor. Todo lo que se hace para los demás se hace "por lo que a uno le pagan" y en la menor medida posible. De aquí que, por ejemplo, la administración tiende siempre a ser mera burocracia.

La virtud suele nutrirse por el **reconocimiento** de los merecimientos. Cada **estilo de vida** contiene además una manera de reconocerlos. En la sociedad monárquica típica hay en definitiva un solo encargado del reconocimiento, que aplica únicamente los criterios que admita su propia personalidad. En la sociedad pactista las posibilidades de reconocimiento son por lo menos numéricamente mayores y quizás más diversas. Sin embargo, en toda sociedad radicalizada, sea monárquica o pactista, los merecimientos sólo importan en cuanto sean de eficiencia para los fines de los poseedores de la "fuerza". En un caso el reconocimiento pasa más por el "filtro" del poder, que tiende a elegir lo que le es útil. En el otro pasa más por el de la utilidad, que al fin es utilidad de los demás.

En la sociedad monárquica absoluta los merecimientos son sometidos al capricho del gobernante todopoderoso, en la sociedad ultrapactista los merecimientos son sacrificados al juego de las negociaciones de influencias. En una y otra la virtud no encuentra estímulo ni razón de ser y la **envidia** y la **prepotencia** pueden realizarse ampliamente.

Al final se **confunde** la misma idea de virtud. Esta es, como ya señalamos, la proyección más o menos generosa al valor, no -por ejemplo- el **éxito** dentro o fuera de un pacto. La "virtud" para un valor falso, aunque logre imponerlo, no es verdadera virtud. Saber hacer un pacto y que éste alcance éxito no quiere decir que se tenga necesariamente virtud ni que el pacto sea justo. La destreza para los pactos es una manifestación de inteligencia, pero parece que la inteligencia suprema está en comprender que se ha de servir al universo y cómo se lo ha de servir. En nuestro tiempo, muchos se muestran no sólo encandilados por los valores falsos, sino lisa y llanamente "ciegos" a los valores.

Los pactos vuelven a unir el poder dividido, y uno de los factores que suelen animarlos, junto al deseo de propio beneficio de los participantes, es la envidia. La gente no sólo pacta para su propio beneficio sino, directa o indirectamente, para el perjuicio de quienes desea dañar y uno de los motivos más importantes y generalizados por los que se desea dañar a los demás es la envidia.

Es evidente que el pactismo no suele obrar en beneficio de los marginales y en especial de los genios no exitosos, cuya condición es siempre una de las más desdichadas e injustas que presenta la condición humana. La envidia es uno de los factores que dan energía a la vida, pero en última instancia es siempre perversa, sean los envidiosos débiles o poderosos, pocos o muchos.

Podría suponerse que la división del poder en la sociedad disminuye los riesgos de la agresión envidiosa, pero en la realidad se advierte que no es así. La "liga de los envidiosos" tiene a menudo consecuencias asfixiantes.

Así como la monarquía radicalizada desvía con frecuencia la lealtad hacia la obsecuencia, el ultrapactismo contiene cierto grado específico de "lealtad negocial" pero excluye la **lealtad** plena del hombre hacia el hombre e incluso hacia el mundo.

Puede decirse que la lealtad es solo una manera de objetivar las reglas de juego para obtener seguridad, pero entendemos que hay alguna parte de verdad en la jerarquización de la lealtad que se hizo especialmente en la primera mitad del siglo que fenece, y creemos que Josiah Royce tuvo un grado importante de acierto cuando dijo que todas las virtudes comunes, en tanto que defendibles y efectivas, son formas especiales de la lealtad a la lealtad (78). El contrato vincula momentáneamente los patrimonios, la lealtad une a los hombres de modo perdurable.

Al fin, cuando ya no hay valores **fuera del mercado** que le pongan límites, cuando no hay por lo menos cierto "pacto antipacto" que declare áreas no negociables, se cambia lo que no debería cambiarse y se produce **corrupción**. Cada cultura genera su propio tipo de corrupción. Si una cultura religiosa tiende a corromperse en la simonía, la cultura ultrapactista corrompe muchos otros valores como la verdad, la belleza, la justicia, etc. e incluso la misma utilidad. También el poder entra en el mercado y se vende, generándose una corrupción gubernamental particularmente difundida (79).

Todo sistema cultural requiere equilibrios entre lo que establece el **Derecho** y lo que surge de la **moral** y entre lo que se **pacta** y lo que **no se pacta**. En los países en que la cultura liberal pactista ha funcionado relativamente bien existe una base de "seriedad" establecida por la **conciencia moral colectiva** que rechaza los excesos del mercado y del pacto y sanciona a los infractores.

La división de intereses sólo es viable y legítima si encuentra su equilibrio de cohesión. Esto es, en mucho, lo que puede estar en peligro en la actualidad y lo que suele faltar en otros países que, como el nuestro, generan altos índices de corrupción en los mercados y en los gobiernos.

Un régimen justo ha de ser democrático y también liberal y republicano. Si bien en este sentido democracia y república difieren, porque una sirve a la igualdad y otra a la comunidad, no hay que olvidar que algunas veces se afirma que la **república**, puede ser aristocrática o democrática, pero siempre tiene por principio a la virtud (80). En la sociedad ultrapactista la república en el sentido de "res publica" como cosa común y también en el de división de poderes se sumerge en el igualitarismo utilitario (81).

El pacto recompone el tejido social y también el poder, de modo que la división sostenida por el liberalismo político se debilita. Si el pacto funciona ¿para qué se querrá dividir el poder en el tiempo, en el espacio o en la materia? ¿Si los negocios andan bien, por qué perturbarlos con los pesos y contrapesos liberales? ¿Por qué no reelegir indefinidamente a un gobernante? El freno al poder tiende a ser la eficiencia, no la libertad. Los largos períodos gubernamentales que por vía de elección se van dando en esta época, con el quizás inevitable desvío hacia la corrupción e incluso la opresión, pueden ser muestra del avance actual de la democracia sobre la república.

(78) V. ROYCE, Josiah, "Filosofía de la fidelidad", trad. Vicente Paúl Quintero, Bs. As., Hachette, 1949; también es posible tener en cuenta por ej. MARCEL, Gabriel, "Homo Viator", Clermont-Ferrand, Montaigne, 1947, págs. 173 y ss.

(79) Pueden v. por ej. nuestro artículo "Argentina, distribucionismo y corrupción", en "Boletín del Centro ..." cit., Nº 14, págs. 7/8; MONTESQUIEU, "Del espíritu de las leyes", trad. Nicolás Estévanez, 3a ed., México, Porrúa, 1977, págs. 75 y ss.; CHIAPPINI, Julio, ""Teoría del poder" (Corrupción e instituciones)", Rosario, Zeus, 1994 (también nuestra reseña en "Jurisprudencia ..." cit., t. 1994-II, págs. 953/4).

(80) V. por ej. MONTESQUIEU, op. cit., págs. 15 y ss.

(81) Puede v. nuestro artículo "Meditaciones sobre la república", en "La Ley", t. 1981-C, págs. 990 y ss.

La virtud se desarrolla de manera plena cuando se integran la **democracia** y la **aristocracia** (82). Para ser legítimas una y otra deben promoverse recíprocamente.

203. El hombre no nace sólo para ser feliz, pero ser feliz, y ser conscientemente feliz, es una de las mayores grandezas del ser humano. Cada **estilo de vida** es una manera de comprender la **felicidad**. Aunque casi siempre se relacionan con la posesión de un **"bien"**, las fórmulas al respecto son diversas, al punto que entre la felicidad en las concepciones teocéntricas, cosmocéntricas y antropocéntricas las diferencias son muy significativas.

En las concepciones teocéntricas la felicidad suele corresponder a la beatitud, en tanto que en las antropocéntricas se aproxima con frecuencia al placer humano. A veces en el pensamiento antiguo se la relacionó estrechamente con la verdad y la virtud y las escuelas postsocráticas "menores" tomaron el tema como una de sus referencias centrales. A nuestro parecer, una de las fórmulas mas sabias es la del epicureismo.

El pacto en general y el contrato en especial guardan relación profunda con la felicidad. En el pactismo la felicidad resulta próxima a cierta noción de **placer**, pero en el ultrapactismo la búsqueda de la utilidad **devora** al placer. En la dinámica de los bienes que permite el pactismo la felicidad encuentra cauces que en cierto sentido tienen mayor amplitud, mas cuando en el ultrapactismo los bienes pierden al fin su valor porque los medios todo lo absorben la felicidad es menos intensa. De aquí que el tiempo actual sea a menudo profundamente triste y que se busquen escapes por vías de la drogadicción y la violencia. Con frecuencia se confunde el mero **lucro** con la felicidad.

204. La existencia humana se caracteriza por una pluralidad de momentos significativos y los distintos estilos de vida son afines con diversos **momentos** de nuestra existencia.

Los tiempos que sostuvieron la protección del propietario y del trabajador se remitían notoriamente a la ancianidad y a la edad adulta, cuando se ha obtenido la propiedad y se trabaja. La postmodernidad, que se apoya en el consumo y se ocupa particularmente del amparo al consumidor, es un tiempo de la **adolescencia**.

Aunque no tenga capacidad formal para contratar, el adolescente es el paradigma de quien "pacta" para consumir y consume sin producir ni haber producido. Si en tiempos como en la década del sesenta la atención se centró en la juventud, que a menudo es fuertemente contestataria, ahora el modelo es la débil adolescencia, al punto que su duración se extiende y los jóvenes maduran muy tardiamente. El adolescente es un ser débil y el ultrapactismo es tiempo de un infinito de pactos débiles. El adolescente es al fin conducido, y el hombre actual es conducido por los pactos que celebran los políticos profesionales y los empresarios. El adolescente no posee compromiso fuerte de patria, y el adulto del tiempo actual tampoco lo tiene. El adolescente se aburre y el tiempo actual es profundamente aburrido.

205. El ultrapactismo es la manera de organización que corresponde a una concepción del mundo **antropocéntrica individualista**. Las concepciones teocéntricas y cosmocéntricas y las antropocéntricas historicistas reconocen que existen realidades fuera de lo pactable, el

(82) Es posible v. nuestro estudio "Integración trialista de la aristocracia y la democracia", en "El Derecho", t. 147, págs. 897 y ss.

antropocentrismo individualista no. Aunque ya ha perdido gran parte de su reconocimiento formal, el existencialismo en que de cierto modo culminó el individualismo ha dejado su influencia en el mundo de la postmodernidad. El interés ecológico actual, que podría reflejar una posición cosmocéntrica, a nuestro entender es sobre todo otra expresión de antropocentrismo. El medio ambiente interesa para los individuos actuales y futuros.

Frente a la complejidad del mundo, que debe apreciarse de manera integral y en condiciones de pureza, cuando el deseo de lucro que al fin anida en los pactos se radicaliza nos lleva a una cultura de la **complejidad impura**, de la **simplificación** y del **atajo**, que pretende llegar a sus fines por cualquier medio.

206. Al reconocer la **obligatoriedad** de los contratos hay que apreciar en qué medidas se deriva de la voluntad de los contratantes y de lo que contratan, o sea en qué medidas es **subjetiva** (de cierto modo, más puramente "contractualista") u **objetiva**.

No cabe duda que siempre la propia voluntad es en algún grado una fuente de obligación, pero vale preguntarse si el hecho de pactar tiene alcance obligatorio radical, como lo sostiene el liberalismo más extremo, o debe existir un control del objeto que excluya la posibilidad del despojo, según sostienen las posiciones más sociales.

El capitalismo consagró la solución liberal, plasmada en el Código Civil francés y en las obras que siguieron su ejemplo, pero luego se han ido abriendo camino concepciones más sociales que hoy reinan a veces en las leyes y se aplican sobre todo respecto de los contratos que son llevados a los tribunales estatales.

Cabe reconocer sin embargo una importante crisis de la función jurisdiccional estatal y que muchos acuerdos en que participan grandes fuerzas económicas prescinden de los marcos estatales. Incluso la jurisdicción arbitral puede no interesar, en aras de la mera presión del mercado. En consecuencia, la consideración del objeto de los contratos es más difundida en los de mediano y bajo poder económico.

En la actualidad, a la luz de la teoría trialista del mundo jurídico, se comprende mejor la discusión entre el subjetivismo y el objetivismo advirtiendo que se trata de la legitimidad de aspectos distintos de los repartos: de sus **repartidores** y sus **objetos**. Se aprecia así que un reparto puede ser justo en uno pero no en otro de los aspectos y que el que ha de ser justo es el resultado de todos (repartidores, recipiendarios, objeto, forma y fundamentación).

Según el trialismo se reconoce que lo acordado es justo en cuanto a los **repartidores** y que tiene función **indiciaria** respecto de la justicia del resto del reparto, pero que se trata sólo de una función indiciaria que puede no corresponder a la realidad.

Un régimen justo acerca de los contratos ha de dar lugar al juego de **todas** las posibilidades en que ha de concretarse su justicia. Debe dar espacio a la libertad repartidora de los interesados, pero ha de permitir el control del objeto que reparten.

207. El vasto campo de la **tipología contractual** abarca figuras de significados relativamente diversos, cuyo predominio individualiza a distintos **estilos culturales**. En lugares destacados figuran la **compraventa**, que asegura la disponibilidad de los bienes y es el contrato más

evidentemente característico del capitalismo y de nuestro tiempo y el *mutuo* que, como el comodato, posibilita la disponibilidad del tiempo y cuando es **de dinero y a interés** es instrumento fundamental de la época actual pero llega a decidir en mucho la dependencia de los marcos sociales pobres. Por su nítida diversidad, en otro extremo se destaca también la **donación**.

Es importante que la tipología contractual sea abierta para que encuentre cauce la infinita riqueza de las posibilidades de la vida. Un régimen contractual justo ha de permitir el juego de todos los tipos de la tipología contractual según las exigencias de valor de la situación de que se trate.

208. Para comprender acabadamente el **significado económico** de un contrato determinado y poder rescatar en sus legítimos alcances su significado jurídico, sobre todo de justicia, es imprescindible entender que el propio régimen jurídico es motivo de **negociación contractual**. Negociar el régimen jurídico del contrato a través de la autonomía es una práctica de creciente proyección que puede ser una manera de negar o de defender los valores del Derecho.

209. Muchas de las **maravillas** del mundo que nos rodea se deben al contrato en especial y al pacto en general. Gracias a la riqueza de recursos que posibilitó el contrato se ha prolongado la vida y merced al equilibrio de intereses y al pacto que así se hizo posible se ha evitado la Tercera Guerra Mundial. Sin embargo, también se advierte que el ultrapactismo tiene importantes rasgos negativos.

No creemos que sea fáctica ni valorativamente posible decidir sobre nuestra cultura ultrapactista en su conjunto. Al fin lo importante es que haya **justicia** y que se cumpla con los requisitos humanistas de unicidad, igualdad y comunidad.

Estimamos que el desarrollo del pacto, si no se convierte en un sistema desviado y radicalizado y reconoce que ha de respetar los patrones sociales de eficiencia del mercado y que hay realidades sobre las que no se puede ni se debe pactar, es un instrumento valioso, pero no el único legítimo, para realizar la justicia.

Creemos que el pactismo es el menos dañino de los sistemas, mas si se desvía y se radicaliza quizás llegue a ser el sistema más perverso, porque a la opresión agrega la hipocresía de la **apariencia de libertad**. Mucho puede y debe obtenerse del contrato, pero el contrato abusivo es una de las maneras más graves del **despojo**.

La posición que se adopte en cuanto al régimen de los contratos es, en definitiva, un exigentísimo desafío para el totalizador Derecho de la Cultura (83).

210. Es en los marcos que anteceden que debe comprenderse el significado de la ley que ha de aplicarse a los contratos (84), instrumentos fundamentales del **mercado internacional** y de la **comunidad económica internacional** que, en mucho por su impulso, son cada día más integrados y universales.

La **fuerza expansiva** de los pactos, proyectada materialmente sin límites, supera los marcos internacionales y adquiere crecientes alcances de universalidad. El contrato moviliza a la materia y para hacerlo necesita proyectarse en el espacio y en el tiempo, aunque si los contratos

(83) Es posible v. nuestro estudio "Bases Jusfilosóficas ..." cit.

(84) V. por ej. CARBONE, Sergio M. - LUZZATTO, Riccardo, "Obbligazione. VI) Diritto Internazionale Privato e Processuale: Obbligazioni da contrato", en "Enciclopedia Giuridica", Roma, Istituto della Enciclopedia italiana; BOGGIANO, Antonio,

crecieran al punto que no dejaran lugar material, espacial o temporal para otros contratos producirían la estática negación de su propia grandeza. El contrato global sería el fin de la dinámica contractual.

Así como las propiedades y las personas jurídicas utilitarias y no las personas físicas son las causas elementales más **significativas** de nuestra época, los contratos y no el matrimonio, la filiación o la sucesión son la causa relacional más relevante de este tiempo. La familia es un "yo ampliado", mas el "yo" postmoderno está en disolución. Como hemos destacado, el tener desplaza al ser de manera casi avasallante.

Un nuevo mundo, y sobre todo un nuevo mundo internacional, se va abriendo camino a través de los contratos, pero se trata de un mundo en gran medida empresarial y "privatizado". De manera análoga a lo que sucedió con la aparición de los Estados modernos, la economía supera los límites gubernamentales. Sin embargo cabe preguntarse sobre el destino de la justicia general y del Derecho Público, que deben tener su lugar también en este mundo privatizado y empresarial.

Resolver acerca de los contratos es en mucho decidir respecto del Derecho Internacional Privado, el Derecho, la política general y la **vida toda** de esta época. Se trata, en gran medida, de "la" decisión jurídica de nuestro tiempo, aunque quizás la fuerza de los hechos excluya de modo considerable el aparente margen de decisión.

211. Países económicamente no del todo desarrollados deben adoptar importantes decisiones de política económico-jurídica contractual, en especial contractual internacional, teniendo que enfrentar la alternativa de no contar con el **desarrollo económico** que necesitan o someterse a condiciones a veces **humillantes**, en que incluso sus gobernantes no son a menudo otra cosa que ejecutores, con más o menos lustre intelectual y más o menos hábiles en pactos de ejecución, de las instrucciones de las grandes empresas internacionales y de los poderes políticos que las respaldan.

Romper con la sociedad de consumo, instrumentada en gran medida a través de los contratos, suele ser imposible, pero evitar que ésta absorba la totalidad de la vida y entrar también en el mundo de la producción y la distribución puede ser una contraproducente utopía.

Un lúcido periodista ha podido decir recientemente que el Ministro de Economía de la Argentina es el "tribuno de la City", en la que obviamente se mueven grandes intereses de la contratación internacional (85).

"Contratos Internacionales - International Contracts", 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1995; KESSEDJIAN, Catherine, "Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les Principes proposes par l' Unidroit", en "Revue ..." cit., t. 84, págs. 641 y ss.; BASTOS, Celso Ribeiro - KISS, Eduardo Amaral Gurgel, "Contratos internacionais", San Pablo, Saraiva, 1990; NOODT TAQUELA, María Blanca, "Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en "Boletín de la Sección ...", cit., Nº 5, págs. 9 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para la comprensión axiológico-histórica de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en "Boletín de la Sección ..." cit., Nº5, págs. 27 y ss.; DREYZIN DE KLOR, Adriana S. - SARACHO CORNET, Teresita Nelly, "Análisis de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en "Boletín de la Sección ..." cit. Nº 5, págs. 31 y ss.; FERNANDEZ ARROYO, Diego P., "La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales aprobada por la CIDIP V (hecha en México, D. F., el 17 de marzo de 1994)", en "Boletín de la Sección ..." cit., Nº5, págs. 47 y ss.; MENICOCCI, Alejandro Aldo, "El problema de la determinación del derecho en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales México, 1994", en "Boletín de la Sección ..." cit., Nº 5, págs. 55 y ss. Asimismo es posible c. el Acta del Plenario de las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado (Rosario, 18 y 19 de noviembre de 1994), en "Boletín de la Sección ..." cit., Nº 5, pág. 59. También en relación con el tema puede c. v. gr. FARINA, Juan M., "Contratos comerciales modernos", Bs. As., Astrea, 1993.,

(85) GRONDONA, Mariano, "Sin Bauzá: la Argentina "bicarismática"", en "La Nación", 31/III/1996, 1a. sección, pág. 9

212. La construcción de las causas legales contractuales internacionales tiene a menudo alcances **analíticos** muy diversos a los de la construcción de las causas legales matrimoniales internacionales. Como a los ojos del legislador la validez de los contratos no posee importancia análoga a la que por lo menos ha tenido la validez del matrimonio, en cuanto a la primera se mantiene hasta el presente de manera habitual el criterio analítico que diferencia la capacidad. la forma y la validez intrinseca. Además, dada la breve duración del contrato, a menudo no se ejerce el corte objetivo y la validez intrinseca y los efectos quedan comprendidos en la misma causa. En los contratos de tracto sucesivo ese corte es más defendible.

En principio el régimen general de las obligaciones y en especial el de la validez intrínseca de los contratos han sido tenidos durante largo tiempo como causas **conductistas** a la que le correspondían por afinidad puntos de conexión también conductistas. Sólo ante determinadas crisis de los puntos conductistas, se recurría a puntos de conexión personales como por ejemplo cuando en materia de validez intrínseca de los contratos no se había ejercido de manera válida la autonomía de las partes y no se conocía ni el lugar de celebración ni el de ejecución.

La elección entre los diversos puntos de conexión conductistas ha dependido en mucho de las caracteristicas que se reconocían en los contratos. Al respecto había que saber el grado de importancia que correspondía a los despliegues subjetivos u objetivos, individuales o sociales, para optar por la autonomía de las partes, el lugar de celebración o el lugar de ejecución.

213. En la **dimensión sociológica** el arco de puntos de conexión conductistas que va desde la autonomía de las partes al lugar de celebración y al lugar de ejecución significaba el paso de mayor autonomía a mayor autoridad, de más ejemplaridad a más planificación gubernamental en marcha.

En la **dimensión normológica** se trataba del paso de mayor negocialidad a más institucionalidad, de más apego a las relaciones de producción a más atención a las vinculaciones de contenido.

En la **dimensión dikelógica** se presentaban más rasgos de utilidad o de estricta referencia a la justicia y más justicia consensual, "partial", sectorial y particular o mayores referencias a la justicia extraconsensual, gubernamental, integral y general. Se mostraban así más espacio para el humanismo abstencionista con el consiguiente riesgo de individualismo o más despliegue del humanismo intervencionista con el inherente peligro de totalitarismo; más atención a la unicidad o a la comunidad y más protección contra el régimen o más resguardo respecto de los demás individuos.

Si la subjetividad tenía más importancia podía recurrirse a la **autonomía** de las partes, superando la internacionalidad y dando más sentido universal. Si su importancia era menor, pero todavía relevante, se optaba por la ley del **lugar de celebración**, constituyendo una internacionalidad relativamente desdibujada hacia lo universal. En cambio, si eran más significativas la objetividad y el sentido social se recurría a la ley del **lugar de ejecución** que es más acorde con la ubicación internacional.

Es mucho más coherente que un régimen que combine la autonomía con la ley del lugar

de celebración y no con la ley del lugar de ejecución. En ciertos casos, como en el régimen de fuente interna argentino, se han sostenido además criterios combinatorios de la ley del lugar de celebración y la ley del lugar de ejecución tratando de que al hilo de los contactos locales, que conducen a la ley del lugar de ejecución, se dé más arraigo social a los contratos vinculados al país.

A veces es relativamente viable el corte subjetivo, ya que el contrato no posee las necesidades de validez ni de correspondencia entre las partes que tienen las relaciones familiares. Con frecuencia en lugar del corte subjetivo para el lugar de ejecución se suele recurrir, con fundamento, al Derecho del lugar donde debe producirse la **prestación característica**.

La prestación característica tiene a menudo especiales sentidos de utilidad, de asimetría, de desfraccionamiento del complejo real e incluso del complejo personal del país respectivo que la hacen particularmente sostenible, pero hay casos, como en la permuta, en que no funciona.

Para los contratos de tracto sucesivo se ha recomendado a veces someter la validez a la ley del lugar de celebración y los efectos a las leyes de los lugares de ejecución.

214. El régimen internacional que acabamos de reseñar parece no haber resultado suficientemente satisfactorio para la actividad de las **empresas**, sobre todo cuando son trasnacionales. En la época en que la actividad de las empresas tiene alcance mundial la autonomía es idónea, pero no el lugar de celebración o el lugar de ejecución, que están a menudo para una misma empresa en tan diversos sitios del mundo.

Hoy la crisis de la internacionalidad y los avances de la integración o de la universalidad se expresan a veces en la lisa y llana materialidad de las decisiones de las partes, en su autonomía conflictual o en la elección del Derecho que se considere **más vinculado** con cada caso. Es más, al contribuir a la determinación de este Derecho se recurre por lo menos complementariamente a puntos de conexión **personales** que quizás correspondan al retorno a la **concepción subjetiva** del Derecho Comercial y son funcionales para las empresas, como por ejemplo la ley del país donde quien deba realizar la prestación característica tenga su **residencia habitual** o su **administración central**. Por razones prácticas notorias, si el contrato tiene por objeto un derecho real sobre un inmueble o un derecho de utilización de un inmueble se presume que el contrato tiene los vínculos más estrechos con el país de situación.

215. En la **dimensión sociológica** las conexiones personales contractuales de referencia empresarial pueden significar sentidos de autoridad y de planificación propia de las empresas que adquiere **proyección mundial**, quizás en detrimento de la autonomía de las partes, de la ejemplaridad social total e incluso de la planificación gubernamental de los Estados.

En la **dimensión normológica** esas conexiones personales empresariales corresponden de cierto modo a la crisis de la negocialidad e incluso de la institucionalidad estatal y al avance de la **institucionalidad empresarial**.

En la **dimensión dikelógica** pueden responder al incremento del papel de la utilidad, a una crisis de la consensualidad, a un desplazamiento de la acepción de personas hacia las empresas y al desfraccionamiento del complejo personal y real de las empresas con fraccionamientos del resto del complejo personal y real y de las consecuencias que **aseguran** a las empresas.

Los puntos de conexión personales empresariales pueden significar avances en la pretensión de legitimación aristocrática, sobre todo **tecnocrática** y corresponden a más atención a los merecimientos de las empresas y a menos consideración de los merecimientos de quienes contratan con ellas. Con tales contactos se incrementa el humanismo abstencionista, con riesgos de individualismo y de paternalismo y totalitarismo empresarios y se acentua la protección de las empresas contra los demás individuos, el régimen y lo demás, pero a costa de menos amparo de quienes contratan con las empresas respecto de las amenazas empresariales y de ellos mismos.

216. Un tema especialmente vinculado al objeto de las obligaciones en general es el del valor de la **moneda**. Creemos que salvo contadas excepciones en las que sea legítimo el fraccionamiento del complejo real de la justicia, en general todas las obligaciones han de ser **de valor** y entendemos que en principio el Derecho que ha de regir el régimen monetario obligacional, porque mejor comprende la relación de la moneda con la realidad, es el del país de **emisión**. Esto no excluye el control que el Derecho aplicable a la obligación pueda ejercer para lograr que la misma haya sido debidamente satisfecha. Por ejemplo: en principio el Derecho del país que emitió la moneda ha de decidir si debe existir indexación, mas la ley que rige la obligación puede determinar que por no haber indexación o por ser exagerada resultaría un mal cumplimiento de la misma (86).

217. La libertad de contratación tiene arraigo profundo en la vertiente capitalista del orden público de la postmodernidad. Sería importante que se advirtiera su conexión con los derechos humanos para que mantuviera su cabal sentido de legitimidad y no se redujera a la libertad de contratación de los poderosos. No hay que olvidar que tambien tienen sentido de orden público vinculado con los derechos humanos un mínimo de equilibrio en las prestaciones y en definitiva que no haya enriquecimiento sin causa.

b'''') Los contratos en especial

218. Sobre todo en la postmodernidad el mundo de los contratos es demasiado rico y protagónico para que baste con una causa general y uno de los contratos más importantes en la ruptura de la generalidad y el surgimiento de causas especiales es la **compraventa de mercaderías**.

En el panorama de los contratos la compraventa de mercaderías posee tanta significación que ha dado lugar a un importante **derecho unificado**, de claro sentido universal pero paradójicamente en mucho elaborado en el marco de una institución internacional como es la Organización de las Naciones Unidas (87). La compraventa de mercaderías y en general el Derecho Internacional Privado Comercial y el Derecho Comercial Internacional son temas de interés predominante en el desarrollo empresarial que tiene la materia en nuestro tiempo.

Cuando se recurre al método indirecto se complementa la conductista **autonomía** de las partes con referencias personales de funcionalidad empresarial como son las dirigidas al **lugar del establecimiento** del vendedor, o en ciertos casos el lugar del establecimiento del comprador y

(86) En relación con el valor de la moneda puede v. por ej. ALESSI, Rosalba y otros, "Argomenti di Diritto Privato", Palermo, Dante, 1993, págs. 77 y ss.

(87) Pueden c. por ej. nuestros artículos "El funcionamiento de las normas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los

excepcionalmente se apunta al lugar con el que el contrato tenga una vinculación más **estrecha**. La continuidad "universalista" es fácil de advertir.

219. Uno de los contratos muy importantes en un sistema tan apoyado en la compraventa y en el comercio es el **transporte**, de mercaderías y de personas. El transporte en general es muy difícil de comprender, porque se vincula particularmente con el problema del movimiento. Aquí la posibilidad del cambio de estatutos se presenta por la propia naturaleza del contrato. Un problema fundamental en el régimen del transporte es que la **unidad** del proceso no sea destrozada por la lógica de los diversos **momentos** jurídicos.

También en este contrato se plantean reglas de **Derecho unificado**. Cuando se recurre al método indirecto y no hay ejercicio válido de la **autonomía** se suele atender, por ejemplo, en cuanto al transporte de mercaderías, a la ley del lugar de celebración y en ciertos casos, con criterio empresarial, a un punto de conexión personal como es el del **establecimiento principal** del transportista; respecto del transporte de personas se invoca a menudo un punto de conexión conductista de fuerte sentido personal como es el lugar de **destino** del pasajero.

220. El crédito es pieza fundamental de un sistema que, como el capitalista, tiene en alto valor la superación de las fronteras de tiempo y espacio. Con él se completan las necesidades monetarias de la compraventa, que respecto de la cosa se satisfacen con el transporte. Un mecanismo contractual especialmente encaminado a acercar a las partes mediante el crédito es el **crédito documentario** (88). Aunque suele haber vacíos legislativos al respecto, es mucho lo que se ha hecho y logrado, en especial a través de la Cámara de Comercio Internacional, para dotar a esta figura contractual, claramente diferenciable de la compraventa o de cualquier otro contrato respaldado, de **reglas uniformes**. El régimen conflictual puede desarticular el mecanismo, pero en este caso suele considerarse que el contrato se celebra y se cumple en la sede del banco acreditante y se somete a la ley de este país.

221. Otro contrato muy significativo del capitalismo es el **seguro**, que tiende a fraccionar

Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", en "Investigación ..." cit., Nº 23, págs. 25 y ss.; "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el Derecho Internacional Privado", en "Investigación ..." cit., Nº 9, págs. 45 y ss.; también v. gr. BIANCA, Cesare Massimo (coord.) "Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili", en "Le nuove leggi civili commentate", Año XII, 1989, pág. 1 y ss.; AUDIT, Bernard, "La compraventa internacional de mercaderías", trad. Ricardo de Zavalía, Bs. As., Zavalía, 1994; GARRO, Alejandro Miguel - ZUPPI, Alberto Luis, "Compraventa internacional de mercaderías", Bs. As., La Rocca, 1990; NOODT TAQUELA, María Blanca, "Compraventa internacional", relato al XII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - VII Congreso Argentino de Derecho Internacional; además CALDERON VICO de DELLA SAVIA, Lilia María del Carmen, "Régimen Internacional de la Compraventa", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1992; GIMENEZ CORTE, Cristián, "Contratos inmunes - La Autonomía de las Partes y la Convención de Viena de 1980-", Santa Fe.

En cuanto al comercio internacional en general pueden c. v. gr. LOUSSOUARN, Yvon - BREDIN, Jean-Denis, "Droit du Commerce International", París, Sirey, 1969; AS. VS., "Direito e Comercio Internacional - Tendências e Perspectivas - Estudos em Homenagem a Irineu Strenger", San Pablo, LTR, 1994; FRIGNANI, Aldo, y otros, "Il Diritto del Commercio Internazionale", 2a. ed., Ipsoa, 1990; ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, "El derecho comercial internacional. Nuevas fuentes", en "La Ley", t. 1992-D, págs. 1132 y ss.; MARZORATI, Osvaldo J., "Derecho de los negocios internacionales", Bs. As., Astrea, 1993; PIAGGI, Ana I. (coord.), "Uncitral y el futuro Derecho Internacional", Bs. As., Depalma, 1994; LAVIÑA, Félix, "Organización del comercio internacional", Bs. As., Depalma, 1993; DI GIOVAN, Ileana, "Derecho Internacional Económico" Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992.

(88) Con el alcance más simple puede decirse que el crédito documentario se basa en una orden dada por el adquirente a un banco, que se conforma con el otorgamiento de documentos bancarios por el valor respectivo, y accede a fin de pagar

energicamente el complejo real y el porvenir para lograr "seguridad". En un sistema que busca evitar toda interferencia en los negocios, la riqueza que se moviliza a través de los seguros es inmensa. Cuando se recurre a soluciones indirectas suelen utilizarse con criterio real la ley del lugar de situación de la **cosa** o, con criterio personal empresarial, sobre todo cuando se cubre el riesgo vida, la ley del de **domicilio de la empresa aseguradora** (89).

En el marco de la navegación, dada la mutabilidad que puede tener el lugar de ejecución del **préstamo a la gruesa** resulta sostenible que incluso quienes son partidarios de ese punto de conexión opten por el Derecho del lugar donde el mismo se hace.

222. La eficiencia de la sociedad de consumo llega al extremo de **producir** su propio **consumidor**, figura en la cual el ser humano se encuentra con frecuencia desamparado y desdibujado, sobre todo en el marco **internacional**. La **protección** internacional del consumidor merece especial consideración. Sus alcances suelen desbordar los ámbitos contractuales y quebrar las proyecciones universales con rigor internacionalista **personal** e incluso con sentidos de nacionalidad. Es así que se suele proteger al consumidor en el mínimo de los derechos que le otorgan las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual (90). Aquí el orden público de los derechos humanos intenta poner límites al orden público capitalista (91). Sin embargo, vale reconocer que incluso una causa legítima como la protección internacional del consumidor puede ser invocada de manera ilegítima para detener el desenvolvimiento de los países menos desarrollados y requiere un estudio completo a la luz del planteo de la jusfilosofía.

223. Otro contrato que merece particular atención, en este caso porque median despliegues **humanos** muy relevantes, es el de **trabajo**, al punto que se dice con razón, con criterio humanista y no utilitario, que en definitiva el trabajo vale porque lo hace el hombre y no es el hombre quien vale porque trabaja.

El objetivo de las reglas específicas del contrato de trabajo suele ser la **protección** del **trabajador**. Al compararla con el régimen general de los contratos se advierte que avanzan soluciones de mayor autoridad, de planificación gubernamental, de institucionalidad, de justicia extraconsensual, asimétrica, espontánea, gubernamental, de participación y general, de legitimación infraautónoma y aristocrática, de humanismo intervencionista con inevitables peligros de totalitarismo y de protección del individuo frente a los demás y sí mismo. La necesidad de amparar al trabajador se apoya en mucho en la asimetría entre el trabajo y el pago.

La protección al trabajador se inspira en el desfraccionamiento del complejo personal y

al vendedor contra la presentación de los documentos de expedición. A veces, sin embargo, interviene otro banco que recibe y ejecuta, generalmente en el país del vendedor, la orden que originariamente se dio al primer banco. Pueden v. VILLEGAS, Carlos Alberto, "Comercio exterior y crédito documentario", Bs. As., Astrea, 1993.

(89) En relacion con el seguro de crédito a la exportación puede v. por ej. PIEDECASAS, Miguel Alberto, "Seguro de credito a la exportación", Santa Fe, Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1994.

(90) En vinculación con el tema es posible v. por ej. nuestro estudio "Hacia la protección integrada del consumidor en el Derecho Internacional Privado", en "Derecho del Consumidor", 2, págs. 11 y ss., en XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Ponencias, Comisión VII, Universidad Notarial Argentina y en "Investigación ..." cit., Nº 18, pags. 35 y ss.; UZAL, María Elsa "La protección al consumidor en el derecho internacional privado", en "Revista del Derecho ..." cit., año 24 1991-A, pags. 239 y ss.; LIMA MARQUES, Claudia, "La protection du consommateur dans le Marché Commun du Sud (Mercosur) et au Brésil - Perspectives et Tendances actuelles en Amerique Latine", Cours d'été 1995, Centre de Droit de la Consommation, Univ. Cath. de Louvain.

(91) El orden público de los derechos humanos y el del sistema capitalista tienen cierta coincidencia por ejemplo en la propiedad privada y la libertad de contratación, pero una y otra asumen en cada caso significados diversos.

de las consecuencias, que se consideran indebidamente fraccionados a su respecto en las reglas contractuales generales. De este modo se llega en cambio a fraccionar el complejo real e incluso las consecuencias, asegurandole una participacion en la riqueza y haciendo que las impotencias se limiten a los empleadores. La obligatoriedad del contrato de trabajo se remite mas al objeto, quizas superando los rasgos subjetivos.

Muchas reglas de derecho unificado, de policía y de orden público se sostienen para reglar el contrato de trabajo. Cuando se recurre a normas indirectas a veces se recomienda atender a la larga duración de la relación con un corte objetivo que aplique a la validez la ley del lugar de celebración y a los efectos el Derecho del lugar de ejecución. En otros casos se opta por la ley del lugar de **ejecución** del trabajo.

A menudo se sostiene, a nuestro juicio con acierto, la ley vinculada al contrato que sea **más favorable** al trabajador y en todo caso la autonomía conflictual no puede dar como resultado privar al trabajador de la protección que le otorga la ley que seria aplicable si la misma no se ejerciera. Vale preguntarse si dado el carácter casi "personalísimo" con que puede concebirse al trabajo no debe haber cierto mínimo vinculado a la ley personal del trabajador.

Dadas las características especiales de la contratación y del trabajo mismo, parece sostenible que el contrato de **ajuste** sea sometido a la ley de la nacionalidad del buque.

Nuevamente en cuanto al contrato de trabajo se advierte el sentido del orden público de derechos humanos que tiende a poner freno al orden público capitalista. Sin embargo, a la luz de los retrocesos a veces fundados y otras infundados de la protección de los trabajadores producidos en nuestros días se nota con gran claridad que también para una solución valiosa lúcida a respecto se requiere el enfoque de la Filosofía del Derecho Internacional Privado.

b''') El cambio de estatutos

224. En general los contactos conductistas tienen por lo menos inicialmente una puntualización temporal al momento en que se ejercita la autonomía, se celebra el acto o se ha de producir el cumplimiento. Los puntos de conexión personales y reales suelen remitirse expresamente al tiempo de la celebración de los contratos.

Sin embargo, la autonomía conflictual de las partes (ante un nuevo ejercicio), el lugar de celebración (frente a una "recelebración") y el lugar de cumplimiento pueden ser cambiados. También pueden modificarse los contactos personales. Dado que aquí no median razones fuertes para aplicar criterios selectivos la tensión entre soluciones conservadoras e innovadoras se hace muy grande. Hay que saber, v.gr., si mediando nuevo ejercicio de la autonomía de la voluntad, recelebración, cambio en el lugar de ejecución, en la residencia habitual, en la administración central o en el lugar del establecimiento se deben utilizar y en qué medidas las leyes de los contactos anteriores o posteriores. Se ha de resolver además si las variaciones se regirán, a su vez, por los Derechos anteriores o los posteriores.

Aunque las opiniones sostenidas son diversas y representativas, en general nos inclinamos a mantener para los puntos conductistas soluciones **unitarias innovadoras**. Cuando la norma indirecta remite a la elección de las partes, al lugar de celebración o al lugar de ejecución, una

nueva elección, una nueva celebración o un nuevo lugar de ejecución desplazan lisa y llanamente a las anteriores. Sin embargo urge tener en cuenta que la ejecución puede producirse en diversos países de manera sucesiva. En este caso suele sostenerse legítimamente que en principio debe aplicarse de modo **plural** el Derecho de cada país en que la ejecución se efectúe. Es obvio que los esfuerzos de síntesis para adaptar los diversos regímenes han de ser muy significativos.

Distinto es el caso de los puntos personales y reales, donde el riesgo del fraude conduce a un fraccionamiento conservador. En materia de seguros sobre cosas sometidos a la ley de su situación puede resultar legítimo, por razones de seguridad y cálculo del riesgo, que se tenga en cuenta la situación al tiempo de la celebración del contrato.

Es obviamente diversa la condición del contrato de trabajo, respecto del cual, salvo que haya fraude, es sostenible una respuesta selectiva a favor del trabajador.

b'') Los actos de beneficencia

a''') Los actos de beneficencia en el espacio

225. Aunque a veces son ubicables en el marco contractual, en otros casos los actos de beneficencia merecen **causas especiales**. Entre los rasgos de particularidad de los actos de beneficencia se encuentran el peso de la justicia espontánea, que suele tener a su vez diversos significados paralelos de valor amor, las afinidades de justicia con acepción de personas, asimétrica, de participación y general y las necesidades de atender a un fuerte complejo personal y de desfraccionar más todas las influencias de justicia. Asimismo se advierten la legitimación aristocrática de los benefactores, el humanismo intervencionista con respeto a la unicidad y la comunidad, y los problemas de protección de los individuos contra su propio espíritu benefactor y lo demás. Todos estos rasgos suelen dar al problema un sentido de causa personal al que corresponde la ley personal, del **domicilio**, del **benefactor**.

b''') El cambio de estatutos

226. Creemos que la respuesta al cambio de estatutos en cuanto a la variación en el domicilio del benefactor ha de ser **unitaria** y en principio **conservadora**. Sin embargo, el peso de sus méritos puede llevar a considerar la posibilidad excepcional de que la conexión sea abierta **selectivamente** a las **innovaciones** favorables surgidas de los cambios de su ley personal.

c'') La letra de cambio y el cheque

a''') La letra de cambio y sus títulos afines

a'''') La letra de cambio y sus títulos afines en el espacio

227. Las necesidades del desarrollo capitalista, que requería no sólo la circulación de las mercaderías sino de los créditos, llevó a que a fines de la Edad Media surgieran los "**títulos de crédito**", cuya figura central es la letra de cambio. Los títulos de crédito son expresiones de relieve de la distribución de la riqueza, etapa de gran significación en el proceso económico que

contribuye en gran medida a su desarrollo (92).

Los títulos circulatorios en general y los títulos de credito entre ellos son la mayor manifestación de las necesidades de **celeridad, seguridad** y **abstracción** del comercio y de la cultura burguesa. El arco de la voluntad "obligante" que se abre en el contrato y pasa por los actos de beneficencia alcanza aqui su mas "pura" consagración. Aunque la propia expresión "papeles de comercio" indica que su vinculación al soporte papel pone en cuestión su desarrollo en el mundo informático, es claro que la familia de los títulos de crédito todavia tiene importante rol en la economía actual.

Quien suscribe o recibe una obligación "cambiaria" necesita poder adoptar decisiones con celeridad y seguridad y para esto cada obligación ha de ser **autónoma** y al fin abstracta, es decir, desvinculada de su causa. La accesoriedad y la causalidad en materia de títulos de crédito son antifuncionales.

228. En la **dimensión sociológica** los titulos de crédito tienen significados de autonomia y de ejemplaridad. Tienden a constituir microórdenes de repartos, aislados del resto del regimen, donde la finalidad subjetiva procura recortar la finalidad objetiva y las posibilidades para obtener **certeza**.

En la **dimensión normológica** los títulos son importantes **productos** normativos, dotados de "valores" propios. Significan despliegues de negocialidad que adquieren cierta "institucionalidad" en el sentido de ser manifestaciones de ideas que adquieren valor propio.

En la **dimensión dikelógica** corresponden a una justicia fuertemente integrada con la **utilidad** -son "instrumentos" de crédito- y pretenden descubrir la justicia por las vías consensual, sin acepción de personas, simétrica, **monologal**, "partial", sectorial, de aislamiento, absoluta y particular. La justicia de los títulos de crédito es tan fuertemente conmutativa que acaba por hacerse espontánea, en el sentido de desinteresarse al fin de la contraprestación. En ellos se fraccionan enérgicamente las influencias de justicia, y en particular el complejo real y el futuro, en aras de la seguridad.

En los títulos valores la legitimidad de los **repartidores** es decisiva, al punto que básicamente no se considera la justicia de los objetos repartidos. Se trata de la legitimación por la pura voluntad de obligarse.

Los títulos valores son instrumentos del humanismo abstencionista y tienden a proteger al individuo contra los demás individuos como individuos y como régimen y frente a lo demás. Al hacerlo, sin embargo, pueden incrementar otras amenazas de los demás individuos y de él mismo, por ejemplo, por su propia inexperiencia.

229. En el ámbito **internacional**, el alto grado de abstracción del régimen de la letra suele hacer recomendables soluciones **uniformes**. En el marco conflictualista, también la ley aplicable a cada obligación cambiaria ha de ser **autónoma**.

En el Derecho Internacional Privado cambiario la autonomía significa que cada acto cambiario se rige por su propia ley (v. gr. por la ley del lugar de su otorgamiento) y difiere de la

(92) Cabe recordar: "El crédito no es mas que una ampliacion del cambio, un cambio en **el tiempo** en vez de serlo en el **espacio**. Puede definirse: **el cambio de una riqueza presente por una riqueza futura**." (GIDE, op. cit., pag. 276).

accesoriedad que en este caso indica que la ley que rige sobre la emisión regula los accesorios.

La autonomía como originalidad de cada obligación cambiaria y la autonomía en cuanto al Derecho aplicable son diversas pero se entrelazan, por ejemplo, porque la ley aplicable a la obligación ha de ser autónoma para que también lo sea en plenitud la obligación misma. A semejanza de lo expresado en cuanto al régimen material, la accesoriedad de la ley aplicable es también antifuncional.

Encadenar la ley aplicable a una obligación cambiaria con el Derecho utilizable para otra significaría no sólo quebrar el espíritu cambiario general sino dar a la solución una complejidad incompatible con las necesidades de celeridad y seguridad en las decisiones. Obviamente menos habría correspondencia si se utilizara un punto de conexión personal del otorgante, que complicaría las decisiones de los otros protagonistas del acto.

El recorte del régimen cambiario respecto de la realidad exige un punto de conexión conductista también recortado, como es el del **lugar de otorgamiento**. Un problema relevante, que puede quedar oculto por la posibilidad de indicar de manera ficticia el lugar de otorgamiento, es el de la admisibilidad de la autonomía conflictual para elegir el Derecho aplicable a una obligación cambiaria. Nuestra opinión es favorable, siempre que no se quebranten los requisitos propios del régimen internacional de la letra.

b'''') El cambio de estatutos

230. Entendemos que el carácter del punto de conexión utilizado en la autonomía cambiaria y su fundamentación determinan que normalmente el momento del contacto sea el del otorgamiento. Es difícil imaginar la "recelebración" de un acto en general, pero nos parece casi imposible imaginar el "reotorgamiento" de un acto cambiario porque de cierta manera afectaría a la autonomía material. Para el caso hipotético de producirse nos inclinaríamos por un criterio **plural** de equilibrio en el sentido que cada momento sería decisivo para elegir la ley respecto de lo que en él se hizo. También los momentos son autónomos.

b''') El cheque

a'''') El cheque en el espacio

231. A diferencia de la letra de cambio y sus figuras análogas el cheque no es un instrumento de crédito sino **de pago**. Es un instrumento para la circulación de la riqueza pero con miras al pago, no al crédito. Dado que es una orden de pago librada contra un **banco**, su desenvolvimiento, de gran importancia para el sistema capitalista, está unido a la existencia de los bancos.

232. En la **dimensión sociológica** el cheque tiene ciertos sentidos de mayor **autoridad** y **planificación** que la letra. Su microorden está relativamente caracterizado por la autoridad del banco y del Estado, que ha ido aumentando a medida que los gobiernos han intervenido en la regulación de la actividad bancaria y **monetaria**. El recorte que la finalidad subjetiva procura

hacer en la finalidad objetiva y en las posibilidades es mayor, porque al instrumentarse ya el pago se pretende más **certeza** que en la letra

En la **dimensión normológica** el cheque es una **materialización** e incluso posee mas fuerza transformadora de la realidad que la letra, al punto que su emisión sin fondos a veces puede llegar a configurar un delito penal. El cheque tiene mas sentido **institucional**, en tanto la letra resulta más negocial

En la **dimensión dikelógica** el cheque posee también fuerte presencia utilitaria -es "medio" de pago-, pero esa utilidad se muestra fuertemente encauzada. A veces posee más sentidos de justicia gubernamental, integral y general y más despliegue intervencionista que la letra.

En el régimen del cheque suele variarse el sentido del fraccionamiento de la justicia, en mucho recortando el porvenir, para asegurar al banco y a los terceros. Se intensifican los esfuerzos para que ante el cheque sólo quepan la disponibilidad de fondos (propios o autorizados) y el pago.

La regulación del cheque significa menos protección contra el régimen porque éste interviene con energía para resguardar frente a los demas individuos.

233. El régimen **internacional** del cheque ha de reflejar sus afinidades y diferencias con la letra. En este sentido, en cuanto es particularmente instrumento de pago y es librado contra un banco, entra a jugar un sistema específico de mayor celeridad y seguridad y emergen rasgos conductistas propios o personales empresariales, de modo que resulta aplicable la ley del país donde el cheque **debe ser pagado** o, más especificamente, el Derecho del **domicilio del banco librado**. El cajero ha de proceder al pago de la manera más sencilla posible; el banco ha de poder organizarse con sencillez.

b'''') El cambio de estatutos

234. El punto de conexión lugar de pago tiene en el tiempo más carácter puntual que el del domicilio del banco librado. De todos modos, entendemos que en los hipotéticos casos de modificarse el lugar de pago o el domicilio del banco habrá que resolver con criterio conservador lo que se vincule más con el libramiento (v. gr. si puede ser cruzado) y con criterio innovador de actualidad lo que se relacione más con el pago en sí mismo (por ej. la necesidad del protesto u otro acto equivalente). Estimamos que en ciertos casos puede resultar legítima también una solución selectiva, quizás de generosidad para con el desenvolvimiento del instrumento (por ej. en cuanto al contacto con la ley que tenga el término de presentación mas largo).

b') Las obligaciones que nacen sin la propia voluntad

a'') Las obligaciones que nacen sin la propia voluntad en el espacio

235. En estos casos es la fuerza legitimante del **objeto** la que abre camino de legitimidad a la obligación. En el arco de la justicia del reparto, que debe referirse a todos sus caracteres, este tipo de obligaciones complementa imprescindiblemente el de las obligaciones que nacen por la

propia voluntad.

Para comprender a las obligaciones que nacen sin la voluntad de los obligados hay que reconocer cuáles son los valores que por necesidad de **nueva presencia** o por **ausencia** llevan a la exigencia de justicia de que lo que se encuentra en un patrimonio se desplace a otro. Estas obligaciones nacen más directamente de una consideración valorativa, que debe ser correctamente dikelógica, de quien las establece.

La legitimidad de la obligación emerge siempre de una "carencia dikelógica" de la situación patrimonial anterior, pero puede tratarse de una carencia declarada por los propios obligados o, como en este caso, por terceros que actúan como legisladores, jueces, etc. y puede referirse a la necesidad de introducir nuevos valores, como en el amor que guía a las obligaciones alimentarias, o de corregir desvíos de justicia, como en las obligaciones nacidas de hechos lícitos o ilícitos que producen indebidos desequilibrios patrimoniales.

236. Ampliando la caracterización ya efectuada, corresponde señalar que en la **dimensión sociológica** las obligaciones que nacen sin la propia voluntad son más autoritarias y gubernamentalmente planificadas que las otras, de modo que satisfacen más el poder y la previsibilidad. Aunque la autonomía y la ejemplaridad con sus respectivos valores cooperación y solidaridad tienen preferencias básicas sobre la autoridad y la planificación y sus valores, no son la justicia misma.

Las obligaciones que nacen sin la propia voluntad pueden ser instrumentos "**revolucionarios**" respecto del régimen de los contratos o recursos "**conservadores**" con los que el régimen responde a su fractura.

En la **dimensión normológica** las normas de las obligaciones que nacen sin la propia voluntad producen materializaciones que poseen alta significación integradora. La carga ideológica e institucional de estas obligaciones es la mayor del campo obligacional.

En la **dimensión dikelógica** la comparación de estas obligaciones con las voluntarias las ubica en la justicia correctora, pero a veces la referencia a la justicia rectora es relativamente mayor, por ejemplo, en las obligaciones alimentarias.

Pese a que en general son más **objetivas**, las obligaciones que nacen sin la propia voluntad pueden tener sentidos más subjetivos u objetivos de referencia a la **virtud** y a la **culpa** o al **daño**.

En una época utilitaria y con sujetos débiles como la actual, las obligaciones que nacen sin la propia voluntad tienden a centrarse en el daño y en su reparación.

237. En el marco **internacional** este tipo de obligaciones, en general vinculadas a tablas de valores que eran locales, han tenido menos oportunidad de desarrollo en el escenario mundializado de nuestra época. Sin embargo, en los últimos tiempos se producen importantes esfuerzos para reconocerlas a nivel mundial, principalmente teniendo en consideración el sentido de derechos humanos del orden público universalizado de nuestros días. Uno de los campos en que mucho se ha trabajado en este aspecto es el de las obligaciones alimentarias.

238. Para encontrar la ley aplicable a una obligación nacida sin la propia voluntad del

obligado hay que tener en cuenta que a veces estas obligaciones estan **vinculadas** a otras relaciones, como sucede en las obligaciones alimentarias o las que surgen de los delitos penales, de modo que hay que decidir sobre su **autonomía** o **dependencia**.

En las obligaciones **alimentarias**, diversas características surgidas de la necesidad de realización del valor amor, de las exigencias de la justicia con acepción de personas, asimétrica, espontánea y de participación, del reclamo de desfraccionamiento del complejo real de las necesidades recortando el resto del mismo y también las consecuencias, de los requerimientos de la comunidad humana y de la necesidad de proteger fuertemente al acreedor contra lo demás suelen aconsejar la **autonomia** de la cuestión a fin de brindar más posibilidades a la existencia de la obligación y sobre todo al monto.

En cambio en las obligaciones originadas en **delitos punibles** las influencias del reparto penal son tan intensas que suele corresponder una solución de **dependencia** respecto de la ley aplicable al mismo.

239. En las obligaciones no surgidas del daño sino del **beneficio**, como la gestión de negocios ajenos sin mandato, suele resultar legítimo, para atender al equilibrio de las partes, someterlas a la ley del conductista lugar donde se **lleva a cabo** dicha gestión de manera preponderante. Dado el relativo sentido de referencia a un beneficio recibido, también puede resultar sostenible la ley **personal**, específicamente domiciliaria, del **receptor**.

240. En las obligaciones surgidas del **perjuicio**, pero sin referencias penales, el régimen internacional ha variado significativamente en estrecha relación con la atención al **reproche** o al **daño**.

Tradicionalmente se ha prestado atención excluyente, con más sentido de reproche, a la ley del país donde **sucede** el hecho, en el que obviamente pueden apreciarse mejor las circunstancias de la culpa, pero al desplazarse la atención al daño en si se ha ido incrementando la consideración de otros puntos de contacto, incluso personales. Para apreciar el monto del daño, en principio hay que atenerse al país donde se produce, que es el de la ley personal, específicamente **domiciliaria**, de la **víctima**.

En ciertos casos las vinculaciones **predominantes** con un país remiten, por lo menos parcialmente, al Derecho de dicho país, por ejemplo, cuando todos los bienes o protagonistas pertenecen al mismo. Esto es lo que suele suceder con las crisis del contacto con el Derecho del país donde ocurre el hecho, en los accidentes de la circulación por carretera.

241. En la **dimensión sociológica** la referencia a la ley del lugar donde el hecho sucede tiene más pretensión repartidora y planificadora, en tanto la atención al lugar donde ocurre el daño se abre más a la posibilidad de influencias humanas difusas y se remite, con sentido afín a la ejemplaridad, al lugar último de la falta de razonabilidad. Una considera más la finalidad subjetiva quebrantada, la otra la finalidad objetiva cambiada.

En la **dimensión normológica** el sitio donde sucede el hecho es mas institucional, el lugar donde se produce el daño es en consecuencia más negocial.

En la **dimensión dikelógica** la referencia al lugar donde ocurre el suceso tiene más sentido

directo de **justicia** y la atención al sitio donde se produce el daño posee más integración **utilitaria**. La primera tiene menos acepción de personas y es más asimétrica, monologal, espontánea y general; la segunda atiende más a las personas y es más simétrica, dialogal, conmutativa y particular. Una es más "publicista" y la otra más "privatista". La referencia al lugar del suceso atiende más a los antecedentes y fracciona el complejo real; la atención al sitio del daño puede fraccionar los antecedentes y desfracciona el complejo real. Una se remite más a la virtud. Obviamente la otra considera más el daño.

La consideración del suceso protege más contra los demás individuos; la referencia al daño ampara mas respecto de lo demas en el sentido de privación de bienes.

242. En materia de **abordajes** suele hacerse referencia, de manera básicamente legítima, al Derecho del país en cuyas aguas se producen, pero como pueden suceder en aguas no jurisdiccionales, para resolver esta dificultad se opta por la ley de la bandera común de los buques o, subsidiariamente, por la ley de la bandera de cada buque. Es un caso significativo en el cual, no existiendo un régimen común de referencia, se opta en cuanto a la existencia misma de la obligación por un corte relativamente "subjetivo".

Analoga regla básica se suele utilizar con acierto para los servicios de **asistencia y salvamento** en la navegación, aunque cuando son brindados en aguas no jurisdiccionales no se recurre a la ley de la bandera de cada buque. En estos casos, también legítimamente por la necesidad de atender a los meritos y a la seguridad de quienes brindan los servicios, se opta por el Derecho del Estado cuya bandera enarbole el buque asistente o salvador.

Parece legitimo que la ley de la nacionalidad del buque, en la que de alguna manera hay un punto de confluencia de los intereses, determine la naturaleza de las **averías**. También cabe aprobar que las averías particulares relativas al buque se rijan por la ley de su nacionalidad y que las referidas a las mercaderías se rijan por la ley aplicable al contrato de fletamento o de transporte. Como es en el puerto de destino del buque o en el de descarga donde se puede advertir mejor el resultado común del emprendimiento frustrado es legítimo que en principio sea el Derecho de ese país el que rija las averías comunes.

243. Todas las obligaciones son maneras de evitar que alguien tenga en su patrimonio algo que no le corresponde. Son modos de impedir el "enriquecimiento" sin causa legítima, porque lo que está en un patrimonio pertenece a otra persona. Por eso puede ser necesario un tipo que en última instancia consagre el residual **enriquecimiento sin causa** y cierre el marco de las fuentes de las obligaciones. El alcance individual o social que se atribuya a la apropiación básica sobre el mundo influirá en mucho sobre lo que se decida acerca de la legitimidad del enriquecimiento, como influye también en la legitimidad de los modos de adquirir el dominio.

Creemos justo elegir para esa causa el Derecho en que se basa el **ingreso del valor económico en el patrimonio de la persona enriquecida.**

FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

b'') El cambio de estatutos

244. La diversidad de las obligaciones que nacen sin la propia voluntad requiere distintas soluciones para el cambio de estatutos. La adopción más tradicional de puntos de conexión conductistas suele estar más puntualmente referida al momento donde ocurren los hechos, en cambio los puntos personales, que van ganando influencia, invitan a considerar posibilidades de cambios de estatutos.

En algunos casos, como el de las obligaciones alimentarias, puede sostenerse mas una solucion **plural** y **selectiva** a favor del alimentado; en otros, como en las obligaciones surgidas de delitos punibles, la **unidad** y la **conservación** se imponen no solo por la determinación que suele tener el punto de conexión sino por el espíritu de la materia. El cambio de estatutos significaría cierta manera refleja de la "retroactividad" y ésta es discutible incluso para las consecuencias civiles de los delitos penales.

245. Sería insostenible pretender que un tema de la importancia del regimen internacional de las obligaciones, donde hay tantos intereses vitales en juego, sobre todo en una epoca como la nuestra, se resolviera sin reconocer los **repartos**, las **normas** y los **valores** en cuestion como lo permite la jusfilosofía trialista del Derecho Internacional Privado.

¿Para resolver el régimen de las obligaciones con la pertinente atención del cambio de estatutos no es valioso considerar qué es lo mejor que puede hacerse para la personalizacion de los seres humanos requerida por el valor justicia?

II) El Derecho Internacional Privado Negocial

1) La negociación en el espacio

246. La superación de la visión mutilante del Derecho que lo caracteriza mediante la coacción, lograda en mucho con el esfuerzo de posiciones como la de la teoría trialista del mundo jurídico, lleva al reconocimiento de la jerarquía de los repartos autonomos y de su forma de **negociación**. Desde diversas perspectivas, que incluyen la intervención de terceros en la **mediación** y la **amigable composición**, gana terreno la negociación.

Aunque hay importantes diferencias, vale tener en cuenta que también existen relevantes semejanzas entre la mediación y la amigable composicion y la jurisdicción, sobre todo cuando ésta es ejercida por la vía arbitral. Mucho de lo que diremos respecto de la negociación sirve para comprender tambien al proceso y asimismo mucho de lo que expondremos respecto del proceso contribuye a entender también a la negociacion.

247. La negociación requiere un reconocimiento **tridimensional** de los casos y de sus soluciones posibles. Hay que esclarecer los **hechos**, las **normas** y los **valores** en juego, desde las distintas perspectivas de las partes y los intermediarios. Es necesario poner especial énfasis en el reconocimiento de las posibilidades sociales y los límites de los repartos, en la aclaración de las relaciones entre las finalidades subjetivas de las partes y la finalidad objetiva de los acontecimientos y en la apreciación de las oportunidades: hay que atender en particular a la tarea de conjetura de las normatividades que pueden producirse y hay que hacer comprender los despliegues de justicia más favorables a la negociación, que se refieren a los valores que acercan

a las partes y en particular a la utilidad de la solución, a la justicia de llegada y al desfraccionamiento del porvenir. Para realizar estas tareas se requieren mediadores y componedores especialmente capacitados, pruebas y asesoramientos particularmente orientados, etc. (93)

248. Cuando la negociación y en particular la mediación y la amigable composición se desarrollan en el marco **internacional** poseen rasgos específicos. La internacionalidad otorga a la negociación caracteristicas propias, porque las realidades a manejar y la "distancia" a mediar son diversas de las internas. El espacio cultural a recorrer es mayor.

Si bien existen cuestiones de la negociación que deben someterse a la **lex causae** de lo que se negocia porque se vinculan con el fondo, por ejemplo asuntos relacionados con la responsabilidad precontractual, hay otras que por vincularse de modo principal con las partes y el trámite deben regirse por los Derechos de las posiciones de las partes, principalmente de carácter **personal**, y por las reglas **locales**. En ciertos aspectos cada parte debe ser comprendida segun su propia ley y el trámite ha de atenerse a las posibilidades locales.

2) El cambio de estatutos

249. La elasticidad que requiere la negociación suele hacer que el cambio de estatutos respecto de las cuestiones más estrictamente "negociales", diversas del fondo, deba resolverse en sentido **unitario innovador**.

III) El Derecho Internacional Privado Procesal en sentido amplio

250. Las últimas décadas se han caracterizado por el amplio reconocimiento ganado por las cuestiones procesales como parte del Derecho Internacional Privado. Sobre todo a partir de la Ley Federal Suiza del 18 de diciembre de 1987 (94) incluso en el Derecho continental las fuentes de Derecho Internacional Privado han brindado muy particular atención a las cuestiones procesales de jurisdicción y de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros. Por nuestra parte, desde hace mucho tiempo venimos sosteniendo la necesidad de un **Derecho Procesal Internacional Privado específico**, distinto del Derecho Procesal Civil, Comercial o Laboral (95).

Sólo puede establecerse el régimen procesal internacional justo teniendo en cuenta que es el **proceso** para saber qué es el **proceso internacional**. También la demostración de la relativa **autonomía** del Derecho Internacional Privado Procesal en sentido amplio respecto del Derecho Procesal en general hace conveniente considerar este marco general para reconocer las **diversidades**.

251. El **Derecho Procesal** ha de salvar siempre la **diferencia** entre el **Derecho de fondo** y las **soluciones concretas** para que el espíritu del primero no sea burlado, ha de cubrir las

(93) Pueden v. por ej. HIGHTON, Elena J. - ALVAREZ, Gladys S., "Mediación para resolver conflictos", Bs. As., Ad Hoc, 1995, BIANCHI, Roberto A. (con la colaboración de Gisela KOTLIER), "Mediación prejudicial y conciliación", Bs. As., Zavalia, 1996

(94) Es posible v., según ya referimos, "Revue ..." cit., t. 77, en general pags. 409 y ss.

(95) V. nuestros trabajos sobre Derecho Justicial Internacional Privado citados en nota 2. Asimismo por ej., "Derecho Justicial

distancias entre los **jueces** y los **casos** y ha de considerar la situacion de las **soluciones concretas** ya producidas en otros procesos.

252. El proceso se produce para la **aplicación** del Derecho de fondo (96). Pese a que no hay que confundir el **funcionamiento** de las normas con el proceso ni el Derecho con su vertiente jurisdiccional, es evidente que el proceso es con gran frecuencia el **marco real** del funcionamiento y de la decisiva aplicación. El Derecho de fondo en general, y en nuestro caso el Derecho Internacional Privado, no pueden permanecer indiferentes al hecho de que el último valor de sus soluciones se decide con gran frecuencia en el proceso.

La aplicación es una tarea imprescindible para que el reparto proyectado captado en la norma se convierta en reparto realizado y se nutre reciprocamente con todas las otras **tareas** del **funcionamiento** de las normas.

Aunque a veces se habla de "etapas" del funcionamiento, tal terminologia ayuda a delimitar conceptualmente las nociones pero refleja un enfoque relativamente racionalista y mecanicista que puede conducir al desconocimiento de la "integración" que ha de producirse entre **interpretación**, **determinación**, **elaboración**, **conjetura**, **síntesis** y **aplicación**.

Todas las otras tareas del funcionamiento diversas de la aplicación se realizan con miras a sus exigencias donde, en la confrontación con los hechos, se muestran siempre más o menos insuficientes. Es mas: en la aplicación encuentran su **último valor**.

Aunque la interpretación desarrolle los fines de los autores hasta sus últimas consecuencias, la aplicación presenta en todos los casos cierto "espacio" entre normas y hechos (97) que, pese a que éstos sean de mínimos detalles, requiere de algún modo la tarea de determinación, al punto que en cierto sentido se puede decir que esta tarea de determinación no es accidental sino necesaria (98).

Las carencias de normas se aprecian sobre todo al reconocerlas histórica o dikelógicamente con miras a la aplicación y es en relación con ésta que se orienta la elaboración, sea por autointegración o heterointegración. Por su parte, la aplicación se produce si media la asunción de los resultados de la interpretación y de la determinación, al punto que significa una relativa "reelaboración".

Internacional Privado: el funcionamiento del proceso ejecutivo internacional privado", en "La Ley", t. 155, pags. 1103 y ss.; "Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción internacional)", en "La Ley", t. 1975-A, pags. 1047 y ss.; "Importantes novedades en el Derecho Procesal Civil Internacional", en "Investigación ..." cit., Nº 5, págs. 9 y ss., también puede c. "Dos notas de Derecho Procesal Internacional Privado" en "Investigación ..." cit. Nº 14, págs. 23 y ss.

Acerca del Derecho Procesal v. por ej. CARNELUTTI, Francisco, "Sistema de Derecho Procesal Civil", trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Bs. As., UTEHA Argentina, 1944; DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Teoria General del Proceso", Bs. As., Universidad, 1984/5; PALACIO, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", Bs. As., Abeledo-perrot, 1967 y ss.; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Introducción al Estudio del Derecho Procesal - Primera Parte", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989.

(96) Puede v. nuestro "Relato sobre el funcionamiento de la norma", en "Boletín del Centro ..." cit., Nº 11, págs. 23 y ss., también "Las posibilidades en el funcionamiento de la norma", en "Investigación ..." cit., Nº 7, págs. 33 y ss., "Aportes para la comprensión cultural de las doctrinas del funcionamiento de las normas", en "Investigación ..." cit., Nº 12, págs. 9 y ss., "La determinación (precisión y reglamentación de normas y desarrollo de principios)", en "Boletín del Centro ..." cit., Nº 21, págs. 52 y ss. Asimismo, v. por ej. PERELMAN, Chaïm, "Ethique et droit", Bruselas, Université de Bruxelles, 1990, esp. págs. 682 y ss.; PIAZZESE, Antonino, "L' applicazione della legge", Milan, Giuffre, 1964.

(97) Acerca de la vinculación entre normas y hechos v. por ej. NERHOT, Patrick (ed.), "Law, Interpretation and Reality", Dordrecht - Boston - Londres, 1990, esp. págs. 1/ 123.

(98) El autor agradece al doctor Mario E. CHAUMET haberle llamado nuevamente la atención sobre dicho enfoque de la determinación.

La aplicación exige la conjetura del marco jurídico y a su vez la tarea conjetural suele producirse con referencia a los resultados de la aplicación. En esta se plantea la necesidad de asimilación de la norma a dictar en el conjunto del ordenamiento y a menudo se encuentra el desafío de tener que sintetizar las normas para que puedan aplicarse en la realidad.

Ante la aplicación que se produce con frecuencia en el proceso se encuentran los retos que pueden poner en crisis a los criterios generales orientadores de la justicia e incluso requerir la intervención de la equidad (99).

253. La relación entre **proceso** y **fondo** es estrecha y a veces tensa. En la **dimensión sociológica** las referencias mayores al **proceso** o al **fondo** desarrollan con frecuencia cierta **inversión** de los sentidos de los repartos y los modos constitutivos del orden respectivos. El proceso autonomiza el fondo autoritario y autoritariza el fondo autónomo: el fondo autonomiza la autoridad y autoritariza la autonomía del proceso. El proceso significa ejemplaridad para la planificación de fondo y planificación para el fondo ejemplar; el fondo incorpora ejemplaridad a la planificación procesal y planificación a la ejemplaridad del proceso.

En la **dimensión normológica** la consideración procesal o de fondo produce también a menudo cierto sentido de inversión en la relación entre institucionalidad y negocialidad. Si el proceso es negocial el fondo le agrega institucionalidad y si es institucional el fondo le incorpora algún grado de negocialidad; si el fondo es institucional el proceso le da negocialidad y si es negocial el proceso le integra cierto sentido de institucionalidad.

En la **dimensión dikelógica** la atención procesal se refiere más a los medios y a su utilidad, en tanto la consideración de fondo se remite más a los fines y a la justicia en sí. Los valores que realiza el proceso se hacen relativos respecto de los del fondo.

La consideracion procesal suele ser más afín a la justicia particular y más privatista, en tanto la dirigida al fondo tiene a menudo más posibilidades de atender a la justicia general y ser más publicista. Aunque suele decirse que el proceso es de Derecho Público, escuchar a las partes posee en definitiva importante sentido privatista. No es por azar que la teoría del proceso tuvo grandes desarrollos cuando la burguesía impuso su comprensión privatista de la vida.

Para desfraccionar las consecuencias la perspectiva procesalista fracciona el complejo real produciendo mas seguridad para las partes como protagonistas del proceso, en cambio, la referencia al fondo tiende a desfraccionar el complejo real, pero puede fraccionar las consecuencias y así brinda seguridad a las partes en sus intereses últimos. La burguesía ha brindado especial significación al plus de seguridad procesal.

En concordancia con lo expuesto precedentemente, a menudo el proceso agrega legitimación autónoma o aristocrática a la aristocracia o la autonomía del fondo y el fondo brinda legitimación autónoma o aristocrática a la aristocracia o la autonomía del proceso. En la consideración del fondo se busca más el valor de la forma del reparto, en tanto en la atención al proceso se procura más el valor de sus otros elementos.

En correspondencia con la inversión ya señalada, con frecuencia el proceso agrega ingredientes de intervencionismo o de abstencionismo al fondo abstencionista o intervencionista y el fondo incorpora intervencionismo o abstencionismo al proceso abstencionista o intervencionista.

En principio, la consideración del proceso divide el poder y se vincula más con el

(99) Es posible v. nuestro artículo "Comprensión jusfilosófica de la equidad", en "El Derecho", t. 155, págs. 685 y ss.

liberalismo, en tanto la atención al fondo concentra el poder e invoca más la comunidad. Sin embargo además se agregan a menudo fenómenos de inversión análogos a los anteriores: el proceso es liberal para un fondo comunitario y comunitario para un fondo liberal; el fondo es liberal para un proceso comunitario y comunitario para un proceso liberal.

En principio el proceso como audiencia protege sobre todo respecto del régimen y como efectividad resguarda principalmente contra los demás y lo demás. La perspectiva procesal ampara más al individuo como parte frente al régimen de fondo; en el enfoque de fondo se atiende mas a su resguardo como interesado contra el régimen procesal.

Sólo comprendiendo la interrelación entre fondo y proceso se pueden evitar los riesgos de sus consideraciones excluyentes, que conducen por ejemplo al mero "Derecho de laboratorio" y al reemplazo del jurista por el puro practicón.

254. Las visiones meramente **abstractas** de lo jurídico tienden a escindir el Derecho de fondo y el proceso, pero cuando se considera al Derecho también en su perspectiva **concreta**, como en mucho puede hacerse a través de la **"textura procesal básica"** de la **jurisdicción**, la **prueba**, la **argumentación** y los aspectos procesales de la **decisión**, es viable advertir de manera detallada las profundas relaciones que existen entre ambos y sobre todo sus recíprocas influencias.

255. A través de las consideraciones que anteceden se advierte mejor la enorme importancia que tiene el **proceso** también respecto del Derecho Internacional Privado de fondo.

En el marco del **Derecho Internacional Privado Procesal en sentido amplio** cabe reconocer una textura procesal básica específica y tres niveles.

La **textura** procesal básica abarca la jurisdicción, la prueba, la argumentación y los aspectos procesales de la decisión en el ámbito jusprivatista internacional. Según lo ya señalado, las cuatro cuestiones son áreas que muestran la inescindible relación entre el proceso y el Derecho Internacional Privado de fondo y las particularidades del Derecho Internacional Privado Procesal en sentido amplio. Los tres **niveles** del Derecho Internacional Privado Procesal en sentido amplio son el **Derecho Internacional Privado Procesal en sentido estricto**, que comprende las soluciones indirectas que eligen el Derecho aplicable a las diversas cuestiones procesales (v. gr. la ley aplicable a las cuestiones "materiales" o "procedimentales"); el **Derecho Procesal Internacional Privado**, integrado por las soluciones directas que son específicas porque influyen en el destino del Derecho Internacional Privado de fondo (por ej. la jurisdicción internacional) y el **Derecho Procesal de Extranjería**, donde se incluyen las soluciones procesales para casos con elementos extranjeros pero que no influyen en el destino del Derecho Internacional Privado de fondo (v. gr. la condición procesal de los extranjeros respecto del fuero federal).

El Derecho Procesal Internacional Privado es uno de los campos más activos que posee el utilitario y empresarial Derecho Internacional Privado de estos días, sobre todo como expresión de integración o de universalización. En él se concentran cada vez más los esfuerzos en **"acortar"** el recorrido de los medios para alcanzar los fines buscados.

1) La textura general del Derecho Internacional Privado Procesal

a) La jurisdicción jusprivatista internacional en general

a') La jurisdicción jusprivatista internacional en general en el espacio

256. Para comprender debidamente la jurisdicción internacional con sus particularidades es esclarecedor reconocer el fenómeno **jurisdiccional** en general. En última instancia, el Derecho Positivo es lo que las partes cumplen y el resultado de la jurisdicción; en gran medida lo que los órganos jurisdiccionales dicen que es.

En sentido amplio "juris-dicción" significa **"decir"** y en cierta medida **"hacer"** el Derecho. Es concurrentemente "juzgar", "decidir" y "resolver". De todo esto surge la gran importancia que tiene siempre la jurisdicción, y en especial cuando se trata de jurisdicción internacional.

257. A fin de decir y hacer el Derecho, quienes ejercen la jurisdicción deben referirse al **Derecho** y al **caso**, no sólo **descubriéndolos** sino **haciéndolos**. La tarea de decir y hacer el Derecho y el caso varía según la comprensión que se tenga del mundo jurídico. Según la concepción **tridimensional** todos los protagonistas de la jurisdicción tienen que confluir, según los papeles que les correspondan, en la investigación y el cambio de la **realidad social**, las **normas** y los **valores**.

La jurisdicción incorpora ingredientes de **racionalidad** y de **voluntad** en la solución de los casos, para lo cual quienes la ejercen suelen contar con la colaboración de las partes a las que escuchan y del resto de la sociedad.

258. En la **dimensión sociológica** la **jurisdicción** se vincula con la pretensión **repartidora**, superadora del mundo de las distribuciones. La decisión sobre la jurisdicción es un reparto que se integra en el reparto total resolviendo quiénes han de actuar como repartidores. El orden jurisdiccional, que según los estilos de vida es más o menos planificado o ejemplar, es pieza fundamental del orden de repartos.

Ante la cercanía de la realidad, la jurisdicción se encuentra con múltiples limitaciones necesarias. Con frecuencia éstas surgen de los alcances de quienes la desempeñan, que no pueden abarcar todo lo que hay que saber o hacer.

En relación con el saber sobre el Derecho se presentan cuestiones de interpretación y conjetura de las soluciones jurídicas a aplicar o considerar. Estos problemas son cerrados a menudo con la **presunción** de que los jueces y las partes conocen el Derecho, ateniéndose a veces más al Derecho Positivo y en otros casos al Derecho Natural.

Para salvar la limitación jurisdiccional se organiza el **auxilio judicial**, se consideran los **documentos de extraña jurisdicción** y se llevan a cabo procesos especiales, como el de **quiebra**. El auxilio judicial y la aceptación de documentos de extraña jurisdicción amplían la consideración de los hechos y los procesos especiales desarrollan una tarea de síntesis jurídica. En cuanto al saber y al hacer acerca del Derecho y de los casos son necesarios **tribunales especiales** según la particularidad de las materias.

A fin de responder a la limitación jurisdiccional, evitando el estrépito de intervenciones y pronunciamientos discordantes, se constituyen las problemáticas de la no multiplicación de la

litispendencia, del respeto a la **cosa juzgada** y del **reconocimiento y la ejecución** de pronunciamientos de extraña jurisdicción.

En la **dimensión normológica** la jurisdicción se caracteriza por la habitual producción de **normas individuales** por el antecedente, referidas a sectores sociales descriptos y realizadoras del valor inmediatez, aunque dicha inmediatez puede tener muchas dificultades. Ante la posibilidad de que el Derecho a aplicar se exprese en normas generales que se refieren a sectores sociales supuestos y satisfacen el valor predecibilidad se plantea en la jurisdicción la tensa relación entre generalidad e individualidad y entre predecibilidad e inmediatez.

Según ya indicamos, en la jurisdicción se presenta en plena complejidad el funcionamiento de las normas, con sus tareas más tradicionalmente reconocidas de interpretación, determinación, elaboración y aplicación y las complementarias de conjetura y síntesis. Ese funcionamiento de las normas está plagado de amenazas que, por ejemplo, pueden permitir que quien ejerce la jurisdicción aparente interpretar, determinar, aplicar, conjeturar o sintetizar cuando en realidad está sustituyendo a los autores de las normas y elaborando normas nuevas.

La jurisdicción es una **habilitación** para producir normas y fuentes formales. Esto se manifiesta verticalmente, por ejemplo en la habilitación constitucional o legal, pero también en sentido horizontal, ya que las normas jurisdiccionales impulsan al cumplimiento de las otras. Es más, la jurisdicción significa el **compromiso** de atenerse a relaciones verticales y horizontales de contenido. En consecuencia, en diversos grados es propio de las normas surgidas de la jurisdicción la realización de los valores subordinación e infalibilidad, ilación y concordancia, inherentes a las relaciones de producción y de contenido en sentidos vertical y horizontal.

En la **dimensión dikelógica** la jurisdicción se ubica en mayor cercanía con los casos y con las **valoraciones completas** y puede apoyarse en una legitimación más **aristocrática**, como la judicial, o **parautónoma**, en la tarea arbitral. La jurisdicción se vincula especialmente con el derecho de todo hombre al Derecho. Es habitualmente un instrumento de relativa liberación y de protección del individuo contra los demás, sí mismo y lo demás, pero puede constituirse también en medio de opresión.

259. La relación entre el **Derecho** y los **casos** no puede establecerse por igual en todas las circunstancias. Por esto hay diversos criterios de **asignación jurisdiccional**. Como se trata de una relación de los jueces como repartidores con los recipiendarios y los objetos, con miras a obtener la mejor forma e incluso las mejores razones, a veces los criterios jurisdiccionales básicos dependen de los sujetos recipiendarios y en otros casos de los objetos repartidos.

Cuando se hace referencia a los **sujetos** recipiendarios, salvo circunstancias en que haya que compensar una especial debilidad del actor, el criterio básico es el del domicilio del **demandado** que, ante la perturbación que el actor introduce en su vida, tiene que estar en las mejores condiciones para ser escuchado. De cierto modo, el domicilio del demandado se apoya en un sentido utilitario, en un fraccionamiento del complejo real y en despliegues del abstencionismo y la protección del individuo contra los demás, el régimen y lo demás.

Cuando se hace referencia al **objeto** los criterios básicos suelen ser los del lugar de cumplimiento o de la situación de los bienes, pero a menudo se procura directamente obtener la

mayor **justicia** posible.

La referencia subjetivista se apoya más en la autonomía del **proceso**, la objetivista se refiere más al **Derecho de fondo**. El proceso es **audiencia** y **efectividad** y los dos tipos de criterios contribuyen de diversas maneras a que éstas se logren. Han de tener jurisdicción los tribunales que estén en mejores condiciones de **"escuchar"** los casos y de **transformar** la realidad. En este último aspecto importa tener en cuenta si lo que se pide es un pronunciamiento declarativo, constitutivo o ejecutivo.

En definitiva, la exigencia de justicia impone el criterio de **no denegación de justicia**. El criterio último de no denegación de justicia se apoya en el alto significado de la justicia en sí misma y como realización del valor humanidad y en la necesidad de una mínima protección del individuo contra todas las amenazas que pueden asecharlo.

Para evitar perturbaciones infundadas en la posición del deudor se organiza el **arraigo** y para impedir la denegación de justicia el **beneficio de pobreza**. A fin de excluir jurisdicciones meramente declarativas que no puedan lograr la ejecución debida de sus pronunciamientos se adoptan medidas cautelares y ejecutivas especiales, entre las que se destaca el **embargo**.

Al hilo de la **fundamentación específica** que tienen ciertos jueces para intervenir en determinados casos y respecto de determinadas personas se constituye la idea de **"jueces naturales"**. Mucho cabe discutir cuánto esa naturalidad surge más de la **relación directa** de los jueces con los casos o las personas o puede derivarse más de la voluntad de las partes, abriéndose en este supuesto el campo a la **prórroga** de jurisdicción.

La prórroga de jurisdicción en sentido amplio puede surgir de la voluntad de las partes antes o durante el proceso y de manera expresa o tácita. Produce rasgos **sociológicos** de autonomía y ejemplaridad, el despliegue **normológico** de negocialidad y los sentidos **dikelógicos** de más utilidad, consensualidad, "partialidad", sectorialidad, particularidad, legitimación autónoma, abstencionismo y protección contra el régimen. Sin embargo la prórroga puede encontrar límites legítimos por la falta de verdadera autonomía de quienes se pronuncian, por la falta de intervención de interesados legítimos y por las características de los objetos, que superan sus posibilidades.

En una perspectiva relativamente utilitaria, en nuestro tiempo ha ganado reconocimiento la idea de **"conveniencia"**, opuesta a la **"no conveniencia"**, de los foros respecto de los casos, dependiente en mucho, más que de la justicia, de la eficiencia con que los jueces pueden decir y hacer el Derecho (100).

260. El desempeño judicial suele responder a diversos **principios procesales** que tienen distintas pero siempre relevantes fundamentaciones.

Una primera línea de afinidad está formada por los principios **acusatorio** y **dispositivo**. En la **dimensión sociológica** significan más autonomía y ejemplaridad. En la **dimensión normológica** evidencian mayor negocialidad. En la **dimensión dikelógica** comprometen menos con la verdad, tienen más sentido de "partialidad", sectorialidad y particularidad, con el consiguiente horizonte privatista y si bien desfraccionan las consecuencias, haciendo que cada uno reciba las que se procura, fraccionan más el complejo real, con la pertinente producción de

(100) C. por ej. RICHMAN, William M - REYNOLDS, William L., "Understanding Conflict of Laws", 2a. ed., Nueva York - Oakland, 1993, págs. 135 y ss.

seguridad para las partes. Asimismo son más dependientes de la legitimación "autónoma", dejan más despliegue abstencionista y buscan más la protección contra el régimen, con menos resguardo respecto de los demás y el propio individuo.

La otra gran línea de afinidad es la de los principios **inquisitivo** y de la **oficialidad**. En la **dimensión sociológica** significan más autoridad y planificación. En la **dimensión normológica** muestran más institucionalidad y en la **dimensión dikelógica** comprometen más con la verdad, se abren más a la justicia gubernamental, integral y general con el consiguiente horizonte de publicidad y fraccionan las consecuencias, generando seguridad para el régimen, pero desfraccionan la justicia originando cierta inseguridad para las partes. Son más intervencionistas y corresponden a menos protección contra el régimen y a más amparo respecto de los demás y el propio individuo.

El principio de la **inmediatez** tiene sentidos de fuerte proyección a la verdad y de utilidad, de desfraccionamiento, sobre todo del complejo real, con el consiguiente avance de la justicia y el pertinente riesgo de compromiso excesivo de los repartidores, y de recurso a las valoraciones completas. El principio de **economía** se apoya principalmente en la utilidad y en el desfraccionamiento de las influencias del tiempo, con cierto riesgo de excesivo fraccionamiento del complejo real.

261. Como hemos señalado, el ejercicio de la jurisdicción está principalmente en manos de **jueces** y de **árbitros**. Aunque vivimos un tiempo de incremento de la función jurisdiccional arbitral, nos referiremos primero específicamente a la jurisdicción a través del **paradigma judicial** y luego a las diferencias de la función arbitral.

En la **dimensión sociológica** el **juez** es un repartidor autoritario ubicado en líneas de confluencia de mayor o menor planificación gubernamental o ejemplaridad. La distinción del sistema jurídico anglosajón y el continental estriba todavía en gran medida en la diferenciación del grado de ejemplaridad o planificación pretendido en la tarea judicial. La necesidad de fundamentación que suelen tener las sentencias hace que los pronunciamientos judiciales se conviertan en instrumentos últimos de la **razonabilidad** del régimen.

El desempeño del juez como repartidor puede encontrar múltiples **límites necesarios**, sean generales o especiales. Los límites generales le impiden, por ejemplo, superar sus condicionamientos psíquicos, que pueden ser muchos por la proximidad de los casos concretos; modificar la realidad social política y económica, que a menudo suele amenazarlo con poderes muy grandes y brindarle recursos escasos, etc. Una de las mayores obstrucciones a la tarea judicial de nuestros días, afortunadamente menos difundida en el Derecho Privado, proviene del prejuzgamiento en los medios de comunicación de masas. Los límites especiales obligan al juez a replantear las ordenanzas cuando se trate de cuestiones vitales, por ejemplo de su permanencia en el cargo o su promoción, ya que nadie se entrega conscientemente la vida sin considerar lo que hace.

En la **dimensión normológica** las normas judiciales deciden en gran medida el éxito de la fidelidad y de la exactitud de las otras normas, que depende de las tareas de interpretación y aplicación.

La tarea judicial agrega en las soluciones de los casos importantes ingredientes de institucionalidad, en nuestro tiempo de institucionalidad estatal, y posee alta fuerza

materializadora, al punto que lo que los jueces dicen que es la realidad suele tenerse a menudo por realidad.

Los sentidos verticales y horizontales, de producción y de contenido y la intensidad de la integración de las normas judiciales en el ordenamiento normativo han motivado muchas discusiones, por ejemplo, entre las escuelas de la exégesis, de la libre investigación científica, del derecho libre, de la teoría pura, etc. Es notorio que la intervención judicial significa siempre cierta posibilidad de crisis en las relaciones normativas que acentúa la "creación" judicial del Derecho

En la **dimensión dikelógica** el juez es el responsable último de las soluciones justas de los casos. Suele destacarse con acierto que no es lo mismo "juzgar" que "decidir". Además la justicia judicial tiene importantes sentidos de integración con la verdad (101).

Al juez le corresponde encontrar el equilibrio debido entre las diversas clases de justicia, incluyendo por ejemplo, las relaciones legítimas entre la justicia consensual y la extraconsensual, relativa y absoluta y particular y general. El juez es el encargado final de la debida atención a la pantonomia de la justicia, convirtiéndose a menudo, a través de la cosa juzgada, en la última expresión consagrada a este respecto. Al juez le corresponde superar cuando sea necesario los criterios generales orientadores mediante las **valoraciones completas** y es la garantía final de la **equidad**.

En los repartos judiciales suelen combinarse en diversos grados, según los estilos jurídicos, la legitimación aristocrática y la legitimación democrática. Los repartos judiciales se caracterizan por especiales requerimientos de justicia en cuanto a la **forma procesal**, con la debida "audiencia" de los interesados y, como hemos dicho, han de agregar significativos despliegues de fundamentación.

En el desempeño judicial hay una relativa presencia del humanismo intervencionista, con el consiguiente riesgo de desviación totalitaria. El juez protege al individuo contra los demás individuos e incluso frente al resto del régimen, principalmente mediante la división de poderes, lo ampara respecto de sí mismo y lo resguarda ante lo demás, pero todo esto a costa de un avance del régimen que él mismo integra.

262. Para comprender de manera más cabal la función jurisdiccional, sobre todo en nuestro tiempo, conviene tener también muy en cuenta la tarea de los **árbitros**, que gana espacios en la postmodernidad. El compromiso arbitral es una manera difundida de la prórroga de jurisdicción.

En la **dimensión sociológica** el árbitro tiene más sentidos de autonomía y de ejemplaridad que el juez. Su desempeño suele disponer de menos fuerza social que el del juez. Para ser exitoso depende en gran medida de la **"conciencia arbitral"** de las partes, ya que si éstas no colaboran las ventajas que posee respecto de la intervención judicial tienden a desaparecer. El cumplimiento de los pronunciamientos arbitrales se obtiene normalmente no por el empleo de la fuerza física sino por la presión del **sistema económico**. Por distanciarse relativamente del orden estatal el árbitro puede contribuir a darle más flexibilidad, a desintegrarlo o a reintegrarlo en otros marcos.

En la **dimensión normológica** el pronunciamiento judicial más importante es la sentencia, afín a sentir, darse cuenta, opinar; en cambio, el pronunciamiento arbitral más significativo es

(101) Puede v. nuestro trabajo "Consideraciones sobre la verdad, el Derecho y el proceso", en "Investigación ..." cit., N° 20, págs. 23 y ss. En relación con el tema puede c. asimismo v. gr. PERELMAN, op. cit., págs. 682 y ss.

el laudo, emparentado a la idea de alabar. El árbitro se identifica por poseer menos carga institucional y más apertura negocial que el juez y por tener, en todo caso, una institucionalidad no estatal.

En la **dimensión dikelógica** la función arbitral se caracteriza por realizar una justicia con fuerte presencia **utilitaria**, que suele alcanzar mayores grados de eficiencia pero al propio tiempo puede desviar el desempeño en atención a los intereses más poderosos. El arbitro acentúa los sentidos de justicia consensual, "partial", sectorial y particular en las soluciones.

La legitimidad del árbitro como repartidor proviene sobre todo de su carácter "paraautónomo", o sea basado en el consentimiento de los interesados en su desempeño como tal, pero puede poseer asimismo cierto respaldo aristocrático. Uno de los lados débiles de la legitimación arbitral es el que se refiere a los intereses que las partes que brindan su consentimiento no representan suficientemente, sobre todo en cuanto se trata del bien común. La fundamentación arbitral difiere de la judicial. La fundamentación del juez apunta más a una razón fuerte, la del árbitro a una razón débil, teñida de conveniencia de las soluciones. Aunque de manera distante, el árbitro se parecen más al mediador.

El árbitro es menos intervencionista y más abstencionista que los jueces. Acentúa la protección de los individuos contra el regimen, pero en general no los resguarda respecto de sí mismos e incluso puede incrementar las amenazas de los demás individuos.

En el proceso arbitral suelen incrementarse, con sus ventajas y desventajas, no solo el principio **acusatorio** sino los principios **dispositivo**, de **inmediatez** y de **economía**, aunque no queda asegurado el principio fundamental de no denegación de justicia.

Poco esfuerzo es necesario para advertir que, como hemos señalado, la tarea arbitral es especialmente afín al sentido de la postmodernidad y del mundo empresarial. La jurisdicción judicial correspondió más al tiempo de los Estados; el actual tiempo de las empresas significa el desarrollo de la jurisdicción arbitral y de otras vías no jurisdiccionales de solución de conflictos (102). Creemos, sin embargo, que la jurisdicción debe integrar en **"complejidad pura"** todas las posibilidades, judiciales o arbitrales, para realizar mejor la justicia (103).

263. Los diversos problemas jurisdiccionales constituyen los temas más importantes que en lo **internacional** ha de abordar el Derecho Procesal Internacional Privado (104). El Derecho Internacional Privado tradicional se ha apoyado en la posibilidad de diferenciar el **Derecho aplicable** de la **jurisdicción** y en realidad un paralelismo total entre ambos es insostenible, incluso por razones análogas a las que autonomizan de manera relativa al proceso respecto del fondo. Sin embargo, la conciencia jusprivatista internacional de nuestros días advierte de modo creciente que la jurisdicción, sobre todo en el marco internacional, decide la suerte del pleito.

264. Para cumplir con su tarea los **jueces** se valen de la **potestad estatal** que, pese a la pretensión de carácter absoluto que tiene tradicionalmente la idea de soberanía, reconoce límites

(102) V. el estudio de CHAUMET, Mario E., "La postmodernidad y las técnicas alternativas de resolución de conflictos", en "El Derecho", t. 157, págs. 726 y ss.

(103) Es posible v. nuestro artículo "La necesidad de la "complejidad pura" de la jurisdicción judicial y arbitral", en "Zeus", 31/X/1995; c. por ej. CAIVANO, Roque J., "Arbitraje", Bs. As., Ad Hoc, 1993.

(104) Pueden c. nuestros estudios "Comprensión básica de las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional", en "Revista de la Facultad" de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 2, Nº 2, 1994, Nueva Serie, págs. 11 y ss. y en "Investigación ..." cit., Nº 24, págs. 9 y ss.; "Jurisdicción

en la comunidad internacional.

En principio los Estados **no tienen soberanía** y por tanto no pueden ejercer jurisdicción judicial respecto de otros Estados y otros sujetos análogos de la comunidad internacional, como los organismos internacionales.

Tradicionalmente el **Derecho Internacional Público** ha brindado **inmunidad jurisdiccional** plena a los Estados y los otros sujetos análogos. Se ha entendido que las buenas relaciones internacionales poseían siempre un valor superior ante el cual debía ceder la administración de justicia por los jueces locales. Los Estados sólo eran sometidos a la jurisdicción de otros Estados en tanto se sometían a la misma. En algunos casos esa inmunidad era, sí, sujeta a la condición de reciprocidad.

Sin embargo, el desarrollo de la actividad económica de los Estados acompañada de un debilitamiento de la fuerte eticidad estatal y de un incremento del sentido de sociedad civil llevan con gran frecuencia a limitar esa inmunidad a los actos **iure imperii**, excluyendo los **iure gestionis**. Aunque parezca sorprendente para el espíritu moderno, los Estados vienen a quedar asimilados de alguna manera a la condición de las "empresas" de que a veces se valen. Esta solución restringida, más acorde con el espíritu postmoderno y empresarial de nuestros días, es la que se impone en el tiempo actual. En última instancia vale tener en cuenta que en la postmodernidad la difusión del discurso permite que todos hablemos de todo, aunque poco importe el valor o las consecuencias con que lo hagamos.

Vale considerar sin embargo que en profundidad las teorías respecto de la diferenciación y sus aplicaciones suelen utilizarse conforme al poder de los Estados en juego. Según la clara observación de Werner Goldschmidt: "No causa asombro que en Norteamérica, donde adoptaron la tesis restringida en plena guerra fría a partir del llamado "Tate Letter" del 19 de mayo de 1952, se reprocha al Departamento de Estado que la maneja de muy distinto modo, según que el Estado extranjero demandado sea chico o grande." (105)

Esto no excluye admitir que también, sea cual fuere el grado de comprensión que tengamos de las grandezas maravillosas de la modernidad, debajo del reconocimiento de las individualidades particulares o en este caso estatales había cierto fenómeno de poder.

A la luz de lo expuesto resulta que antes de entrar a hablar de jurisdicción judicial internacional importa saber si se tiene soberanía sobre la persona respecto de la cual se pretende ejercerla.

Una elemental idea de justicia exige que en caso que un particular se vea perjudicado en su derecho por la imposibilidad de llevar adelante la protección jurisdiccional en virtud del reconocimiento de tal inmunidad sea la comunidad toda, que se beneficia con la marginación de un litigio público, la que responda mediante una relativa "expropiación del derecho", con la

internacional en materia matrimonial", en "Investigación ..." cit., Nº 16, págs. 49 y ss.; "Aportes para la comprensión jusfilosófica de la armonía en la jurisdicción y en el reconocimiento y la eficacia de sentencias y laudos en la integración", en "Boletín del Centro ..." cit., Nº 20, págs. 15 y ss.; "Bases jusfilosóficas para la comprensión de la jurisdicción internacional en materia contractual", en "Investigación ..." cit., Nº 20, págs. 15 y ss.; "El contrato y la jurisdicción en el Derecho Internacional", en "Boletín del Centro ..." cit., Nº 20, págs. 49/59; también por ej. "La jurisdicción internacional y el Protocolo de Buenos Aires", en "Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario", año XLI, Nº 1446, págs. 36 y ss., "Bases para los regímenes de jurisdicción y ley aplicable en la integración del Mercosur", en AS. VS., "XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Comisión Nº7.

(105) GOLDSCHMIDT, "Derecho ...", cit., págs. 449/50.

correspondiente **indemnización** (106).

265. Las características generales de la jurisdicción tienen grandes modificaciones cuando se trata de la jurisdicción **internacional**. La jurisdicción internacional debe **decir** y **hacer** el Derecho para y en un marco muy diverso del interno.

Al **comparar** la jurisdicción **jusprivatista internacional** con la **interna** resulta que en el Derecho Internacional Privado, donde el espacio entre el Derecho de fondo y su aplicación es muy grande, el papel que cumple el **juez** en el proceso es particularmente relevante, en gran medida por la frecuente necesidad de resolver los problemas generales de calificaciones, cuestión previa, fraude a la ley, reenvío, orden público, etc.

Elegir el juez o el árbitro, sobre todo cuando se trata de una división internacional, es en gran medida decidir, a través del Derecho que aplica, la solución del caso.

La comprensión práctica del Derecho de los **anglosajones** les permitió ser precursores en la consideración de la importancia de los **conflictos de jurisdicción** junto a los conflictos de leyes y les hizo reconocer por ejemplo el relieve del "**forum shopping**" (107), es decir, la elección por el actor de los tribunales del país cuyo Derecho Internacional Privado en combinación con el Derecho Privado indicado le asegure el triunfo. Como hemos señalado, ese reconocimiento es hoy generalizado también en el marco del Derecho Continental.

266. En la **dimensión sociológica** de la jurisdicción internacional el despliegue de las **distribuciones** suele ser más intenso que en la jurisdicción interna. En el marco internacional las posibilidades de repartir son menores y las distancias naturales y la interferencia de influencias humanas difusas es mucho mayor. Cuando la jurisdicción es internacional, la autoridad y la planificación son menores, hay más dependencia de la autonomía y la ejemplaridad y los **límites** necesarios son con frecuencia más fuertes.

El aseguramiento internacional de la **audiencia** y la **efectividad** debe enfrentar los obstáculos del intenso "**ruido**" que suele dificultar particularmente la comunicación y la comprensión en ese ámbito y los derivados de la división del poder de los Estados, por lo menos en el marco de la interestatalidad moderna, aunque no tanto en el postmoderno y profundamente unitario mundo empresarial de nuestros días.

Las posibilidades de no tropezar con tales obstáculos para la audiencia y la efectividad son fundamentales, no sólo para el otorgamiento de jurisdicción sino para la opción para plantear los casos en una sede cuando hay jurisdicciones alternativas.

Asimismo se producen en lo internacional dificultades en cuanto al **conocimiento del Derecho**, respecto del cual es más difícil sostener la presunción de que las partes y el juez lo conocen. ¿En qué medida puede presumirse que un particular al que por referencia a otro particular se ha de aplicar un Derecho que le es extraño conoce ese Derecho?

El auxilio judicial, los documentos de extraña jurisdicción, la quiebra, la litispendencia, la cosa juzgada y el reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos extranjeros plantean problemas mayores que en la jurisdicción interna.

(106) id., pág. 451.
(107) Pueden v. por ej. SMITH, Raymond, "Conflict of Laws", Londres, Cavendish, 1993, págs. 290 y ss.

En la **dimensión normológica** la jurisdicción internacional tiene más dificultades para concretar la inmediatez propia de las normas individuales, porque si bien los casos son concretos, pues están en el pasado, su concreción se debilita por la distancia. La relación es "**mediada**" por la distancia.

Las amenazas de desviación en el funcionamiento de las normas en la jurisdicción internacional son mucho mayores que en la jurisdicción interna y las necesidades de **conjetura** y de **síntesis** se hacen particularmente intensas por la distancia de los casos y los Derechos y por la ausencia de un legislador común.

Con la internacionalidad se debilitan los sentidos institucionales de la jurisdicción y avanzan los de **negocialidad**. En la función integradora de las normas de los órganos de la jurisdicción internacional hay, por una parte, un refuerzo por la dificultad de control internacional de la realidad y, por otra, un debilitamiento por la limitación de la confianza internacional.

La **habilitación** jurisdiccional internacional suele ser unilateral, por el ordenamiento normativo de un solo país, de modo que, por ejemplo, no existe el mismo grado de control que el conjunto del ordenamiento realiza en la habilitación interna. El **compromiso** jurisdiccional con un Derecho extranjero también es menor.

En la **dimensión dikelógica** la jurisdicción internacional debe afrontar dificultades especiales en cuanto a la justicia, por la complejidad de los casos, y respecto de la utilidad, por la dificultad en lograr los fines apetecidos.

La jurisdicción internacional requiere más ingredientes de justicia consensual, tiene más sentido de "partialidad" y de sectorialidad y disminuye la presencia de una auténtica justicia general referida al bien común de todas las comunidades interesadas, con riesgo de incremento excesivo de la justicia general local.

La internacionalidad desfracciona los despliegues del saber y del hacer, y de aquí que la jurisdicción en este marco sea menos segura, pero al propio tiempo impone fraccionamientos en uno y otro sentido. Es más: al fin con miras a la apertura pueden fraccionarse influencias locales que debieron ser tomadas en consideración. En la internacionalidad la afinidad de la jurisdicción con las valoraciones completas se hace más urgente y a la vez más dificultosa.

La jurisdicción internacional tiene menos posibilidades de hacer valer la legitimación aristocrática y requiere más despliegue de legitimación **autónoma**. En ese marco los objetos repartideros se tornan más difíciles y, como señalamos, la forma justa del proceso enfrenta obstáculos especiales.

En el ámbito internacional la jurisdicción puede poseer sentidos desestabilizados de humanismo intervencionista, con excesos locales y consiguientes riesgos especiales de totalitarismo, pero además tiene posibilidades y exigencias mayores de **humanismo abstencionista**, en este caso con los peligros propios de desvío hacia el individualismo.

En la jurisdicción internacional hay mayor división del régimen y consecuentemente más protección externa del individuo contra él, al punto que a veces se trata de una jurisdicción inoperante, pero existen asimismo más riesgos de que los individuos no sean escuchados y a veces el régimen busca compensaciones internas ilegítimas (v. gr. por vía de retorsión). En ciertos

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

267. Para resolver acerca de la jurisdicción internacional hay que tener en cuenta lo expuesto anteriormente acerca de la jurisdicción en general, sobre todo en cuanto a los criterios para su **asignación**, que en el marco internacional posee exigencias especiales.

La exigencia de **no denegación internacional de justicia** posee requerimientos especialmente importantes. El debido equilibrio entre arraigo y beneficio de pobreza y la evaluación de la conveniencia del foro merecen gran consideración.

La **prórroga** de jurisdicción en el marco internacional tiene particular tensión porque, por una parte, las conexiones jurisdiccionales son más laxas y, por otra, la falta de cobertura del propio ordenamiento, que en cambio posee la prórroga interna, genera riesgos especiales. La no conveniencia de un tribunal en lo internacional produce peligros mayores que en la esfera interna.

268. En la jurisdicción internacional los **principios procesales** tienen diferente significación y distinto alcance que en la jurisdicción interna.

Vale tener en cuenta, por ejemplo, que la dispositividad puede significar más juego para la frustración y menos autonomía. Aunque sea considerado como hecho, el Derecho extranjero debe ser sometido al principio de la oficialidad. Según ya señalamos, la inmediatez se hace más difícil que en el marco interno. Debe superar obstáculos particularmente relevantes que requieren toda una técnica especial de auxilio judicial internacional y a su servicio se va abriendo camino dificultosamente el desplazamiento judicial. La economía procesal internacional corre riesgos particulares que la hacen más importante. La posibilidad de una actividad procesal inútil es, en lo internacional, más frecuente y a menudo más grave.

269. En el tratamiento de la jurisdicción internacional se ha de considerar que cada juez parte del Derecho Internacional Privado del país al que presta servicios, de modo que asignar jurisdicción internacional es, con carácter **"indirecto de segundo grado"**, elegir el Derecho aplicable. Esto significa que la decisión jurisdiccional internacional es una decisión de Derecho Internacional Privado.

Entendemos que la autonomía de la jurisdicción respecto del Derecho de fondo no es cuestionable, pero existe cierto **"Derecho Internacional Privado del Derecho Internacional Privado"**, no diferenciado de nuestra materia, que impide otorgarla legítimamente con excesiva generosidad. El fraude a la ley puede ser un fraude jurisdiccional.

Previa a la legitimidad de los puntos de conexión en cuanto al fondo está la legitimidad de los **puntos de conexión procesales**. A semejanza de los puntos de conexión del fondo es posible reconocer también puntos de conexión procesales **personales**, **reales** y **conductistas**, **sociológicos**, **normológicos** y **dikelógicos**, con juego **no acumulativo** o **acumulativo**, etc.

Entre los más usuales, el domicilio del demandado es un punto de conexión procesal personal; la situación del bien es un punto de conexión procesal real; el lugar de cumplimiento

del contrato, el lugar donde sucede el hecho y el tribunal elegido por las partes son puntos de conexión procesales conductistas. El domicilio del demandado es más sociológico, la ley aplicable al fondo es más normológico y la conveniencia, si es decidida por razones de justicia, es dikelógica. También aquí según el grado de "puntualidad espacial" de la elección puede haber juego no acumulativo (con jurisdicción **excluyente**) y acumulativo (con jurisdicción **concurrente**) de los puntos de conexión.

A semejanza de lo que ocurre en el Derecho de fondo, para las soluciones jurisdiccionales hay que tomar en consideración el carácter personal, real o conductista y el grado de profundidad de la **causa** de que se trate.

270. En cuanto a las **relaciones** entre los problemas de la **jurisdicción** y del **fondo** pueden utilizarse enseñanzas de la teoría de la **cuestión previa** del Derecho Internacional Privado de fondo, incluyendo el reconocimiento de las posibilidades de jerarquización real, con primacía de la cuestión jurisdiccional, y posibilidades de jerarquización ideal, con primacía de la cuestión de fondo. La jerarquización real se produce de modo radical cuando hay "forum shopping"; la jerarquización ideal ocurre en la teoria tradicional del paralelismo.

Creemos que en relativa semejanza con lo que sucede en la elección del Derecho aplicable ha de prevalecer al respecto cierta solución de **equivalencia**, pero la enorme e irreparable influencia que la jurisdicción ejerce con frecuencia sobre la ley aplicable acentúa las vacilaciones que el pensamiento jusprivatista suele tener respecto de la equivalencia en el Derecho de fondo. Aquí no existen posibilidades análogas de recurso al método sintético judicial para corregir los excesos del método analítico. La elección de un país en la jurisdicción y sus consecuencias se tornan inmodificables, por lo menos en el estado actual de la conciencia jurídica.

Por otro lado, si bien la decisión jurisdiccional hace a menudo de cierto modo "de la cuestión supuesto", porque como punto de partida se interroga a un ordenamiento para que resuelva si él posee jurisdicción, si se opta por la jerarquización ideal y se da jurisdicción al país cuya ley es aplicable al fondo, que depende de la jurisdicción y del Derecho Internacional Privado del juez respectivo, esa situación circular se acrecienta.

El criterio de otorgar jurisdicción en paralelo con la ley aplicable al fondo sólo funciona con nitidez si se entiende que un mismo repartidor ya elegido en una instancia problemática previa formaliza la solución de esa manera. Quizás pueda sostenerse que en esta jerarquización ideal existe, a semejanza de la otra, un cerramiento del tipo que suelen producir todos los "idealismos".

En general es sostenible el paralelismo que indique que "a fortiori", si existen títulos para que se aplique el Derecho de un país también los hay para que este país tenga jurisdicción, pero tal regla ha de ser limitada cuando sus resultados se aparten de los que brindan los criterios fundamentales de asignación jurisdiccional. Así, por ejemplo, al aplicarse a la validez y los efectos de un contrato el Derecho del lugar de celebración la regla no es idónea para formar una jurisdicción concurrente con la del lugar del domicilio del demandado o la del lugar de cumplimiento. En principio el paralelismo es idóneo para el reconocimiento de jurisdicción concurrente, no excluyente.

Es notorio que los resultados de los diversos criterios no son admisibles si se oponen al

que surge del ejercicio válido de la autonomía de las partes en materia jurisdiccional.

271. A la luz de las diversidades que anteceden resulta a nuestro parecer notorio que para los casos jusprivatistas internacionales son necesarios **tribunales especiales** cuya mayor o menor particularidad debe estar en relación con el número y el significado de los casos. Por lo menos, deben existir siempre tribunales especializados.

272. La perspectiva internacional de la jurisdicción es especialmente afín a la jurisdicción **arbitral**. Incluso vale destacar que el arbitraje puede salvar, sobre todo en la medida que cuente con la colaboración de las partes, varias de las dificultades que enfrenta la jurisdicción internacional.

En la **dimensión sociológica**, el arbitraje y la jurisdicción internacional coinciden en la afinidad con la autonomía y con la ejemplaridad. Ambos se emparientan en la dependencia mayor de la conciencia jurídica comunitaria, sea arbitral o internacional, y no del uso del poder estatal. Uno y otra se valen más de la presión del sistema social. En la **dimensión normológica** ambos son más negociales que la común intervención judicial. En la **dimensión dikelógica** el arbitraje y la jurisdicción internacional se relacionan en el incremento de la justicia consensual, partial, sectorial y particular, en el debilitamiento de la aristocracia y el incremento de la legitimación por vía autónoma y en el mayor humanismo abstencionista.

273. Dado que el arbitraje no se produce en un régimen estatal como las soluciones judiciales, es complejo saber si es **interno** o **internacional** y, en su caso, con qué país se vincula. Al respecto pueden tenerse en cuenta distintos criterios, vinculados con diversos caracteres de los repartos y con su orden: quiénes arbitran, a quiénes se refieren, sobre qué arbitran, de qué reglas procesales (forma) se valen, qué ley (razones) aplican, dónde actúan y deciden (en qué régimen lo hacen), etc. Es fácil advertir que tales criterios están en estrecha relación con los fundamentos filosóficos de la vinculatoriedad del Derecho.

274. En diversos grados los criterios jurisdiccionales más procesales, las jurisdicciones concurrentes y la autonomía jurisdiccional se sitúan entre la internacionalidad y la universalidad, en tanto la conexión entre jurisdicción y ley aplicable al fondo y las jurisdicciones imporrogables, en especial si son exclusivas, se ubican entre la internacionalidad y la nacionalidad.

b') El cambio de estatutos

275. En general el cambio de estatutos en los puntos de conexión jurisdiccionales debe resolverse en principio con criterios **unitarios innovadores**. Sin embargo, abierta ya la instancia en un determinado país, también en principio, debe optarse por una solución **conservadora** que mantenga la jurisdicción. Entre las razones a este respecto se encuentran las necesidades de evitar el fraude, de estabilidad procesal y de mantener la ley aplicable.

b) La prueba jusprivatista internacional

a') La prueba jusprivatista internacional en el espacio

276. Una de las cuestiones más significativas del Derecho Internacional Privado Procesal en sentido amplio es la de la **prueba**, frecuentemente desatendida por la mera división de la aplicación de la lex causae a las cuestiones materiales y la lex fori a los asuntos de carácter formal.

La prueba pretende siempre salvar la **diferencia situacional**, trayendo al proceso algo que le es ajeno. Probar es hacer conocer la **verdad** de algo alegado, que por lo común es un hecho y excepcionalmente un despliegue del Derecho (108). La prueba significa **"intersituacionalidad"** e **"interculturalidad"**, en el sentido que procura que la realidad cultural del proceso reciba a la realidad a probar, y generalmente es **"intertemporalidad"**, porque se refiere a hechos pasados.

El **"puente" intersituacional** probatorio se apoya en las **características** de lo que se quiere probar, del medio empleado y de las consecuencias de la prueba. La prueba se basa en unos ingredientes de la realidad (personas, cosas, documentos, etc.) para demostrar la existencia de otros, pero esos elementos no poseen sólo valor aislado, sino dentro del **conjunto cultural** al que pertenecen.

La prueba no puede ser la misma respecto de un hecho normal que acerca de otro muy extraño; no puede ser la misma con referencia a medios donde la palabra o la formalización tienen diverso valor; no puede ser idéntica para imponer una pena o para condenar a un pago. Lo que se prueba no está en el proceso, pero hay que valorar si ha sido suficientemente "representado" en él, y para ello es importante la "sana crítica".

Cada **estilo de vida** se vale de un estilo de prueba. Así, por ejemplo, no es el mismo el estilo de prueba de la teocéntrica y religiosa Edad Media que el de la antropocéntrica y científica modernidad.

En nuestro tiempo se han incrementado las posibilidades científicas y técnicas de la prueba hasta niveles francamente sorprendentes, pero por lo menos en el campo jurídico la postmodernidad es una época de dominación de la **argumentación** sobre la prueba, porque el discurso tiende a prevalecer sobre la realidad.

Aunque parezca paradójico, nuestro tiempo del gran desarrollo científico y tecnológico ha desembocado en el predominio del lenguaje y del relativismo subjetivista, quizás por la desorientación que producen los despliegues infinitos de la verdad. La verdad es objetiva, pero su realización está limitada subjetivamente y la conciencia de la limitación ha llevado a sostener que es meramente subjetiva.

Además, en nuestra época la prueba procesal es sacrificada por la "información" y la presión social que suelen originarse, sobre todo, a través de los **medios de comunicación de masas**.

277. En la **dimensión sociológica** la prueba es de cierto modo un reparto **compenetrado** en el reparto final y se relaciona en particular con su forma y sus razones.

En el reparto específico de la prueba hay que distinguir quiénes prueban, ante quiénes

(108) Es posible v. por ej. CARNELUTTI, Francesco, "La prueba civil", trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., Arayu, 1955; DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Teoria General de la Prueba Judicial", 2a ed., Bs. As., Zavalia, 1972; MORELLO, Augusto M., "La prueba", La Plata - Bs. As., Platense - Abeledo-Perrot, 1991; DE SANTO, Víctor, "La prueba judicial", 2a. ed., Bs. As., Universidad, 1994; MACHADO SCHIAFFINO, Carlos A., "Pruebas periciales", Bs. As., La Rocca, 1989.

prueban, quiénes se benefician y perjudican con la prueba, que se prueba y con qué sentido, como se llega a resolver la prueba y cuáles son en general sus razones.

Hay que reconocer si se llega a la prueba de manera autoritaria o autónoma, planificada o ejemplar, pero en general la prueba incrementa la fuerza de quien dispone de ella. Se prueba para "penetrar" en los demás a través de lo probado, pero será la dikelogía la que en última instancia dirá si esa penetración es legítima o no.

La prueba aporta en principio un ingrediente de autonomía y de búsqueda de ejemplaridad, mas su disponibilidad significa autoridad y suele depender de la planificación y hacerla más posible.

La prueba puede reforzar el orden o también revolucionarlo. Los repartos de prueba pueden tropezar con límites necesarios muy significativos que sin embargo, como señalamos, en mucho van cediendo por el avance técnico.

En la **dimensión normológica** la prueba es un ingrediente de **vinculación** de las normatividades con la realidad social, que por ejemplo se manifiesta en el reconocimiento de la exactitud de las normatividades y en su aplicación.

En la **dimensión dikelógica** la prueba tiene un sentido **utilitario** como medio para lograr la **verdad** a fin de realizar la justicia. La verdad es una categoría pantónoma que sólo puede apreciarse mediante fraccionamientos. Por esto es que, como suele ocurrir en las categorías pantónomas, a menudo se confunde la dificultad en el conocimiento con la mera subjetividad. En definitiva por tratarse de un problema de "traslado cultural" de una situación, la prueba solo puede apreciarse en términos de **valores**. Un elemento está probado cuando se ha demostrado la existencia de todos los valores de lo que se quiere probar. Como la verdad es el conocimiento personalizante y en última instancia no es el valor supremo, la prueba puede ser ilegítima (109).

La prueba permite el desfraccionamiento de la justicia, sobre todo en el complejo real, pero fracciona las influencias del porvenir, brindando seguridad, y abre camino a las **valoraciones completas**.

La capacidad de probar es un título de aristocracia y en ésta se apoyan la jerarquía del **perito**, calificado por el acceso a la verdad, y parte de la jerarquía el **juez**, calificado por el acceso a la justicia. Todos los hombres tienen en principio derecho a producir y recibir prueba. La prueba puede aportar diversos objetos repartideros como la vida, la propiedad, la creación, etc., pero junto al derecho a probar existe el derecho a "contraprobar". En principio, la solución contra las desviaciones de la prueba no son el aislamiento del mundo, sino un mayor conocimiento mediante una prueba mayor.

Básicamente la prueba somete el mundo al hombre y por eso tiene un significado **humanista**, pero a veces se alza contra el individuo mediatizándolo y posee sentido totalitario. En principio la prueba es protectora del individuo necesitado de relación con lo probado, aunque puede ser también utilizada como instrumento de opresión. La prueba puede ser un medio de expansión del individuo, mas asimismo de sojuzgamiento. Hay que proteger al individuo **mediante** la prueba y **contra** la prueba. La verdad hace libre, pero el mero conocimiento a veces esclaviza.

(109) Es posible v. nuestro estudio "La justice et la vérité dans le monde juridique" (versión francesa en colaboración), en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", LXIX, fasc. 4, págs. 446 y ss.

278. Como ha dicho Chaïm Perelman "... les techniques de preuve varient non seulement selon les systèmes juridiques, mais même selon les finalités propres de chaque branche du droit: les moyens de preuve admis varient aussi dans le temps, selon la prééminence accordée à telle ou telle valeur" (110). También la **prueba jusprivatista internacional** tiene características propias.

Sea que se le aplique la lex causae o la lex fori, la prueba jusprivatista internacional agrega a las dificultades comunes de la intersituacionalidad, la interculturalidad y la intertemporalidad los obstáculos de la **interespacialidad**. La prueba internacional ha de salvar las dificultades de las diferencias situacionales, culturales y temporales en el espacio.

La prueba es mas especificamente internacional cuando el hecho o el Derecho que se prueban son extranjeros, pero también puede ser extranjero el medio que se utiliza. Aunque a menudo sólo se tiene en cuenta la prueba **documental**, en realidad vale considerar en su complejidad general y especificamente internacional a los **otros medios** de prueba, confesional, testimonial, pericial, de presunciones, de inspección judicial, informativa, etc.

¿Como apreciar una confesion, un testimonio, una pericia, etc. sin atender a las complejidades de la interculturalidad y la interespacialidad a las que acabamos de referirnos? ¿Como puede establecerse una presuncion, como es posible una profunda inspección judicial, como ha de brindarse y recibirse un informe, si no se tienen en consideración las complejidades de la interculturalidad en general y de la interespacialidad en particular?

Segun ya señalamos, la problemática jusprivatista internacional acerca de la prueba es mucho mas compleja que la mera referencia de las cuestiones materiales a la lex causae y las cuestiones formales a la lex fori. Basta tener presente, por ejemplo, que respecto del valor de una confesion, un testimonio, una pericia, etc. hay que considerar por lo menos la lex causae para decidir la admision y valorar la relación con lo que se prueba; la ley personal de quien confiesa, testimonia o produce el peritaje, para apreciar su vocación de verdad, idoneidad, etc.; la ley del lugar de los hechos de referencia para reconocer su verosimilitud, y la lex fori para tramitar su recepcion.

La posibilidad de la representación probatoria depende del marco en que se produce y la que se desarrolla en el ámbito internacional es diferente de la interna. No es la misma la sana critica que se ha de emplear para apreciar la prueba interna que la internacional, pues hay que adentrarse en realidades muy distintas.

279. En la **dimensión sociológica** la prueba internacional significa siempre cierta posibilidad de acentuar la **"conductibilidad"** repartidora sobre las influencias humanas difusas que puede producir el marco internacional. La consideración de la prueba internacional obliga a atender especialmente a los alcances de los repartos, que pueden **diversificarse** mucho respecto de los de la prueba interna en cuanto a quiénes prueban, quiénes se benefician y perjudican, qué se prueba y con qué resultado, cómo se resuelve la prueba y las razones respectivas. La posibilidad de la prueba aumenta siempre la fuerza de quien dispone de ella, pero en el marco internacional esa fuerza es por una parte mayor, porque a menudo no todos pueden alcanzar a producirla, y por otra parte menor, pues su consideración puede no ser igualmente amplia que en el marco interno. Los límites necesarios que puede encontrar la prueba internacional son particularmente significativos.

(110) PERELMAN, op. cit., pág. 706.

En la **dimensión normológica** la prueba internacional es especialmente significativa para evitar que las disposiciones del Derecho de fondo "floten" en el mundo de las abstracciones.

En la **dimensión dikelógica** el sentido utilitario de la prueba resulta relevante para lograr los medios para que se realice la justicia internacional. En el marco internacional los desfraccionamientos, los fraccionamientos y las valoraciones completas producidos o favorecidos por la prueba resultan particularmente relevantes. En un mundo inseguro la prueba brinda mayor seguridad.

En la internacionalidad las ventajas de la prueba al someter la realidad al conocimiento y a la voluntad del hombre, permitiéndole una mayor personalización, y los riesgos de que sea utilizada para mediatizar a los seres humanos, por ejemplo porque están imposibilitados de disponer de ella, resultan incrementados.

b') El cambio de estatutos

280. La variación del medio en que se produce y aprecia la prueba requiere en principio una solución **plural** de **conservación** e **innovación**, según los distintos ámbitos del desplazamiento.

c) La argumentación jusprivatista internacional

a') La argumentación jusprivatista internacional en el espacio

281. Otro de los temas altamente significativos de la forma en que se llega a las decisiones jurídicas y particularmente del proceso es la **argumentación** (111). Tratando de superar los límites de la sofística y el platonismo, que dudaban de la verdad o se aferraban a una verdad rígida, el empirista **Aristóteles** abrió el camino a la verosimilitud y con esto señaló el campo para la jerarquización de la argumentación. Decía el Estagirita que la retórica es "... la facultad de discernir en cada circunstancia lo admisiblemente creíble." (112). En la argumentación basta con la verosimilitud, aunque lo que se dice sólo sea un "bluff".

El mundo de la argumentación se desenvuelve en una relación con el mundo argumentado que pretende ser al propio tiempo de **correspondencia** y de **apartamiento**. Es en mucho un despliegue de la **apariencia**. Cada argumentador procura colocarse en la mejor **perspectiva** que pueda obtener para lograr sus objetivos en el **auditorio**.

"Convencer" es expresión relativamente afín a vencer y el convencimiento, que reduce al auditorio a reconocer lo que se argumenta, significa una penetración que busca caminos menos resistidos, de afinidad o por lo menos de indiferencia del auditorio, procurando cierto mimetismo con él. El amplio conocimiento de la **psicología** y la **teoría del lenguaje** brindan cada vez más apoyos científicos a la argumentación.

Entre las posiciones del argumentador y el auditorio se presentan relaciones que pueden

(111) V. por ej. PERELMAN, id., págs. 606 y ss.; "El razonamiento jurídico", trad. H. Petzold-Pernia, Maracaibo, Luz-Facultad de Derecho, 1973; también v. gr. HAARSCHER, Guy (rec.), "Chaïm Perelman et la pensée contemporaine", Bruselas, Bruylant, 1993, esp. págs. 265 y ss.; vale recordar los aportes de Aristóteles en los "Tópicos" y en la "Retórica" (ARISTOTELES, "Obras" (rec.), trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, esp. págs. 420 y ss. y 118 y ss.); asimismo pueden c. por ej. RECASENS SICHES, Luis, "Nueva filosofía de la interpretación del Derecho", México - Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 1956; FERRATER MORA, op. cit., t.I, 1994, págs. 218 y ss. ("argumento"); WIENER, Norbert, "Cibernética y sociedad", trad. José Novo Cerro, 2a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1969; STEWART, Daniel K., "Psicología de la comunicación", trad. Eduardo J. Prieto, Bs. As., Paidós, 1970.

(112) ARISTOTELES, "Retórica" cit., libro I, cap. 2, pág. 120.

esclarecerse a la luz de la teoría general de los **contactos** de respuestas jurídicas, resolviendo cuestiones de calificaciones, fraude, reenvío, etc. Para convencer suele resultar importante ganar la calificación, a menudo se recurre al fraude, se produce el reenvío, etc. En definitiva el argumentador pretende ejercer cierta dominación sobre el auditorio.

También resulta de algún modo esclarecedor tener en cuenta las afinidades de la palabra "argumentación" con "argucia" (sutileza, sofisma), "argudo" (astuto, ingenioso) y "argudarse" (anticiparse) (113).

Nuestro tiempo de la postmodernidad es particularmente propicio para el desarrollo de la argumentación, pero en concordancia con el predominio de ésta sobre la prueba es en especial propicio para los argumentos **ad hominem** (referidos a las opiniones mantenidas por los interlocutores), no para los argumentos **ad rem** (referidos al asunto mismo). En lo profundo el mundo de la argumentación guarda estrecha relación con la contractualista y empresarial época actual.

282. Los protagonistas del **mundo jurídico** se ven con gran frecuencia en la necesidad de argumentar para **promover** y **fundamentar** decisiones (114). La argumentación es tarea propia de las partes, los mediadores, los jueces, los árbitros, los legisladores, los integrantes de los poderes ejecutivos, etc. Uno de los integrantes calificados de la argumentación jurídica es el juez.

El realismo jurídico ha hecho aportes especialmente significativos acerca de cómo influir en las decisiones judiciales. Desde un campo ya ajeno al Derecho se ha llegado a decir con acierto que el sistema legal procesal es un "... juego en el que los litigantes intentan poner de su parte al juez y al jurado mediante métodos que están limitados por el código legal" (115) y que el abogado de la parte contraria, a diferencia de la naturaleza, puede y deliberadamente trata de introducir la confusión en los mensajes de sus opositores (116).

283. En la **dimensión sociológica** el hecho de argumentar es un **reparto** que integra la **forma** y las **razones** de otro reparto.

En el reparto específico de la argumentación hay que distinguir quiénes argumentan, ante quiénes argumentan, quiénes se benefician y perjudican con la argumentación, qué se argumenta y con qué sentido, como se llega a resolver la argumentación y cuáles son en general sus razones.

Hay que reconocer si se llega a la argumentación de manera autoritaria o autónoma, planificada o ejemplar, pero en general la argumentación incrementa la fuerza de quien la produce. Se argumenta para "penetrar" en los demás a través de lo argumentado, pero será la dikelogía la que en última instancia dirá si esa penetración es legítima o no. La argumentación significa aproximación a la autonomía y búsqueda de **ejemplaridad**. Argumentar es procurar razonabilidad y de cierto modo realizar **propaganda**.

La argumentación se desarrolla en un **orden argumentativo** que forma parte del orden

(113) COROMINAS, Joan, con la colaboración de PASCUAL, José A., "Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico", Madrid, Gredos, t. I, págs. 330/1.

(114) Pueden v. por ej. PERELMAN, Chaïm, "Logica giuridica nuova retorica", a cargo de Giuliano Crifò, Milán, Giuffrè, 1979; ALEXY, Robert, "Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification", trad. Ruth Adler y Neil MacCormick, Oxford, Clarendon, 1989; no obstante también cabe tener en cuenta v. gr., VERMAAK, Marius, "Is a theory of argumentation necessary, desirable, possible?", en "S. Afr. J. Philos. 1995", 14 (4), págs. 159 y ss.

(115) WIENER, op. cit., pág. 103.

(116) íd.

de repartos y distribuciones, aunque así como puede existir un desorden en los repartos y las distribuciones también puede haberlo en el mundo de la argumentación. Si en otras épocas la argumentación se apoyo mas en una **"paraargumentación"** del ejercicio de la violencia física, hoy se basa en gran medida en el avance de los medios de comunicación de masas y la sociedad de consumo, con su despliegue de las necesidades adecuadas. Más que con razones directas suele argumentarse con estímulos.

Como corresponde al estilo cultural de la postmodernidad, hay en la actualidad una profunda fractura entre los ordenes argumentativos parciales (por ejemplo, de "derecha" e "izquierda"), aunque en lo profundo existe **un solo discurso**, de carácter capitalista, y todo se negocia (117).

Los resultados de la argumentación pueden ser **exitosos**, con argumentos **"recibidos"**, y de **frustración** con argumentos **"rechazados"**. A veces los argumentos son **"desviados"** en un empleo de sentido distinto del pretendido, en otros casos los resultados son **"preterintencionales"** es decir, van mas allá de lo que se pretendio.

El reparto argumentativo puede tropezar con **límites** necesarios de caracter físico (falta de recepción material), psíquicos, sociopolíticos, socioeconomicos, etc. A su vez puede ser límite para otros repartos, incluso para que se alcance la verdad.

En la **dimensión normológica** la argumentación se manifiesta por ejemplo en **alegatos** y **considerandos**. Sin embargo, en un tiempo como el actual, de relativa decadencia de la ley, es mas afín que el "a-legato" sea simple vinculación o atadura, "ligadura", pero no referencia legal.

En sentidos más o menos negativos la argumentación se vincula de manera especial con las fuentes espectáculo y de propaganda y con su alcance muestra a menudo la crisis de la compartimentalizacion de las tareas del funcionamiento de las normas como etapas recortadas y sucesivas.

La argumentación incrementa los sentidos de negocialidad y con frecuencia jerarquiza especialmente la tarea de los jueces, los árbitros y los legisladores, donde la argumentación suele ser más amplia, en relativo detrimento de los puros administradores.

En la **dimensión dikelógica** la argumentación corresponde a cierta integración entre justicia, verdad y utilidad. Se argumenta sobre una verdad útil.

La argumentación se vincula de manera particular con la justicia consensual y dialogal, con el desfraccionamiento y el fraccionamiento de las influencias de justicia pretendidos por los argumentadores, con las posibles valoraciones completas que superan a los criterios generales orientadores y -pese a que la cuestión es discutida- con la equidad. Aunque quizás la justicia general sea más fácil para el despliegue de la argumentación, es en el reinado de la justicia particular cuando ella adquiere más desarrollo.

Todos los hombres tenemos derecho a argumentar y a recibir argumentación y hay derecho a argumentar sobre todos los objetos. La argumentación abre camino a la legitimación autónoma de los repartidores (118) y se relaciona con la justicia del proceso y la negociación y con la justicia de la **fundamentación**.

La argumentación suele ser despliegue del humanismo, en especial de su vertiente

(117) Por lo menos según puede observarse en medios como el nuestro, debajo de los discursos a menudo revolucionarios de la izquierda, se desarrollan con frecuencia las argumentaciones básicas comunes y los pactos en que esta se vende a las prebendas de la derecha.

(118) En cuanto a la oposición que en principio existe entre argumentación y violencia puede v. por ej. PERELMAN, Ch. -

abstencionista, de la democracia, de la república y de la **tolerancia**. Sin embargo, a veces el abstencionismo del régimen que permite la argumentación es desviado, permitiendo que los individuos argumentadores mediaticen a los demás y el clima de tolerancia se convierte en indiferencia. La argumentación protege y además amenaza a los individuos en sus vinculaciones con los demás como individuos y como régimen, consigo mismos y respecto de lo demás.

El **derecho al discurso** y la **ética de la comunicación** figuran entre los temas más considerados en nuestro tiempo (119).

284. En la riqueza de perspectivas del Derecho evidenciada por la teoría trialista se advierte mejor la enorme amplitud de **puntos de vista**, sociológicos, normológicos y dikelógicos, que pueden invocarse en la **argumentación jurídica**.

Aunque la teoría lógica de la argumentación ha hecho avances muy significativos, expuestos de modo destacado en el célebre "Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique" de Perelman y Olbrechts-Tyteca, a la luz de la teoría trialista se advierten perspectivas especiales de las argumentaciones jurídicas.

Se comprende así, por ejemplo, que las argumentaciones del Derecho se basan en la **pantonomía** de categorías básicas como la finalidad objetiva de los acontecimientos, la posibilidad, la verdad y la justicia. Con miras a la pantonomía suelen ser posibles argumentos de pasado, de presente y de porvenir, de la relación con otros casos, del complejo personal, temporal y real, de las consecuencias, etc.

A menudo las argumentaciones se ubican en los marcos que quedan entre la **interpretación literal** y la **interpretación histórica**, aprovechan la frecuente **indeterminación normativa**, se remiten a las dificultades de la **conjetura** y se sitúan en la distancia entre los **hechos** y las **normas** que ha de salvarse en la aplicación. Con frecuencia las argumentaciones se valen de las distintas **clases de justicia**, anidan en los despliegues del **sentimiento racional** con que se logran las valoraciones de justicia y se nutren en las tensiones entre **aristocracia** y **autonomía**, entre **unicidad**, **igualdad** y **comunidad** y entre los diversos frentes para la **protección** del individuo.

Cada argumentación tiende a invocar las múltiples perspectivas jurídicas, con mayor o menor conciencia, según convenga a los intereses que defiende.

285. En la argumentación **jusprivatista internacional** los argumentadores, lo argumentado y el auditorio están afectados por la internacionalidad. El espacio entre el argumentador y el auditorio suele ser mayor que en la argumentación jurídica interna y al propio tiempo las posibilidades de ser escuchado y de que los receptores controlen lo argumentado son con frecuencia menores. La distancia entre las culturas que existe en el ámbito jusprivatista internacional produce matices propios para el planteo y los resultados de la argumentación.

286. En la **dimensión sociológica** promover y fundamentar un reparto son tareas diversas en lo interno y en lo internacional. Sobre todo la **forma** y las **razones** con las que se vincula la argumentación son distintas. Las posibilidades de argumentaciones frustradas y desviadas son

OLBRECHTS-TYTECA, L., "La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation", Paris, Presses Universitaires de France, t. I, 1958, págs. 72 y ss.

(119) Acerca del tema pude v. nuestro estudio "Panorama trialista de la Filosofía ..." cit.

mayores.

En la **dimensión normológica** los alegatos y los considerandos de la internacionalidad son diferentes que en lo interno. Lograr el convencimiento del auditorio posee en los dos marcos rasgos distintos.

Dado el papel especialmente significativo que en lo internacional tiene la intervención judicial y arbitral la argumentación, que en ella posee particulares despliegues, adquiere mayor relieve. Aunque la audiencia internacional no es fácil, de cierto modo la obtención de la justicia depende más de la argumentación en lo internacional que en lo interno. Un problema particularmente relevante en la argumentación internacional es el del **idioma** en que se ha de argumentar y es notorio que un idioma es reflejo de toda una cultura.

En la **dimensión dikelógica** la diversificación de la verdad, la utilidad y la justicia en lo internacional otorga características propias a la argumentación.

El desfraccionamiento y el fraccionamiento que pretende la argumentación jurídica tiene particulares rasgos cuando se trata de un marco internacional. La argumentación jusprivatista internacional posee, como sentidos específicos, el favor o la oposición al **respeto** a los elementos extranjeros.

Todos los problemas generales del Derecho Internacional Privado pueden resultar propicios para el juego de la argumentación.

287. En la problemática jusprivatista internacional de la argumentación hay que decidir no sólo qué ley se aplica al **derecho a argumentar** sino sobre qué **referencias culturales** ha de producirse la argumentación.

La pantonomía de varias categorías básicas, el espacio entre la interpretación literal y la histórica, la indeterminación de las normas, las dificultades de la conjetura y la distancia entre hechos y normas que ha de salvarse en la aplicación; las tensiones entre las clases de justicia, en el sentimiento racional y en las relaciones entre aristocracia y autonomía, unicidad, igualdad y comunidad y los conflictos entre los medios para la protección del individuo dan a la argumentación internacional **posibilidades específicas**.

Las particularidades de la argumentación jusprivatista internacional suelen contribuir a la exigencia no sólo de consultar a **abogados** de los países cuyos Derechos se aplican, sino a abogados especializados en el proceso internacional.

Los argumentos jusprivatistas internacionales, vinculados al respeto al elemento extranjero, tienden con frecuencia a ser más **ad hominem**, procurando que el auditorio se coloque en la opinión que tendría en el lugar de ese elemento. Sin embargo, por su relación con el respeto al elemento extranjero su desarrollo ad rem invoca o niega los contactos extranjeros o su relevancia e invocando o negando el Derecho extranjero que debe aplicarse

b') El cambio de estatutos

288. Es significativo saber, por ejemplo, si una argumentación formulada en un ámbito espacial debe conservar su significado cuando se lo emplea en otro diferente. Entendemos que la respuesta ha de ser **plural** y **conservadora** o **innovadora** según los distintos marcos en que

el argumento se vaya desplazando.

d) Los aspectos procesales de la decisión jusprivatista internacional

a') Los aspectos procesales de la decisión jusprivatista internacional en el espacio

289. Como lo indica la etimología de la palabra "decisión" con ella se "corta", se "resuelve" una situación que permanecía abierta (120). La decisión en el proceso es el punto último de integración del **Derecho de fondo** y el **Derecho Procesal**, previo a su confluencia en la efectividad.

290. En la **dimensión sociológica** la decisión resuelve un **reparto** que debe ser reconocido en sus elementos, su clase y su vinculación con el régimen.

La decisión elige entre las diversas **posibilidades** para producir una nueva **realidad**. Fija, así, una **finalidad subjetiva** que podrá alcanzar éxito o fracasar en la **finalidad objetiva** de los acontecimientos. La adopción de la decisión fracciona el conocimiento de la realidad y su finalidad objetiva, generando certeza. De la destreza en producir ese fraccionamiento depende el acierto de lo decidido, que pretende ser el máximo aprovechamiento de las **oportunidades**. Para saber si tal aprovechamiento se ha producido hay que confrontar lo logrado con el resto de las posibilidades disponibles. La decisión se produce en relación con los límites necesarios del reparto y le establece límites voluntarios.

Para comprender la decisión jurídica vale también tener en cuenta el tridimensionalismo de Miguel Reale, quien dice, por ejemplo: "Podemos comparar, para facilidade de compreensao, o "campus" nomogenético à imagem ... de um raio luminoso (impulsos o exigências axiológicas) que, incidindo sôbre um prisma (o multifacetado domínio dos fatos sociais, econômicos, técnicos, etc.), se refracta em um leque de "normas possíveis", uma das quais apenas se converterá em "norma jurídica", dada a interferência do Poder" (121). Desde nuestro punto de vista basta con ampliar la referencia al Poder con la referencia a la decisión del uso de la fuerza para encontrar allí una muy significativa comprensión del ámbito de la decisión.

En la **dimensión normológica** la decisión procesal se formaliza principalmente en **sentencias** y **laudos**. La decisión se produce sobre todo en el marco de la tarea de **aplicación**, aunque se apoya en todo el **funcionamiento** de las normas.

La decisión procesal pretende ser una **síntesis** de la jurisdicción, la prueba, la argumentación y el Derecho de fondo que suele quedar expresada cuando luego de los "vistos" y "considerandos" se dice, por ejemplo, "por tanto" fallo.

En la decisión culmina una etapa de la integración normativa que puede ser de relativa

(120) V. COROMINAS, op. cit., t. II, 1980, pág. 431. En relación con la decisión pueden v. por ej. WHITE, D., J., "Teoría de la decisión", trad. José Luis García Molina, Madrid, Alianza, 1972; MORRIS, William T., "Sistemas de decisión financiera", trad. Juan Jorge Thomas, 2a. ed., Bs. As., El Ateneo, 1975; BYRNES, W. G. - CHESTERTON, B. K., "Decisiones y estrategia", trad. José Clementi, Bs. As., El Ateneo, 1978; LEVY, Alberto, "La rutina y la ruptura. Decisiones empresarias cruciales para la nueva economía mundial unificada", Bs. As., Tesis, 1990; KAUFMANN, Arnold, "La ciencia y el hombre de acción. Introducción a la praxeología", trad. Bartolomé Coll, Nueva York, Londres, etc., McGraw-Hill, 1967; SHACKLE, George L. S., "Decisión, orden y tiempo", trad. Vicente Cervera, Madrid, Tecnos, 1966; RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10a. ed., Cambridge, Belknap, 1980; NINO, Carlos S., "Introducción a la Filosofía de la acción humana", Bs. As., Eudeba, 1987; MISES, Ludwig von, "La acción humana", trad. Joaquín Reig Albiol, Madrid, Sopec, 1968; TIMMS, Howard L., "Sistemas de decisión gerencial", trad. Juan J. Thomas, México - Bs. As., Centro Regional de Ayuda Técnica, 1970.

(121) REALE, Miguel, "Filosofia do Direito", 5a. ed., San Pablo, Saraiva, t. II, 1969, págs. 485/6; también v. por ej. "O Direito como experiência", San Pablo, Saraiva, 1968, págs. 192 y ss.

negocialidad, produciéndose cierta **institucionalidad**. La decisión se convierte de algún modo en una institución, en una idea que procura realizarse y durar en el tiempo.

En la **dimensión dikelógica** la decisión surge, según ya señalamos, de una **elección** entre distintos **requerimientos axiológicos**, aunque en definitiva ha de ser eslabón de una cadena utilitaria de medios y fines para la realización de la justicia y ha de servir en última instancia al valor humanidad.

En cuanto al despliegue de la pantonomía de la justicia, la decisión es la elección de un determinado juego del desfraccionamiento y el fraccionamiento y específicamente en el sentido temporal un punto de referencia que, como presente, recibe el pasado y condiciona el porvenir. Al fraccionar requerimientos de la justicia produce seguridad.

La decisión surge de la **ponderación** de las distintas vertientes de legitimidad en cuanto al reparto a producir, atendiendo a los repartidores, los recipiendarios, los objetos, la forma, la fundamentación y la ordenación.

La decisión es en sí misma un acto **humanista**. Decidir es humanizar y amparar sobre todo contra lo demás como estar a merced de los acontecimientos.

291. La jurisdicción, la prueba, la argumentación y el Derecho de fondo pueden ser más o menos **congruentes** entre sí y con la decisión. La apreciación de tal congruencia sólo puede hacerse de manera cabal a la luz de las perspectivas **sociológicas**, **normológicas** y **dikelógicas** señaladas por la teoría trialista. Hay que reconocer con amplitud si los contenidos de la jurisdicción, la prueba, la argumentación, el Derecho de fondo y la decisión, en cuanto a las adjudicaciones y su orden, las normas y su ordenamiento y los valores y su complejo, guardan o no congruencia entre sí.

El criterio último de apreciación de la congruencia han de ser los valores jurídicos y sobre todo la **justicia**. En nuestro caso se ha de saber si lo que se decide guarda congruencia en justicia con la jurisdicción, la prueba, la argumentación y el Derecho de fondo.

292. En la **dimensión sociológica** la congruencia incorpora ingredientes de autonomía, ejemplaridad y orden. En la **dimensión normológica** se relaciona de manera particular con el logro de la fidelidad, la exactitud y la adecuación de las captaciones normativas y con la coherencia. En la **dimensión dikelógica** la congruencia no asegura la justicia, pero significa posibilidades de relación utilitaria, de justicia consensual y dialogal y de desfraccionamiento del complejo real. Asimismo conduce a posibilidades de legitimación por lo menos relativamente autónoma y aristocrática, de **debido proceso** y de **fundamentación**. La congruencia puede y debe abrir camino al humanismo, aunque también existe el riesgo de que lleve a un cerramiento totalitario. Al limitar el poder protege al individuo contra el régimen.

293. Entre la jurisdicción, la prueba, la argumentación, el Derecho de fondo y las decisiones se deben producir vinculaciones de **integración**, pero a veces hay casos de dominación, desintegración, etc. Como en todos los casos de **contactos** de respuestas jurídicas, entre los contenidos de esos distintos elementos de la textura procesal y del fondo se plantean problemas

de calificaciones, fraude, reenvio, rechazo, etc.

Es frecuente, por ejemplo, que haya dominación de la prueba, la argumentación, el Derecho de fondo y la decisión sobre la jurisdicción, de modo que, v. gr., se busca una jurisdicción con miras a la prueba, la argumentación, el Derecho de fondo y la decisión que sean más convenientes, a veces forzando los hechos en fraude a la ley.

294. La decisión producida en el marco **internacional** posee importantes rasgos específicos de mayor **tensión** en las diversas perspectivas que acabamos de señalar.

Entre las principales características particulares, cabe indicar que en la **dimensión sociológica** la decisión internacional plantea una mayor posibilidad de oposición entre la voluntad repartidora y las distribuciones. Los sentidos de la finalidad subjetiva y la finalidad objetiva son diversos y a menudo más conflictivos que en el marco interno. En la internacionalidad es más difícil hacer coincidir querer con poder.

En la **dimensión normológica** las decisiones internacionales producen normas con más dificultades de fidelidad, exactitud y adecuación, con más obstáculos de funcionamiento y con menos posibilidades de coherencia.

En el proceso internacional la decisión debe sintetizar elementos jurisdiccionales, de prueba, de argumentación y de Derecho de fondo diversos que los de las decisiones internas por estar en gran medida signados por la distancia intercultural en el espacio. La síntesis ha de responder siempre al espíritu del Derecho de fondo y en este caso ese Derecho se individualiza por la exigencia específica de respeto al elemento extranjero.

En la **dimensión dikelógica** la decisión internacional enfrenta más dificultades para ser útil a la justicia y no es sólo un eslabón entre los momentos en el tiempo, sino entre los despliegues del espacio. La realidad respecto de la cual protege la decisión internacional es muy diversa de la interna.

295. Dadas las características especiales de la internacionalidad, también la **congruencia** en este marco posee particularidades significativas en sus diversos enfoques. Entre la jurisdicción, la prueba, la argumentación y el Derecho de fondo jusprivatistas internacionales existen inevitablemente "espacios" propios que diversifican el logro y el significado de la congruencia.

La autonomía, la fidelidad, la exactitud, la adecuación y la coherencia, las posibilidades de utilidad para la justicia, de justicia consensual y dialogal, de desfraccionamiento del complejo real, de debido proceso y de fundamentación y el humanismo relacionados con la congruencia se diferencian por los rasgos específicos de la internacionalidad.

Las particularidades procesales de la decisión jusprivatista internacional contribuyen fuertemente a la exigencia de **tribunales especializados** para los casos de esta materia.

b') El cambio de estatutos

296. Al pasar a los distintos países las decisiones plantean problemas de reconocimiento y ejecución, pero también de posibilidades de la **propia modificación**. El cambio de estatutos

de las decisiones jusprivatistas internacionales en cuanto al reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros será tratado en el nivel del Derecho Procesal Internacional Privado. Aquí corresponde abordar el problema relativamente afín de la actitud de los propios países productores de las decisiones cuando éstas pasan a otros medios que cambian su significación.

En este caso no se trata, como en el cambio de estatutos en sentido estricto, del caso que deambula de país a país sin que se modifique el Derecho, sino de la posibilidad de cambiar el Derecho por el cambio de la ubicación del caso. Es posible que sea necesaria una interpretación que, trascendiendo las intenciones, se proyecte ampliamente a los fines de los autores e incluso que deba reconocerse una carencia histórica por surgimiento de cuestiones no contempladas o una carencia dikelógica por evidenciarse injusticias en la nueva situación.

Los fraccionamientos del complejo real e incluso del porvenir que surgen del mantenimiento de los contenidos formales de las decisiones produciendo seguridad a los interesados en ese mantenimiento pueden resultar fáctica y dikelógicamente insostenibles.

A nuestro parecer, en principio la solución justa es cierto **pluralismo** combinado con el equilibrio entre la **conservación** y la **innovación** de las soluciones según los diferentes lugares. A menudo esto se evidencia en la crisis de los **tipos legales** y en la introducción de otros diferentes, por ejemplo, cuando la decisión del pago de una deuda en moneda extranjera pasa de un país sin inflación a otro con inflación la solución al problema del cambio de estatutos suele encontrarse con un nuevo tipo legal, referido específicamente a la indexación y sometido al Derecho del país de emisión de la moneda.

2) Los niveles del Derecho Internacional Privado Procesal

a) El Derecho Internacional Privado Procesal en sentido estricto

a') El Derecho Internacional Privado Procesal en sentido estricto en el espacio

297. El Derecho Internacional Privado Procesal en sentido estricto comprende, como hemos señalado, las soluciones **indirectas** que deciden acerca del Derecho aplicable al proceso. Consta de muy pocas normas, en general inspiradas en el reconocimiento de cuestiones procesales **materiales**, que influyen en la decisión de los casos ("decisoria litis") y cuestiones procesales **formales**, que no influyen o tal vez no influyen tanto en dicha decisión (cuestiones meramente procedimentales, "ordenatoria litis"). La diferenciación tiene raíz medieval y ha sido promovida por esfuerzos de nuestro tiempo como el de James Goldschmidt. En el primer grupo está, por ejemplo, la admisibilidad de un medio de prueba, en el segundo grupo se halla, v. gr., el trámite de producción de la misma.

298. En la **dimensión sociológica** el reconocimiento de la existencia de cuestiones procesales materiales que se vinculan con el fondo, superando la distinción entre fondo y proceso, evidencia la interrelación entre las formas de los repartos y los repartidores, los recipiendarios, los objetos y la fundamentación. La forma es uno de los caracteres especiales de los repartos, diferenciada pero vinculada con los otros caracteres.

El reconocimiento de la existencia de cuestiones procesales materiales significa una

apertura a la relación entre las posibilidades y la realidad y a la finalidad de los acontecimientos, que son categorías "pantónomas", no limitadas en los compartimientos estancos con que suele pensarse la distinción superada.

En la **dimensión normológica** el reconocimiento de las cuestiones procesales materiales pone más en evidencia que las normas deben cumplirse acabadamente en la realidad, es decir, han de ser exactas, superando los límites de los conceptos.

En la **dimensión dikelógica** las cuestiones procesales materiales evidencian la necesidad de ajustar los medios a los fines, lo que significa una integración de la justicia con la utilidad. El reconocimiento del área procesal material es una manera de lograr más justicia y más eficiencia.

La consideración de las cuestiones materiales produce un desfraccionamiento del complejo real que puede disminuir las posibilidades de seguridad del rigor procesalista pero brinda más despliegue a la justicia. Con el reconocimiento de la particularidad de las cuestiones materiales las soluciones escindidas entre el fondo y el proceso, expresadas en criterios generales orientadores, pueden lograr más plenamente las valoraciones. El proceso puede obtener así más "audiencia" real de los interesados y en general la legitimidad de los repartos en sus diversos caracteres puede ser apreciada con más amplitud.

299. En el marco jusprivatista internacional, a las cuestiones materiales se les aplica legítimamente la **lex causae**, para que el proceso no frustre al Derecho Internacional Privado de fondo ni al Derecho declarado aplicable por éste; para las cuestiones formales se recurre con justicia a la **lex fori** porque es la que el juez mejor conoce y la que en principio se ajusta más a la organización de sus tribunales.

Durante mucho tiempo se ha afirmado que las cuestiones procesales en general deben regirse por la lex fori por razones de soberanía, pero es difícil sostener que sea asunto de soberanía una regla procesal cuando no lo es la aplicación del Derecho de fondo propio.

b') El cambio de estatutos

300. El cambio de estatutos en cuanto a la lex causae se resolverá según las reglas aplicables al punto de conexión con el que se elige ese Derecho causae. En cuanto al cambio de estatutos respecto de la lex fori es difícil de imaginar, porque supone la transferencia del proceso, pero en caso que los avances en la colaboración procesal la hagan viable es posible que sea legítima una respuesta **plural** y que además de la **conservación** y la **innovación** según los distintos momentos haya que adoptar un moderado criterio selectivo a favor de la validez de los actos procesales.

b) El Derecho Procesal Internacional Privado

a') Las reglas especiales de jurisdicción jusprivatista internacional

a'') Las reglas especiales de jurisdicción jusprivatista internacional en el espacio

301. En este caso corresponde hacer referencia a las **reglas especiales** de jurisdicción

jusprivatista internacional, ya que el planteo general se efectuó al hacer referencia a las cuestiones básicas del Derecho Internacional Privado Procesal.

En general los puntos de conexión jurisdiccionales han de respetar, con sentidos jurisdiccionales, los caracteres de las causa de que se trate, sea en relaciones de correspondencia por afinidad o por atracción.

Si se trata de **acciones personales**, parece fundado optar principalmente por el punto de conexión personal domiciliario, básicamente del domicilio del demandado. Las cuestiones personales urgentes han de someterse a los tribunales de la residencia. Los juicios entre socios deben ventilarse en la sede de la sociedad.

En correspondencia por afinidad con el carácter de las **acciones reales**, la jurisdicción ha de decidirse por puntos de conexión también reales, como los de situación o registración de las cosas. Sin embargo, en materia de derechos reales sobre muebles admitimos la competencia de los tribunales del domicilio del dueño y puede sostenerse también este contacto jurisdiccional para casos de derechos reales sobre inmuebles. Para la **propiedad inmaterial** las cuestiones vinculadas a la registración deben ventilarse en el lugar del registro, las otras en el domicilio del demandado o en el lugar donde se invoca la protección.

A nuestro parecer, atenta la condición personal común profunda del **matrimonio**, la jurisdicción al respecto debe ser determinada en general por un punto de conexión análogo, que entendemos debe ser el del domicilio conyugal. Otros pareceres atienden más a las individualidades de los esposos, sobre todo cuando se trata de separación o disolución. Para la **filiación** y la **patria potestad** la regla general puede ser la jurisdicción del domicilio o subsidiariamente de la residencia habitual del hijo, pero el favor a la filiación puede traer aparejadas otras conexiones.

En razón del carácter personal profundo que tiene la **sucesión** respecto del causante, corresponde por afinidad que la jurisdicción sea asignada a los tribunales de un país vinculado profundamente con su persona, entendemos que ha de ser el del último domicilio. Para reconocer los alcances de esta jurisdicción vale tener en cuenta que la sucesión obra como fuero de atracción, de modo que, por ejemplo, es ante los tribunales del último domicilio del causante que han de dirimirse las cuestiones relativas a la disolución de los efectos del matrimonio relativos a bienes por causa de la muerte. Creemos poco sostenible utilizar para la sucesión el llamado fuero del patrimonio, aunque se trate de bienes inmuebles.

Dado el carácter conductista que suelen tener las **obligaciones**, para las acciones personales patrimoniales pueden admitirse contactos jurisdiccionales conductistas como el lugar de cumplimiento, el lugar donde ocurrió el hecho de que proceden o el lugar elegido por las partes. Sin embargo, el resguardo de ciertos contratantes, como los consumidores, y el favor que merecen algunas obligaciones, como las alimentarias, llevan a alternativizar distintos títulos jurisdiccionales.

b'') El cambio de estatutos

302. En general el cambio de estatutos en los puntos de conexión jurisdiccionales debe resolverse en términos **unitarios innovadores**, pero cuando se trata de una jurisdicción ya ejercida parece que ha de imperar un criterio **conservador**. Si lo que se cuestiona es la jurisdicción en

acciones reales, razones básicas de estabilidad de la materia pueden inclinar a la conservación general de la jurisdicción.

Lo expuesto ha de entenderse sin perjuicio de que especiales requerimientos de justicia respecto de los casos lleguen a requerir con carácter excepcional soluciones selectivas distintas, por ejemplo, que puedan demandarse alimentos en un domicilio anterior, o que por haberse pactado válidamente una nueva jurisdicción o por haber quedado el demandado, que ha debido mudar su domicilio, en condiciones de indefensión se cambie la jurisdicción de la instancia ya abierta.

b') El documento extranjero

a'') El documento extranjero en el espacio

303. Especial atención ha recibido la prueba **documental**. La expresión **"documento"** significa originariamente instruir, enseñar, mostrar. El documento se hace para mostrar un sector de la realidad respecto de las mismas partes y de terceros e incluso para instruir acerca de lo que se ha de hacer. Puede ser privado, suscripto sólo por las partes, o público, en el que interviene un oficial depositario de la fe pública.

304. Según ya señalamos al referirnos a la forma, en la **dimensión sociológica** el documento surge de un **"reparto documentalizador"** relativamente diferenciable del núcleo del reparto. Este reparto documentalizador tiene siempre cierto sentido de autoridad para el porvenir, que se incrementa cuando se trata de un documento público. El poder ejercido en el acto documentalizador, en especial fedatario, es muy grande. A través del despliegue del reparto documentalizador se evidencian más claramente los terceros como recipiendarios del reparto documentalizado. Sobre todo el documento público resulta inscripto en una planificación gubernamental. El documento público es uno de los apoyos más importantes del régimen (122).

En la **dimensión normológica** el documento es una **fuente formal** que autobiografía el reparto, pudiendo conducir como toda fuente formal a normas más fieles o infieles, exactas o inexactas, adecuadas o inadecuadas. En el caso del documento público la "autobiografía" se complementa con un despliegue de "heterobiografía", con los riesgos que esto significa para la fidelidad y con las posibilidades de adecuación que surjan de la idoneidad técnica del oficial. El documento agrega cierto despliegue **institucionalizador** y posee fuerza **materializadora** que de algún modo cambia la realidad, todo lo cual es particularmente intenso cuando tiene carácter público. De alguna manera el mundo deja de ser como es para ser como aparenta según el instrumento, en especial como surge del documento público. Al respecto vale tener presente la afinidad de la palabra "instrumento" (de modo especial volcada al sentido de prueba) y consecuentemente de la voz "documento", con las expresiones "instruir" y "construir" (123).

En la **dimensión dikelógica** el documento significa un despliegue de utilidad. Particularmente si es público, corresponde a avances en la justicia extraconsensual y general. Siempre, pero sobre todo cuando es público, el documento produce un **fraccionamiento** en la realidad generador de seguridad.

(122) Es posible v. nuestro artículo "Valores de la actividad notarial" en "Gaceta del Notariado", Nº 79, págs. 11 y ss.; también por ej. "Día del Notariado Latino", en "Gaceta ..." cit., Nº 80, págs. 11 y ss.

(123) V. COROMINAS, op. cit., t. III, 1980, pág. 458 y t. II, 1980, pag. 179.

La autoridad del documento público tiende a legitimarse especialmente de manera **aristocrática** por la superioridad moral e incluso científica del oficial que lo redacta. El documento tiene un sentido específico de "propiedad", pero puede ser una cristalización generadora de rutina. Muy importante es la justicia de la forma en que se decide la documentalización.

La autoridad del documento tiende a permitir un mayor humanismo intervencionista, con riesgo de desviaciones en que el hombre sea mediatizado en aras del régimen o de otros individuos. El documento ampara al individuo contra otros individuos como tales e incluso como régimen y frente a sí mismo; cuando se trata de documento público lo hace a través del régimen.

305. En el marco **internacional** el **documento privado** tiene en principio valor análogo aunque sea nacional o extranjero, según las reglas de Derecho Internacional Privado respectivas.

En el ámbito internacional suele emplearse la expresión **"documento público"** en sentido amplio, comprendiendo los documentos judiciales, administrativos, notariales y las certificaciones oficiales en documentos firmados por personas privadas. En este marco el documento público plantea una situación crítica porque el oficial corresponde a un determinado régimen y es necesario resolver qué valor tendrá esa fe pública cuando el documento traspase las fronteras del mismo.

"Trasponer" los significados señalados de autoridad, institucionalidad, fraccionamiento, aristocracia, etc. del documento público en la esfera internacional genera problemas que deben encararse, como los dos pilares de un puente, desde el país de origen y el país receptor.

En el mundo de la internacionalidad esta problemática se solucionó con requerimientos que a veces son denominados genéricamente de **"legalización"** y en otros casos con las expresiones diferenciadas "legalización" y "autenticación". A nuestro parecer debe decirse que mediante su legalización las autoridades del país de origen certifican que el documento es acorde con las propias leyes; las del país receptor, mediante la autenticación, que principalmente hacen sus autoridades diplomáticas y consulares, indican que proviene de las autoridades de aquél. En caso de ser necesario un "puente idiomático", se efectúa la **traducción** por un traductor público matriculado.

El procedimiento así señalado es demasiado complejo para el proceso de universalización del tiempo de la postmodernidad y de las empresas. Por eso mediante diversos recursos, frecuentemente convencionales, se trata de simplificarlo, principalmente con la supresión de la "legalización" por los funcionarios diplomáticos o consulares del país receptor (124).

b'') El cambio de estatutos

306. Los cambios de estatutos en materia probatoria y particularmente documental no son muy frecuentes. Un problema relevante es el del cambio que puede tener el significado de una prueba internacional que pasa de un país a otro. De acuerdo con lo ya señalado, en principio la solución ha de ser **plural**, con equilibrio de **conservación** e **innovación** según los distintos Derechos que van resultando conectados.

Muchas de las normas documentales se valen del método directo y en general se entiende

(124) Se ha hecho célebre así la "apostilla" de la Convención que suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros y anexo, adoptada en La Haya el 5/X/1961.

que cada país legaliza según la lex fori. Sin embargo, es concebible que el cambio se plantee cuando un documento ha sido recibido o sería recibido en un país según sus propias leyes y es considerado en otro país. En caso que los requerimientos sean diversos, más generosos por esta vía que por las relaciones directas entre país de origen y último receptor ¿puede el documento beneficiarse por la vía indirecta? Aunque la cuestión es discutible, entendemos que de no mediar razones específicas bilaterales corresponde una solución conservadora o innovadora **selectiva** a favor de la admisión en sentido amplio. A nuestro parecer hay que optar por la vía más favorable a la aceptación del documento, y en caso necesario el último país recibe la fe del intermediario.

c') El auxilio judicial internacional

a'') El auxilio judicial internacional en el espacio

307. La jurisdicción requiere múltiples expresiones del conocer, no sólo documental, y del hacer que exceden los marcos del propio espacio. De aquí que se necesite el **auxilio judicial**. A menudo las notificaciones, la obtención de prueba, etc. se valen del auxilio judicial.

Cuando quien requiere el auxilio tiene poder para hacerlo **oficia**, si no, **exhorta**, ya que "oficiar" se emparienta con la expresión "hacer", en tanto "exhortar" con la voz "estimular" (125).

Cuando se trata de un exhorto hay que encontrar un **"título"** que cubra el espacio entre exhortante y exhortado y tradicionalmente es el ruego bajo ofrecimiento de reciprocidad para casos análogos. El diligenciamiento de exhortos no sólo obedece a razones generosas, sino a la necesidad de contar con el apoyo que puede requerir la propia jurisdicción.

Cuando el sentido de apoyo o cooperación se incrementa, se pasa con proyección de universalidad a la **superación** del "emplazamiento" espacial jurisdiccional, incluyendo el **desplazamiento** de los jueces para actuar de cierto modo más allá del espacio de su propia jurisdicción.

308. En el marco **internacional**, de jurisdicciones delimitadas, el auxilio judicial se abrió camino a través del libramiento y el diligenciamiento de **exhortos**. Paralela a la comunidad jurídica internacional respecto del Derecho aplicable se fue formando también la **comunidad jurisdiccional internacional**, con una de sus expresiones más elementales en el auxilio judicial.

309. En la **dimensión sociológica** el auxilio obtenido a través de exhorto significa la cooperación y el despliegue de la ejemplaridad para consolidar otra autoridad y otra planificación. De cierto modo plantea una compenetración entre repartos que genera riesgos de producir influencias humanas difusas, pero procura la constitución de un **orden** de adjudicaciones mayor. El auxilio supone un orden de adjudicaciones en el que de alguna manera se incorporan el orden auxiliado y el auxiliar. Se procura obtener auxilio que permita superar los límites del propio reparto.

En la **dimensión normológica** el auxilio por exhorto significa una negocialidad que pretende salvar los límites de la institucionalidad y generar nuevos alcances institucionales. Los

(125) V. COROMINAS, op. cit., t. IV, 1a. reimp., 1985, pág. 266 y t. III, págs. 297 y ss.; t. II, pág. 823.

problemas del funcionamiento de las normas pueden estar presentes en la interpretación, la determinación, la elaboración, la aplicación, la conjetura y la síntesis entre las normas del tribunal solicitante y el auxiliar. El **ordenamiento** normativo crece en relaciones horizontales de producción y de contenido.

En la **dimensión dikelógica** el auxilio agrega ingredientes de **utilidad** al servicio de la justicia. Incorpora despliegues de justicia relativa, ya que lo que haga un juez será justo en vinculación con lo que haga el otro. El auxilio por exhorto corresponde a cierta justicia particular y de Derecho Privado, pudiendo éstos entrar en conflicto con la justicia general y el Derecho Público del país requerido. Con el auxilio se produce un desfraccionamiento del complejo real, aunque sea a costa de fraccionar las posibilidades de otros repartos, produciendo con este corte seguridad jurídica.

El auxilio por exhorto significa que sobre base de legitimación autónoma avanza la legitimidad que posea el tribunal exhortante. Se trata de un caso de legitimación "vicaria". A los merecimientos de las partes se agregan, en el exhorto, los del tribunal solicitante.

En el auxilio se incrementa el humanismo intervencionista, con el respectivo riesgo de totalitarismo, y se protege al individuo en los frentes en que lo haga el reparto solicitado, aunque esto es a costa de una disminución del amparo contra el régimen.

En general en el desplazamiento jurisdiccional se amplían estos caracteres, aunque como ejemplo de diversidad basta citar que la integración entre autoridad y autonomía, entre poder y cooperación, es distinta. De cierto modo ya no se trata de la autoridad directa del juez exhortado sino de la del juez desplazado.

310. En general en el marco internacional la procedencia del exhorto se resuelve según la ley del país **exhortante**, su diligenciamiento se produce en principio según el Derecho del país **exhortado**, que es el que el tribunal requerido mejor conoce.

En particular en cuanto a **embargos**, la procedencia de la medida suele someterse a la decisión del país exhortante, en tanto, atendiendo al contexto social, la traba, la inembargabilidad y las tercerías de derechos reales se someten a la decisión del país de **situación** de los bienes.

La comunidad jurisdiccional internacional exige una regla de **buena fe procesal** según la cual el juez exhortado debe proveer, incluso fuera de lo solicitado formalmente, todo lo que sea necesario para el cumplimiento de la comisión.

A semejanza de lo que ocurre con la comunidad respecto de la ley aplicable, también aquí existe una reserva de orden público, básicamente referida a lo que se pide, pero de cierto modo también relacionada con el objeto del juicio. Asimismo media, en diversos grados, una regla de preservación de la propia jurisdicción.

Con el proceso de universalización de nuestros días se han abierto camino no sólo medidas encaminadas a favorecer el diligenciamiento de los exhortos con la atenuación del orden público y de la reserva de la propia jurisdicción y con la creación de **autoridades de apoyo** en los países receptores ("autoridades centrales" -126-) sino, como ya señalamos, la posibilidad de superar los emplazamientos jurisdiccionales.

Las barreras al auxilio del tiempo de los Estados son superadas porque empresas de

(126) Es posible v. nuestro artículo "Deber de respetar el federalismo en la estructura de la autoridad central en la aplicación de los acuerdos de cooperación internacional", en "Boletín del Centro ..." cit., Nº 21, págs. 22/23

proyección mundial requieren una eficiente jurisdicción de alcance mundial. La "competencia" que la jurisdicción judicial sufre con la jurisdicción arbitral contribuye al proceso respectivo.

b'') El cambio de estatutos

311. Tampoco son fáciles los cambios de estatutos en materia de auxilio judicial internacional, pero puede pensarse, por ejemplo, en una figura relativamente semejante en el caso que el país exhortado considere conveniente exhortar a otro país para el mejor cumplimiento de la medida peticionada. Creemos que en este caso deberían aplicarse con criterio **plural** las soluciones de **conservación** e **innovación** que **selectivamente** hagan más viable la prestación del auxilio.

d') El reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros

a'') El reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros en el espacio

312. La comunidad jurisdiccional internacional exige no sólo el auxilio judicial y la superación de los "emplazamientos" jurisdiccionales, que se refieren a casos pendientes ante otras sedes, sino el reconocimiento y la ejecución de los pronunciamientos que éstas hayan dictado, como si fueran pronunciamientos propios.

La admisión de las sentencias y los laudos extranjeros se ha convertido, junto a los conflictos de leyes y de jurisdicciones, en uno de los tres grandes temas del Derecho Internacional Privado de nuestros días. Nos permitimos recordar que en 1977/78 se publicó un artículo nuestro en el que decíamos "El tema de la admisión de las sentencias extranjeras suele ser relegado en nuestros medios de doctrina a la parte procesal del Derecho Internacional Privado, marginándolo de los problemas generales, pero creemos que su esclarecimiento a nivel de tales cuestiones generales es indispensable para determinar los verdaderos alcances de la materia." (127) Por esto desarrollamos allí detenidamente la comparación de los dos cursos paralelos. Hoy esta concepción tiene amplia consagración.

La admisión de los pronunciamientos genera un **orden internacional** con caracteres específicos, diferente del emergente de las reglas de conflictos de leyes. Dichos caracteres específicos surgen de las diferencias que en todos los casos distinguen a las leyes y a las sentencias, pero además pueden producirse, por ejemplo, porque en los pronunciamientos extranjeros se hayan aplicado normas distintas de las indicadas en las reglas de conflicto nacionales.

En este estudio lo que corresponde es tratar las temáticas especiales del reconocimiento y la ejecución de las sentencias. En el que apareció en 1977/78 decíamos que por lo común las reglas sobre admisión de las sentencias extranjeras son más generales, es decir, no tienen las particularidades que caracterizan, según las distintas materias de capacidad, forma, etc. a las reglas de conflictos de leyes (128). Señalábamos, y hoy reiteramos, que sin embargo también suele haber exigencias especiales acerca de la admisión de pronunciamientos en unas y otras materias, por ejemplo, las

(127) V. nuestro "Lugar de la admisión ..." cit., pág. 17.
(128) id., pág. 28.

relativas a alimentos y a medidas de urgencia sobre personas o cosas pueden requerir más generosidad; en cambio las que versan sobre estado civil suelen merecer mayores controles (129).

La consideración general de la problemática del reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras como parte de los conflictos de "Derechos" y no sólo de "leyes", abarcando incluso el conflicto de jurisdicciones, es tema aún en parte adeudado por la teoría general del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo. Junto a la magistral elaboración teórica general de los conflictos de leyes, que alcanza su más perfeccionada presentación en la doctrina goldschmidtiana, hay que comprender por lo menos la teoría general de la jurisdicción internacional y la teoría general de la admisión de los pronunciamientos extranjeros, coronando todo en una teoría general de los conflictos de Derechos. Quizás haya que incluir, en un planteo más comprensivo, las actuales tendencias a incrementar el Derecho Privado Internacional y el Derecho Privado de la Integración (130).

313. De todos modos, para no dejar insatisfechas las expectativas iniciales que puede haber tenido el lector, vale reconocer que tratándose de un **documento público** extranjero que resulta de un **proceso** y adopta cierta solución **de fondo** la admisión de un pronunciamiento judicial o arbitral extranjero, sea con fines de reconocimiento o ejecución, requiere básicamente revisar respectivos requisitos **formales**, **procesales** y **de fondo**.

En cuanto a los requisitos **formales**, se aplican en principio los de los documentos públicos extranjeros. El **proceso** ha de demostrar los recaudos básicos respecto a jurisdicción y a debido ejercicio de la misma en la audiencia de los interesados, incluyéndose a veces el carácter de cosa juzgada o la ejecutoriedad del pronunciamiento.

Aunque a menudo suele exigirse cosa jugada, creemos que el pronunciamiento ha de tener en el país receptor el mismo efecto que poseería en el país de origen, ya que éste conoce la importancia del asunto y de la posible demora en la ejecución o incluso en el reconocimiento. Si en el país de origen el pronunciamiento ha sido objeto de un recurso concedido sólo en el efecto devolutivo el respeto al elemento extranjero indica que lo propio ha de ocurrir en el país receptor.

El **fondo** no debe revisarse en cuanto a si se ha aplicado la misma ley que aplicarían los propios tribunales sino acerca de un orden público que debe ser incluso más generoso que el que controla la ley extranjera aplicable. La admisión de un pronunciamiento extranjero no se debe a la comunidad jusprivatista internacional de fondo, sino a la comunidad jurisdiccional internacional.

Además suele exigirse que no haya en el país receptor litispendencia o cosa juzgada, en parte por defensa de la propia jurisdicción dentro de la comunidad jurisdiccional, en parte porque el estrépito de los posibles pronunciamientos contradictorios sería contrario al fondo de orden público.

Sobre todo en caso de requerirse no sólo reconocimiento sino el poder jurisdiccional para ejecutar el pronunciamiento suele exigirse un trámite especial denominado **exequátur**, aunque esta expresión es altamente multívoca. Etimológicamente quiere decir "que ejecute", pero también se relaciona con el sólo "seguir" (131). Vale tener en cuenta que significa de manera básica el pase que daba la autoridad civil a las bulas y rescriptos pontificios para su observancia

(129) id.
(130) Pueden v. nuestros "Aportes para una teoría ..." cits.
(131) V. COROMINAS, op. cit., t. II, pág. 823 ("exequátur"), t. V, 1983, págs. 191/92 ("seguir").

y la autorización que da el jefe del Estado a los agentes extranjeros para que en su territorio puedan ejercer las funciones propias de sus cargos (132). Pese a que creemos claro que el exequátur no debe requerirse para el reconocimiento, no podemos dejar de tener en cuenta que el pase respecto de los actos papales tuvo en su origen teóricamente ese sentido. Surgió en la época del cisma entre Urbano VI y Clemente VII (1378-1389) para indicar a los fieles cuáles eran los actos papales **auténticos**.

Este es el marco de la admisión en un mundo internacional, al que a veces se le agregan también caracteres retrógrados como la exigencia de reciprocidad y otros más integradores o universales, con más generosidad en la aceptación.

b'') El cambio de estatutos

314. El reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros es en sí mismo de cierto modo un problema de cambio de estatutos, aunque el caso que deambula sea una normatividad. Sin embargo, habiendo tratado ya ese tema, aquí nos ocuparemos de los desplazamientos en el reconocimiento y la ejecución.

Es notorio que en la medida que las reglas sean uniformes el conflicto de leyes, también en cuanto a cambio de estatutos, pierde significación. Si las reglas para la admisión de los pronunciamientos extranjeros son en concreto uniformes, el cambio de estatutos, que se plantea cuando excepcionalmente se pretende una admisión sucesiva, no resulta relevante. No obstante, la cuestión puede plantearse, por ejemplo, porque un país que ya admitió o admitiría el pronunciamiento resulte dotado de jurisdicción y el de origen no, de modo que vale adoptar una solución al respecto. A nuestro parecer, salvo que medien circunstancias muy especiales de la relación bilateral, corresponde una solución **plural** y **conservadora** o **innovadora selectiva** favorable al mantenimiento de la admisión. Hay que estar a la vía **directa** o **indirecta** más favorable al reconocimiento o la ejecución de que se trate.

e') El reconocimiento y la ejecución de diplomas y títulos extranjeros

a'') El reconocimiento y la ejecución de diplomas y títulos extranjeros en el espacio

315. Aunque no aporta mucho, la diferencia etimológica entre las expresiones "**diploma**" y "**título**" ayuda a comprender la distinción que creemos existe en definitiva entre uno y otro. El diploma es un documento, el título es un rótulo. El diploma acredita un grado académico; el título es un "testimonio o instrumento dado para ejercer un empleo, dignidad o profesión" (133). El diploma requiere **reconocimiento**; el título posibilidad de **ejercicio**.

Cada **estilo de cultura** se refleja en un estilo de diplomas y títulos. No es el mismo el valor que se reconoce a títulos de abogado o de ingeniero en una cultura más humanista o tecnológica, desde otra perspectiva, más sansimoniana, se diría en una etapa metafísica o positiva. En general quizás los diplomas y los títulos sean más manifestaciones de un mundo de sujetos fuertes, distinto del tiempo de las empresas de la postmodernidad. El intelectual universitario y el profesional

(132) V REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, op. cit., t.I, pág. 932.
(133) V id., esp. t. II, pág. 1986.

individual son figuras que estan lamentablemente en retirada.

316. En la **dimensión sociológica** los diplomas y los títulos tienen ciertos sentidos de autoridad y de planificación, aunque quedan librados a algún grado de ejemplaridad en el reconocimiento social. Los diplomas y los títulos son expresiones de **"acreditación"** social con frecuente intervención gubernamental, aunque el alcance del "credito" se advierte al fin en el grado de aceptación social que obtienen.

En la **dimensión normológica** los diplomas y los títulos son manifestaciones de **institucionalización** de la cultura y significan **materializaciones**, al punto que, según señalamos, en principio serán tenidos por pruebas de saber e idoneidad hasta que eventualmente se evidencie en algún grado lo contrario.

En la **dimensión dikelógica** los diplomas vinculan más la justicia con el valor **verdad** y los titulos la relacionan además con mayores ingredientes de **utilidad**. Los títulos pretenden acreditar idoneidad y eficiencia. Como se refieren al ejercicio de las profesiones, se vinculan con su **triada** axiológica compuesta por la verdad, un complejo de valores especifico (en la abogacia culminante en la justicia, en la medicina en la salud, etc.) y la utilidad. Pese a los peligros que los altos niveles de referencia tienen de caer en las expresiones huecas, vale reconocer que todo diploma y todo título al fin han de servir al valor humanidad.

Los diplomas y los títulos han de ser fuertes consagraciones de la justicia absoluta y de la justicia relativa, de la justicia particular y de la justicia general. En esta última tensión se inscribe la posibilidad de invocar la justicia general para la gratuidad en la formación, pero el deber de servir al bien común mediante el sentido social de las profesiones a menudo brilla por su ausencia. En la epoca de las empresas las profesiones e incluso los desempeños intelectuales son crecientemente pensados como inversiones meramente económicas en las que hay que poner lo menos posible y sacar lo más posible. A veces unas y otros son absorbidos por grandes empresas, incluso de carácter universitario. El vuelo científico que ha de tener un verdadero profesional es en muchos casos reemplazado, sobre todo en medios como el nuestro, por la utilitaria búsqueda del lucro más fácil.

En los diplomas y los títulos hay desfraccionamientos de los antecedentes pero también fraccionamientos del complejo real de la justicia productores de seguridad. A su vez hay despliegues pero asimismo fraccionamientos en las realizaciones de la verdad que generan certeza y suficiencia. En cada caso los cortes tienen los consiguientes riesgos de mutilación de los valores respectivos.

Los diplomas y los títulos son pilares para la legitimación **aristocrática**. En principio deben estar en muy estrecha relación con los merecimientos, pero a veces sus poseedores no merecen las posibilidades que se les brindan, en ciertos casos no saben lo que se dice que saben o no son aptos para lo que se dice que son y con frecuencia son vias para despliegues de mera soberbia. Los diplomas y los títulos deberían ser consagraciones de capacidad creativa, mas en muchos casos son cimentaciones de la rutina.

Los diplomas y los títulos son expresiones de humanismo intervencionista que tiende a proteger a los individuos contra los demás y lo demás. Sin embargo a veces son instrumentos para

la opresión de unos individuos por otros.

317. Como ya señalamos, es notoria la importancia que los diplomas y los títulos tienen como expresiones de las diversas culturas y de la cultura del mundo en general. Los diplomas y los títulos constituyen manifestaciones relevantes del fenómeno "universal", es decir, diverso y único, de la cultura. A través de ellos se advierte con particular nitidez que el Derecho Internacional Privado debe ser comprendido en profundidad como Derecho de las relaciones entre todas las expresiones de la proyección humana hacia los valores, o sea al fin como **Derecho Intercultural Privado**.

Para comprender las posibilidades de reconocimiento de los diplomas y de "ejecutabilidad" de los títulos en el marco internacional hay que advertir la **comunidad cultural internacional**, incluyendo sus despliegues de **comunidad económica** y su creciente universalización, de sentido en mucho empresarial.

Cuando se resuelve el alcance espacial de los diplomas y los títulos se deben apreciar también las particularidades y la expansividad en los **valores** en juego: en la verdad de los diplomas y en la verdad, los complejos axiológicos especiales y la utilidad de los títulos.

No puede ser la misma, por ejemplo, la expansividad de los diplomas y de los títulos, dado que la verdad es más "universal" y los otros valores son por lo menos hasta ahora más particularizados. No pueden coincidir la expansividad de los títulos de ingeniero, de médico o de abogado, ya que los valores utilidad, salud y justicia poseen diversas posibilidades de universalización. En un mercado universalizado los títulos pueden adquirir una expansividad mayor que en el de la mera internacionalidad.

Importa también el **nivel** de la formación recibida. Un abogado formado en el estudio exclusivo de las normas de su país tiene muchas menos posibilidades de expansión legítima que otro que ha calado hasta la comprensión última de la justicia. Un leguleyo está condenado a su propia circunstancia; un jurista puede volar con proyección internacional y universal.

En el reconocimiento y la ejecución de diplomas y títulos en el marco internacional se advierten a menudo las condiciones no sólo de **cierta inferioridad** sino de fuerte **dependencia** en que se encuentran países como el nuestro. La Argentina es un país que, a menudo sin suficiente dedicación, expide diplomas y títulos a intelectuales y profesionales brillantes, pero menosprecia sus producciones en aras de las que surgen de los países centrales, sin pasar el tamiz que evidencie la dependencia intelectual que a veces éstas traen aparejadas.

Nuestro país invierte grandes sumas en brindar diplomas y títulos que luego son captados por culturas más ricas y desarrolladas, en parte por la ingratitud de los poseedores pero en mucho por la imposibilidad de encontrar aquí las oportunidades que merecen. Sobre todo en países pobres como el nuestro se advierten las tensiones entre la responsabilidad que deben tener los intelectuales y los profesionales por la formación recibida y por la necesidad que se tiene de ellos y la responsabilidad de la sociedad por sus intelectuales y sus profesionales.

Es más, sin comprender de manera suficiente la importancia de los lazos de admiración e incluso de sujeción que se establecen en las migraciones académicas, la Argentina suele becar a sus estudiantes para que vayan a estudiar al extranjero, pero rechaza a quienes quieren venir a

estudiar en el país.

La problemática del ejercicio profesional más allá de las fronteras adquiere especial relieve en los procesos de integración, caracterizados en parte por la libre circulación de profesionales. No obstante, quizás en el marco mundial actual pierda cierta importancia porque quede absorbida en la cooperación empresarial.

318. La admisión de un diploma o un título extranjeros significa tender un **puente** no sólo de "equiparación" sino de "equivalencia" entre los dos ámbitos, que debe apoyarse al fin en el juicio de que los mismos pueden desenvolverse de manera valiosa en el país receptor.

Un diploma y un título se constituyen normalmente con múltiples **aspectos** de información y de formación diferenciables. De aquí que las posibilidades sean de reconocimiento y ejecutabilidad de manera **automática**, diversificadas según los **estudios cursados** o de **rechazo**. En el segundo caso puede haber comparaciones particularizadas o globales y exámenes de reválida con diversos alcances. Un título puede ser reconocido sólo como un diploma; puede ocurrir que, a la inversa, un diploma sea convertido en título.

En definitiva, el reparto de reconocimiento o ejecutabilidad ha de lograr el **equilibrio** legítimo entre los intereses de los poseedores de diplomas y títulos, de los intelectuales y profesionales locales y de la comunidad local, la comunidad de origen y la comunidad universal.

b'') El cambio de estatutos

319. El cambio de estatutos en esta materia puede producirse por la sucesividad real o eventual en la pretensión de reconocimiento o ejecutoriedad entre diversos países. En este caso se plantea la posibilidad de la admisión de los diplomas y los títulos no sólo directa sino indirecta. ¿Un diploma o un título que no serían admitidos directamente pueden serlo si son o serían admitidos en un tercer país cuyos diplomas o títulos son admitidos? Aunque la cuestión es discutible, a nuestro parecer, salvo fundamentos especiales para una estricta bilateralidad, la comunidad cultural internacional debe conducir a un criterio **plural**, **conservador** o **innovador selectivo** a favor de la admisión.

f') Aplicación del Derecho extranjero en el proceso

a'') La aplicación del Derecho extranjero en el proceso en el espacio

320. Uno de los grandes aportes de Werner Goldschmidt a la teoría del Derecho Internacional Privado fue mostrar de manera clara que la calidad de Derecho o hecho del Derecho extranjero no está indisolublemente unida al tratamiento que se le brinde en el proceso, de modo que aunque sea considerado "Derecho" o "hecho" puede ser sometido al principio de la oficialidad o al principio dispositivo (134). Excepcionalmente hay expresiones del Derecho que se someten al principio dispositivo y hay hechos para los que rige el principio de la oficialidad.

Es cierto que el carácter que se asigne al Derecho extranjero tiene cierta influencia en su tratamiento procesal, pero no en cuanto se lo considere Derecho o hecho. Desde una perspectiva

(134) Cabe recordar por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935.

privatista prescindente de toda consideración del Estado y del gobierno que lo dicta el Derecho extranjero resulta, según lo indicó Goldschmidt, un **hecho notorio** que, como tal, pese a ser un hecho compromete su aplicación **de oficio**. **Hecho** no significa aquí sólo dato sino **solución**, pero se trata de una solución que sucede notoriamente, sin que se abra juicio sobre su legalidad ni su legitimidad.

El problema consiste en averiguar si, siendo el Derecho extranjero lo que es, su aplicación puede quedar sometida a la mera disponibilidad de las partes o requiere la intervención judicial de oficio y la respuesta es que, ante los hechos notorios, todos estamos en igualdad de condiciones para conocerlos, de modo que peligra el **decoro judicial**, que es requisito de justicia, si se los somete al principio dispositivo.

Cuando la invocación y la prueba de los hechos comunes están a cargo de las partes, esto no sucede porque ellas sean sus dueñas, sino porque son sólo medios para el ejercicio de **derechos** que les pertenecen exclusivamente o porque los **conocen** mejor. Aunque a veces la disponibilidad de los derechos se evidencia a través de la disponibilidad de la invocación y la prueba de los hechos, de modo que no se avanza en la investigación fáctica para no intervenir excesivamente en los derechos, ambas perspectivas no deben confundirse. Las partes no tienen derecho exclusivo sobre el Derecho extranjero, ni lo conocen mejor que los jueces.

La justicia, exigencia específica última del Derecho, está referida a una **realidad** social y normativa, no a sucesos falsos. En nuestro caso la justicia se remite a una realidad de lo que sucede o sucedería en el país cuyo Derecho debe aplicarse, no a lo que las partes hagan aparecer como Derecho.

En ciertas circunstancias, según hemos indicado, las partes están habilitadas para ejercer su autonomía material o conflictual, pero si bien pueden hacer o elegir el Derecho no pueden obligar al juez a ignorar la **conexión** entre el carácter extranjero de los casos y el Derecho que corresponde aplicarles o a pronunciarse en **falso** sobre el contenido del Derecho extranjero, dejando de lado lo que todos podemos conocer.

Salvo que esté en juego un interés superior, el juez no debe investigar de oficio los hechos subyacentes a los puntos de conexión, mas una vez que éstos aparecen las partes sólo pueden influir en el Derecho aplicable mediante el ejercicio de su **autonomía**, cuando ésta les es admitida. Otro tema, obviamente distinto, es si las partes renuncian a los derechos que les adjudica el Derecho aplicable. El Derecho extranjero se aplica con sentido privatista, para hacer justicia particular, pero "Derecho" Privado **no es sinónimo** de "autonomía" radical de las partes.

A menos que intervenga algún interés superior, el juez argentino no debe investigar de oficio, por ejemplo, si una persona está domiciliada en Italia, pero si de alguna manera esto surge en el proceso no puede omitir legítimamente la aplicación y la investigación del Derecho italiano respecto de su capacidad.

Las partes tienen derecho a que se aplique la ley más vinculada a los casos por exigencia de la comunidad jusprivatista internacional, pero esa comunidad es **previa** a su derecho, no a la inversa.

En la correcta solución del tratamiento procesal del Derecho extranjero se juega una de

las cuestiones más significativas del Derecho Justicial Internacional Privado y del Derecho Procesal Internacional Privado. Pocas veces se advierte de manera tan nítida cómo el destino del Derecho Internacional Privado de fondo se juega en el régimen procesal.

321. En la **dimensión sociológica** la aplicación del principio dispositivo en cuanto al Derecho aplicable significa radicalizar la autonomía y la ejemplaridad en detrimento de despliegues de autoridad y de planificación que son inherentes al Derecho Internacional Privado.

En la **dimensión normológica** el principio dispositivo implica extremar la negocialidad en perjuicio de sentidos de institucionalidad que son propios de la materia. En el ordenamiento normativo se interrumpirían indebidamente relaciones verticales de producción y de contenido de las normas jusprivatistas internacionales, desviando la habilitación de los autores del Derecho extranjero y los resultados de su voluntad, en beneficio de las partes. La aplicación de oficio del Derecho extranjero es parte del compromiso jurídico del juez.

En la **dimensión dikelógica** la dispositividad del Derecho aplicable evidencia un desborde utilitario en que el régimen es convertido en medio de las partes. Se trata de la radicalización de la justicia consensual, "partial", sectorial y particular en detrimento de despliegues de justicia extraconsensual, gubernamental, integral y general que contiene el Derecho Internacional Privado y de un fraccionamiento ilegítimo, sobre todo, del complejo real y de las consecuencias. La seguridad del juez se logra a través de una enorme mutilación de la justicia. La inexistencia de la legitimación autónoma que podría invocarse lleva a la antiautonomía y la pretensión de lograr un humanismo abstencionista radical conduce al individualismo.

El empleo abusivo del principio dispositivo significa un **exceso universalista** que rompe el régimen internacional. Los Derechos no son intercambiables. Aunque en apariencia el exceso dispositivista correspondería a los sentidos de la postmodernidad y del mundo empresarial, la primera y sobre todo el segundo tienen otras vías para superar los cauces de la internacionalidad interestatal.

322. La **prueba** acerca del contenido del Derecho aplicable ha motivado en los últimos tiempos importantes y legítimos esfuerzos de la comunidad internacional tendientes a favorecerla. Si se tiene en cuenta que la adjudicación de la carga de la prueba ha de atender a la facilidad de los protagonistas para producirla, se advierte la gran responsabilidad del país al que **corresponde** la ley aplicable para contribuir a probarla.

Mucho se discute acerca de cuál es el Derecho que ha de solucionar el caso cuando no resulta incorporado al proceso el contenido del Derecho extranjero aplicable, sea porque no es invocado o porque no es probado. Aceptando las sabias enseñanzas de la goldschmidtiana teoría del uso jurídico, creemos que debe aplicarse el Derecho conocible mas vinculado con el que se desconoce y no caer directamente en el Derecho fori. Atender a ese Derecho es un desfraccionamiento de la justicia; apegarse al Derecho propio es un fraccionamiento productor de seguridad para el juez, pero la seguridad no es la justicia.

b'') La problemática "móvil"

323. No habiendo puntos de contacto en juego, no se plantea el cambio de estatutos en sentido estricto. Sin embargo se muestran aquí algunos **problemas "móviles"** semejantes. Así, por ejemplo, puede suceder que se llegue a la averiguación del Derecho extranjero a través de su recepción o su conocimiento en otro Derecho. También puede suceder, v. gr., que varíen los resultados de la investigación judicial durante el proceso.

En el primer caso, según la teoría del uso jurídico, creemos que no mediando la posibilidad de acceso directo debe recurrirse al indirecto, ya que la probabilidad de la sentencia que dictaría el juez extranjero tiene grados, entre los cuales, el de un Derecho **intermediario** es mayor que el del Derecho local.

En el segundo caso, de movilidad en los resultados de la **investigación**, la solución varía según la consideración que se dé al carácter del Derecho extranjero. Hay que tener en cuenta la oportunidad para la introducción del elemento de que se trate en el proceso. En caso de considerar que es un hecho notorio o un Derecho resulta sostenible en principio el criterio general **unitario innovador** de la mejora en la investigación

g') Los concursos de créditos ("quiebras")
a'') Los concursos en el espacio

324. Con frecuencia el Derecho afronta el problema de que las normas no encuentran materia suficiente para ser aplicadas en la realidad. Entonces se requiere que de alguna manera se produzca su **"síntesis"** para permitirles ser aplicadas en la medida que corresponda, y así el Derecho resulta forzado a expresarse en un grado de verdad más profundo que el que manifestaban las normatividades en conflicto. Esto sucede en el Derecho Penal en los concursos reales de delitos, de modo que las penas deben replantearse de alguna manera. También ocurre en los **concursos de "créditos"** (en sentido amplio) que deben efectivizarse sobre una realidad insuficiente, a veces denominados precisamente "concursos" y otras "quiebras". El concurso y la quiebra significan con gran claridad la "hora de la verdad" del sistema económico.

El concurso y la quiebra son muestras frecuentes de transformaciones de lo **cotidiano** en **vital** y de lo **privado** en **público** y del cambio de perspectiva de lo **"microjurídico"** a lo **"macrojurídico"**. Cada manera de resolver el concurso y la quiebra significa la evidencia de un complejo axiológico y de un **estilo de vida**. Privilegiar o no privilegiar y privilegiar en uno u otro nivel son maneras altamente significativas de expresar valoraciones (135).

El concurso y la quiebra se diferencian entre sí por un sentido más **"civil"** o **"comercial"** y no es sin motivo que en el tiempo de la comercialización y la empresarialización del Derecho la quiebra absorbe al fin las dos figuras. A nuestro parecer, la diversificación que puede plantearse dentro del género quiebra no alcanza a compensar la diferencia de espíritu que debe mantenerse entre lo civil y lo comercial a través de la preservación de la figura concursal. De todos modos, con esta salvedad, creemos que podemos utilizar, como simplificación expresiva, la terminología que va imponiéndose.

(135) En relación con el tema puede v. nuestro artículo "Nota para la comprensión dikelógica de los privilegios", en "Investigación " cit., N° 17, págs. 99 y ss.

325. Aunque los caracteres de la quiebra varían según momentos procesales y perfiles más o menos radicalizados, en general en la **dimensión sociológica** la quiebra corresponde a un incremento de la autoridad y la planificación gubernamental, que intenta recomponer el **orden** entrado en crisis. La quiebra trata de superar los **límites** necesarios producidos en los repartos y la anarquía en el cobro, que genera **arbitrariedad**. Ante la limitación de las posibilidades se busca lo que se considera la mejor de las realidades posibles. La conciencia especial de **táctica** ha de convertirse en conciencia más general de **estrategia** del Derecho.

En la **dimensión normológica** la quiebra es un avance **institucionalizador** que procura hacer frente a la crisis planteada en la negocialidad. La tarea de **síntesis** en el funcionamiento de las normas y la **"avocación"** vertical y la **"convocatoria"** horizontal de las normas crediticias por normas superiores y paralelas contribuyen a salvar la coherencia en la aplicación del ordenamiento. Para realizarla hay que calar en profundidad en los fundamentos del sistema (136).

En la **dimensión dikelógica** la quiebra presenta una difícil y fuerte integración de la justicia con la **utilidad**. La evolución de la quiebra parece ser un camino nítidamente orientado por la creciente conciencia utilitaria. Cada vez más el despliegue utilitario del capitalismo advierte que los sentidos de la "bancarrota" y de la "quiebra" poco corresponden al tejido empresarial que urge conservar para su desenvolvimiento.

La quiebra significa avances en la justicia extraconsensual, dialogal, gubernamental, integral, de participación, relativa y general sobre la justicia consensual, monologal, "partial", sectorial, de aislamiento, absoluta y particular. Desde el imperio de la justicia de partida, que concebía sólo la ejecución colectiva, se ha pasado a una amplia referencia a la justicia de llegada, que atiende a las consecuencias indeseables que de ella pueden surgir.

La quiebra procura desfraccionar las **consecuencias**, evitando que sin fundamentación unos cobren y otros no, e incluso se abre al complejo personal, por ejemplo al privilegiar a los trabajadores y al preservar a la empresa, y para ello fracciona el complejo real recortando pagos. Llegada la hora de la verdad se pone con frecuencia especial atención en desfraccionar el complejo personal y real reconociendo los verdaderos alcances de la empresa en cuanto a poder de decisión y patrimonio, incluso con la perforación del "velo corporativo". Desde el mayor desfraccionamiento del pasado se ha evolucionado a un mayor desfraccionamiento del porvenir.

Los repartos de la quiebra tienen cierto sentido de legitimación aristocrática que se impone a la legitimación que tenían las obligaciones atraídas. Sin embargo, en algunas perspectivas se respeta la superioridad de la autonomía de los propios interesados Se despliega con más o menos entusiasmo el humanismo intervencionista, con el consiguiente importante riesgo de totalitarismo, la igualdad y la comunidad avanzan sobre la unicidad y el régimen interviene para proteger a unos individuos respecto de otros y contra lo demás e incluso a los propios quebrados en relación consigo mismos.

326. La quiebra es una muestra de cómo, al hilo de la pantonomía de las posibilidades, de la finalidad objetiva de los acontecimientos y de la justicia el **fondo** y el **proceso** resultan íntimamente relacionados.

(136) Acerca de la noción de sistema jurídico puede v. por ej. RAZ, Joseph, "Razón práctica y normas", trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, esp. págs. 123 y ss.

Asimismo es una de las expresiones supremas de la vinculación estrecha y total del **Derecho** con la **economía**. En la quiebra se relacionan de modo muy profundo la política jurídica y la política económica evidenciando, de manera notoria, cómo al fin se necesitan de manera imprescindible. Es más: la quiebra compromete a las diversas perspectivas de la política general.

La importancia macrojurídica de la quiebra hace que en ella el clima internacional se muestre enrarecido por inclinaciones **nacionales** y **universales**. Los Estados procuran defender sus propias economías aislándose y presionando a los otros, la universalidad de la economía hace valer los intereses empresarios que en ella se desenvuelven y sus propias reglas.

327. En la perspectiva de la quiebra **internacional** suelen distinguirse tres cuestiones destacadas: a) la **territorialidad o extraterritorialidad del hecho generador**; b) la **unidad o pluralidad de los juicios** en relación con una persona fallida que tenga diversas casas comerciales y c) la **unidad o pluralidad de masas**, sobre todo con miras a la posibilidad de dar preferencia a los "acreedores locales". Una decisión asimismo significativa es la de determinar los caracteres de los **"acreedores locales"** según su nacionalidad, domicilio, lugar de cobro, etc.

Las respuestas son decisiones acerca del grado de **aislamiento** nacional o **apertura** de la economía del país de que se trate. Una solución internacionalista requiere un equilibrio que puede ser más o menos próximo al nacionalismo o a la mundialización.

328. En la **dimensión sociológica** una posición nacionalista corresponde a un mayor ejercicio de la autoridad y la planificación para beneficiar a los acreedores locales y constituir un orden propio fuerte, pero puede tropezar con importantes límites necesarios impuestos por la realidad sociopolítica y sobre todo socioeconómica del poder de los acreedores "extranjeros" y de las leyes de la economía mundial. Una respuesta de mayor mundialización, con un orden de más amplio alcance, puede significar coexistencia, integración, pero también dominación de la economía nacional, con otros límites, determinados por ejemplo por la pobreza.

Para decidir la posición respecto de la quiebra internacional suele ser significativo saber si se trata de un país en general **"acreedor"** o **"deudor"** y hay que tener en cuenta que llegado el "sálvese quien pueda" a nivel internacional el juego abierto o velado de la fuerza puede ser muy intenso.

En la **dimensión normológica** la posición nacionalista pretende mayores alcances institucionales que, en la proyección mundializadora, se sustituyen por la negocialidad. En un caso se afirma la propia norma hipotética fundamental, en el otro se reconoce más una norma hipotética fundamental externa.

En la **dimensión dikelógica** la posición nacionalista suele invocar más razones de justicia, en tanto la respuesta de proyección mundialista señala asimismo razones de utilidad. En la primera hay más invocación de justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, monologal, de aislamiento, absoluta y general referida a la comunidad nacional; en la segunda hay más referencia a la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica, dialogal, de participación, relativa y particular o incluso general, pero en atención a una comunidad mayor, generalmente mundial.

Para desfraccionar las consecuencias que se entiende deben beneficiar sólo a los integrantes de la economía local, la actitud nacionalista fracciona las consecuencias haciéndolas recaer sobre los extraños y corta el complejo real y personal produciendo en principio seguridad local. En cambio, la posición mundialista invoca el desfraccionamiento de las consecuencias para todos y la amplia consideración del complejo personal y el complejo real. A veces, dado el significado publicista que también tiene la quiebra, el fraccionamiento de las consecuencias lleva a someter la admisión de los acreedores "extranjeros" a la condición de reciprocidad que el Derecho Privado en general rechaza.

La solución nacionalista suele invocar la legitimación aristocrática de sus repartidores y merecimientos especiales de los integrantes de la economía local y se vale de un mayor despliegue del humanismo intervencionista con riesgos grandes de totalitarismo.

La actitud mundialista suele referirse más a la legitimación autónoma y a merecimientos de todos los integrantes de la vida económica mundial y deja más juego al humanismo abstencionista, con el pertinente peligro especial de despliegue individualista.

La posición nacionalista se apoya en criterios de comunidad propia y de respeto a la unicidad de los acreedores locales; el mundialismo se basa en una mayor atención a la comunidad humana y a la igualdad. La respuesta nacionalista fortalece al régimen para proteger al individuo local contra los demás y de modo directo frente a lo demás; la solución mundialista limita al régimen para amparar a los participantes de la economía exterior respecto de los partícipes de la vida económica local y al fin a todos ante lo demás, en especial evitando a los protagonistas locales las a menudo graves reacciones externas.

329. La consideración de un **acreedor** como **local** significa una definición acerca del sentido que se atribuye al **mercado**. Puede ser comprendido en perspectivas más personales, reales o conductistas, atendiéndose así, por ejemplo, a la nacionalidad o el domicilio, el lugar donde están los bienes de referencia, el lugar de cobro de los créditos, etc.

b'') El cambio de estatutos

330. Aunque a menudo se utilizan soluciones directas, el régimen de la quiebra internacional puede tener proyecciones "móviles". Así sucede de cierto modo cuando se pretende el cobro **sucesivamente** en diversas quiebras. Vale determinar en qué medida la **verificación** y el **pago** en una quiebra influyen en las pretensiones internacionales sucesivas. En el primer aspecto cabe considerar las soluciones acerca de la admisión de pronunciamientos extranjeros. En el segundo aspecto, un criterio conservador se atiene al monto del crédito impago por el que se acude a otra quiebra, dejando firme la imputación de lo ya percibido; un criterio innovador indica que el significado de los pagos anteriores, según su monto, debe ser resuelto por el de la quiebra donde se presenta nuevamente el crédito. En uno se mantiene la calificación de lo percibido, en el otro se recalifica. El primer criterio es el que más se adecua a la internacionalidad; el segundo es más nacionalista.

331. La quiebra internacional es otra de las perspectivas destacadas para comprender la necesidad imprescindible de la Filosofía del Derecho Internacional Privado. ¿Puede sostenerse un régimen internacional de la quiebra lúcidamente justo sin contar con el estudio de los **repartos**, las **normas** y los **valores** en juego permitido por la jusfilosofía?

c) El Derecho Procesal de Extranjería

La condición del extranjero en el proceso

a') La condición del extranjero en el proceso como problema espacial

332. La condición procesal a la que aquí nos referimos es la que **no influye** en el destino del Derecho Internacional Privado de fondo, como la que en nuestro país tienen los Estados, los representantes diplomáticos y consulares y los particulares extranjeros cuando se los beneficia con el **fuero federal** (actuales arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional). Nuevamente aquí se trata de una influencia del Derecho Internacional Público, ya que el origen de este fuero especial obedeció a la necesidad de asegurar las condiciones de más estricta justicia para evitar cuestiones públicas y la protección diplomática que entonces se ejercía a menudo por medios violentos (137).

Pese a ese origen, que lleva a cuestionar el fuero federal para los apátridas, creemos que una comprensión humanista del problema lleva a considerar que éstos merecen el resguardo de estricta justicia mucho más que quienes poseen nacionalidad extranjera. En la medida que la sujeción voluntaria a la justicia ordinaria excluya las posibilidades de protección diplomática, la renuncia al fuero federal resulta legítima.

La jurisdicción federal para los Estados extranjeros (quizás no la jurisdicción originaria de la Corte Suprema para sus embajadores, ministros y cónsules) nos parece fundada, en parte, por ejemplo, porque en general las relaciones exteriores corresponden al gobierno federal.

No obstante que las posiciones más "aperturistas" de la economía y la cultura en general pueden ser favorables a otorgar a los particulares la seguridad de la jurisdicción federal, entendemos que se trata de un **fraccionamiento indebido** del complejo personal de la comunidad.

Creemos que las personas conectadas con el extranjero, como todos los justiciables, merecen **tribunales imparciales** y en definitiva justos y que en particular les corresponde todo el respeto que ha de asignarles el Derecho Internacional Privado, incluso a través de **tribunales especiales** para los casos de nuestra materia, pero la especialidad jurisdiccional para los particulares no ha de referirse a la nacionalidad extranjera ni a consideraciones de carácter público ni a la falta de nacionalidad argentina. Por el contrario, el punto de conexión nacionalidad tiene escasísima importancia en el Derecho Internacional Privado argentino.

b') El cambio de estatutos

333. Aunque no se utilizan puntos de conexión, el problema que nos ocupa tiene una perspectiva "móvil" cuando se suceden distintas condiciones de extranjería, sea porque la persona cambia de nacionalidades extranjeras o, lo que es más significativo, cuando uno de los extremos

(137) En cuanto a las opiniones que desde épocas antiguas vienen sosteniéndose sobre el tema, v. por ej. GONZALEZ, Joaquin V., "Manual de la Constitución Argentina", Bs. As., Estrada, ed. 1951, págs. 586 y ss.; GONZALEZ CALDERON, Juan A., "Curso de Derecho Constitucional", Bs. As., Kraft, 1958, esp. págs. 541/2.

del cambio es la nacionalidad argentina, sea porque es adquirida o perdida. ¿Pueden tales modificaciones cambiar el derecho al fuero de extranjería, sobre todo cuando está ya abierto el proceso? En este último caso, nuestra respuesta es claramente negativa cuando se trata de pérdida del carácter de extranjero y adquisición de la nacionalidad argentina, pues entendemos que la estabilidad y la seguridad procesales requieren en principio un fuero inaccionamiento de las influencias del porvenir.

Nos parece que debe ser irrelevante la "extranjerización" voluntaria. Dignos de ser discutidos son los supuestos en que la persona fuera privada de la nacionalidad argentina. Aunque, como dijimos, suele creerse que el fuero federal no protege a los apátridas, entendemos que en ese caso siempre caería la jurisdicción ordinaria del proceso iniciado, con el consiguiente deber de indemnizar a los terceros, por lo menos en última instancia por parte del Estado argentino.

C) FILOSOFIA DE LAS MATERIAS AFINES AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1) Derecho Internacional Privado Administrativo y el Derecho Administrativo Internacional

1) El Derecho Internacional Privado Administrativo y el Derecho Administrativo Internacional en el espacio

334. El Derecho Internacional Privado Administrativo es la parte del Derecho Internacional Privado que requiere decidir acerca de los actos administrativos con contacto relevante extranjero y difiere del Derecho Administrativo Internacional que se ocupa del ámbito espacial de los actos administrativos y consecuentemente de las relaciones entre las diversas administraciones.

En una época de utilitarismo y mundialidad como la nuestra, la extraterritorialidad administrativa se torna indispensable. Es más: pese a importantes avances producidos al respecto hay un "vacío" de administración pública a nivel mundial que urge llenar. El Derecho Internacional Privado Administrativo y el Derecho Administrativo Internacional se orientan en esos sentidos. Aunque las soluciones pueden ser parcialmente análogas, creemos que en este estudio corresponde centrarse en la primera perspectiva, del **Derecho Internacional Privado Administrativo**.

A los fines del Derecho Internacional Privado puede resultar necesario decidir acerca de la **validez** y los **efectos** de los actos administrativos extranjeros. No hay que confundir la validez del acto administrativo con la validez del resto del acto jurídico privatista que el mismo puede contener (por ejemplo, un matrimonio). Enfoques particularmente interesantes son los de los actos administrativos extranjeros que generan obligaciones, por ejemplo, los contratos administrativos.

Es cierto que en muchos casos habrá que salvar el escollo que en sentido amplio podemos llamar "jurisdiccional" respecto de Estados extranjeros pero, en los casos en que haya que resolver, como el acto administrativo se origina en el poder del Estado, su validez y sus efectos deben regirse por el Derecho del **país que lo dictó o lo produjo**. En materia administrativa la superioridad de la administración genera un punto de conexión **conductista** de referencia

fuertemente **personal**. Esa superioridad puede expresarse, sin embargo, en reglas que lleguen a afectar el orden público.

En otros casos lo que puede plantearse es el **reconocimiento y la ejecución extraterritoriales** de los actos administrativos. Ambos dependen de requisitos formales y de controles de debido proceso y orden público relativamente análogos a los que se aplican a la forma, el proceso y el fondo de los pronunciamientos judiciales y arbitrales.

2) El cambio de estatutos

335. Aunque no se utilicen puntos de conexión pueden plantearse problemas "móviles". Basta tener en cuenta que un acto administrativo extranjero puede haber logrado ya reconocimiento o ejecución en otro país. Quizás sea aplicable a este respecto lo dicho en cuanto al cambio de estatutos en el reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros. Sin embargo, vale tener en cuenta que el juicio acerca de un acto administrativo, en el que hay más carácter público, puede tener sentido diverso y menos susceptible de recorrido indirecto que el de un pronunciamiento judicial privatista.

II) Derecho Internacional Privado Fiscal y el Derecho Fiscal Internacional

1) El Derecho Internacional Privado Fiscal y el Derecho Fiscal Internacional en el espacio

336. El Derecho Internacional Privado Fiscal es el planteo jusprivatista internacional de las obligaciones fiscales y difiere del Derecho Fiscal Internacional que se ocupa del ámbito espacial del Derecho Fiscal y consecuentemente de las relaciones fiscales entre los Estados. Aunque las soluciones pueden ser parcialmente análogas y un principio rector en ambos enfoques es evitar la **múltiple imposición internacional**, a este estudio le corresponde considerar de manera central el **Derecho Internacional Privado Fiscal**.

El planteo jusprivatista internacional de las obligaciones fiscales significa resolver si dichas obligaciones pueden ser admitidas en el marco del Derecho Internacional Privado. Es difícil imaginar, por lo menos por ahora, que los Estados se avengan a liquidar obligaciones fiscales según el Derecho de otros Estados, pero sí se ha de promover que accedan a **reconocer** y **ejecutar** liquidaciones fiscales efectuadas por otros Estados, cuyo significado es relativamente análogo al de los otros actos y pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros.

Aunque se trata de una especie de **"conversión"** del carácter **público** al **privado**, entendemos que ese planteo es posible. La obligación fiscal es pública en el país de origen, pero en el país receptor se hace relativamente privada.

En el país de origen es la comunidad la que a través del gobierno reclama con caracteres de autoridad, planificación e institucionalidad, con sentidos de justicia gubernamental y general, con humanismo intervencionista y consiguiente riesgo de totalitarismo y con miras a la protección contra los demás individuos, el propio individuo y lo demás. En el país que admite la liquidación la comunidad extranjera es como un "particular" y avanzan la autonomía, la ejemplaridad y la

negocialidad con sentidos de justicia "partial" y particular, con humanismo abstencionista y riesgo de individualismo y con mas miras a la proteccion de unos individuos frente a otros.

El avance en la cohesión de la comunidad internacional por una parte y el sentido utilitario y empresarial de la postmodernidad por la otra hacen más viable dicha extraterritorialidad. Lo que una empresa no paga como obligación fiscal en un país es carga para otras y rompe el equilibrio de un mercado crecientemente mundial.

2) El cambio de estatutos

337. Aunque no haya puntos de conexión en juego puede plantearse una problemática "móvil" por ejemplo cuando una obligación por liquidación fiscal se presenta para obtener **reconocimiento** o **ejecución** en un país por vía indirecta, luego de haber pasado por su admisión por otro país. Vale tener en consideración lo expuesto en cuanto al cambio de estatutos en la problemática administrativa.

III) La posibilidad del Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal Internacional

1) La posibilidad del Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal Internacional en el espacio

338. El Derecho Penal, que a nuestro parecer debe procurar la **"repersonalización"** del delincuente sobre todo en sus proyecciones sociales, difiere profundamente del Derecho Internacional Privado, cuya tarea nuclear es el **respeto** a los elementos extranjeros (138). Casi podría afirmarse que la tarea de repersonalización y el respeto se encuentran en los antípodas.

El Derecho Penal ha recibido muchas otras concepciones, pero en todos los casos, incluso cuando se habla del Derecho "protector" de los delincuentes, resulta distante del espíritu de nuestra materia y siempre está referido a sujetos reales o imaginariamente "fuertes", de modo que su estilo de pensamiento es muy diverso del sentido utilitario y empresarial de nuestros días de la postmodernidad.

El sistema capitalista, como todo sistema realmente tal, quiere recomponerse por sí mismo y no dependiendo de un elemento por lo menos de cierto modo extraño al proceso económico como es la pena. Por eso es que hoy gana espacio la idea de suprimir la pena por la compensación. El Derecho Penal es claramente "anacrónico" con la época actual.

El delincuente no es un elemento "extranjero" en los términos del Derecho Internacional Privado tradicional, pero es un elemento **"extraño"**, que ocupa una posición relativamente afín si se comprende que esta rama es en definitiva Derecho Intercultural. Mucho y significativo podría decirse en cuanto a la posición del delincuente a la luz de los contactos de respuestas jurídicas y culturales, pero escaparía al interés de nuestro tema.

El problema penal internacional se hace particularmente tenso porque, produciéndose el mercado y la vida con alcances **mundiales**, también el delito posee estas proyecciones. Es más: hasta ahora, cuando parece volver a ganar espacio la violencia, en especial con proyecciones masivas, los delitos más significativos son, como partes del mercado mundial, el **narcotráfico**

(138) Puede v. nuestro artículo "Reflexiones trialistas acerca del Derecho Penal", en "Anuario" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Nº 5, págs. 95 y ss.

y el contrabando de **armas**. El nexo entre la delincuencia de la violencia y estos tráficos vedados es notorio. Quizás pueda decirse que en cierta medida en el narcotráfico el mercado conduce a la violencia y en el tráfico de armas la violencia provoca el mercado y éste genera violencia. La empresa actual posee poder enorme, pero también el delito tiene enorme poder y a veces ambos confluyen.

339. Por el momento no puede concebirse que los Estados se avengan a resolver cuestiones penales empleando el método indirecto, o sea aplicando para casos extranjeros Derecho Penal extranjero. Uno de los terrenos poco explorados de la "Teoría General del Derecho", como estudio del complejo de las ramas del Derecho, es el de la fácil o difícil **compatibilidad** entre dichas ramas. Hasta ahora entre el Derecho Internacional Privado en sentido estricto y el Derecho Penal la compatibilidad es muy limitada.

340. La difícil compatibilidad entre el **Derecho Penal** y el **Derecho Internacional Privado** se expresa en múltiples contrastes sociológicos, normológicos y dikelógicos.

En la **dimensión sociológica** el Derecho Penal es más autoritario y planificador que el Derecho Internacional Privado. En lugar de ser un Derecho de **expansión** actúa frente a **límites** necesarios que encontraron otros repartos.

En la **dimensión normológica** el Derecho Penal es más institucional y constituye la columna vertebral tradicional del régimen, con relaciones horizontales de producción y de contenido que consolidan la infalibilidad y la concordancia.

En la **dimensión dikelógica** el Derecho Penal es en general menos utilitario. Tiene más afinidad con la justicia extraconsensual, con consideración de personas, asimétrica, gubernamental y general, con la consiguiente ubicación nítida en el Derecho Público, aunque el régimen liberal lo hipoteca con sentidos privatistas de justicia particular. Posee también más sentido de justicia correctora.

En el Derecho Penal hay fuerte tensión temporal entre el pasado a corregir y el futuro en que hay que atender a la corrección y pone especial cuidado, por lo menos en Occidente, en desfraccionar las consecuencias y fraccionar el complejo personal y el complejo real, produciendo seguridad sobre todo para los reos. En nuestro Derecho Penal de corte liberal han regido, por lo menos hasta la confusa postmodernidad, la exigencia de que no se condene a un inocente, aunque se salven cien culpables, y la regla "Nullum crimen, nulla poena sine lege".

Según ya hemos señalado, el Derecho Penal encara la personalización como "repersonalización". La legitimación de los repartidores penales posee más sentidos **aristocráticos**, de humanismo **intervencionista** con el respectivo peligro de totalitarismo y de protección del individuo contra los demás y sí mismo.

En nuestro tiempo, sin embargo, esos caracteres diferenciadores respecto del Derecho Internacional Privado se van esfumando porque, por lo menos hasta ahora, todo al fin se "privatiza" en el mercado. El Derecho Penal que conocemos ahora responde a un sentido de eticidad estatal fuertemente relacionado con la modernidad, pero el de los días del desarrollo radical de la sociedad civil va resultando diferente.

341. El Derecho Penal es básicamente **territorial** y en consecuencia emplea el método **directo**. Cuando hace frente a la delincuencia internacional se vale principalmente del principio **cosmopolita**, del **auxilio policial** y **judicial**, incluyendo este último su institución específica de la **extradición**, y de un muy limitado marco de **reconocimiento** y todavía más reducido campo de ejecución de sentencias extranjeras (139).

El régimen penal ha sido tradicionalmente **"nacional"**, como dijimos, con algunas proyecciones de universalidad. Su constitución definitiva se logró en relación, a veces de conflicto, con el Estado moderno, no proyectándolo hacia afuera, sino afirmándolo y cuestionándolo desde adentro.

En el área genéricamente penal mucho del reconocimiento y la ejecución de sentencias se refiere a las perspectivas **civiles**. La condena civil en sede penal tiene con frecuencia algunas características propias, como el empleo de un proceso referido a principios distintos, pero no hay razones decisivas para excluir su admisión extraterritorial.

Por el momento no se presentan despliegues importantes de Derecho Internacional Penal y sólo hay juego del Derecho Penal Internacional. Sin embargo, como puede ser que el Estado extranjero no pida la extradición o que no pueda hacerse lugar a la misma y el principio cosmopolita vulnera de cierto modo la exigencia áurea "nullum crimen sine lege" (pues para el reo el Derecho resulta sobrevenido), creemos que puede llegarse al Derecho Internacional Penal.

Estimamos que así como entre Estados ligados por una gran confianza se va abriendo cierta posibilidad de ejecución extraterritorial de las penas, principalmente a pedido de los reos, es posible que se llegue al Derecho Internacional Penal en el cual, de ser necesario, un Estado condene por un delito extranjero según el Derecho del país respectivo.

Aunque reconocemos que el despliegue del principio cosmopolita y los tratados de Derecho Unificado de la respuesta del Derecho Penal Internacional pueden responder mejor al sentido utilitario mundialista de la postmodernidad, creemos que el Derecho Internacional Penal tiene plena fundamentación y sería un avance en el respeto a la condición humana en juego en el régimen penal, sea en cuanto a la represión del delito o a la finalidad última de la repersonalización del reo.

342. Algunas consideraciones especiales corresponden a la **extradición**. En la **dimensión sociológica** se trata de un refuerzo de la autoridad y de la planificación del régimen del Estado que la requiere y de una colaboración del régimen del Estado que la otorga a través de decisiones autoritarias que normalmente se ordenan por planificación. El refuerzo y la colaboración se desenvuelven en el marco de un orden superior que puede nacer de la mera ejemplaridad o sobre todo de cierta planificación vía tratados. Por estas sendas se pretende la superación de los límites que han encontrado los repartos del régimen requirente.

En la **dimensión normológica** la extradición hace ganar exactitud a las normas del Estado requirente. Las fuentes formales más significativas son los tratados, las leyes y las sentencias. La fidelidad de las normas de extradición suele quedar reducida por expresiones hipócritas tendientes a evitar roces entre los Estados, como las que se producen con frecuencia en el rechazo a la extradición de nacionales cuando esconde criterios de desconfianza con los Estados extranjeros

(139) Es posible v nuestro artículo "Acerca de la ambientalidad del Derecho Penal", en "Zeus", t 5, págs D 31 y ss

o el otorgamiento de asilo (140).

En la extradición se consolida la institucionalidad del Estado que la requiere, por vía de negocialidad con el Estado que la otorga. A través de su despliegue se produce una expansión del ordenamiento normativo del país beneficiado al hilo de relaciones horizontales entre normas, sobre todo de producción, que realizan el valor infalibilidad.

En la **dimensión dikelógica** de la extradición hay cierta integración de la justicia con la utilidad, ya que se incrementan los medios a disposición del Estado que obtiene el auxilio solicitado. Con ella avanzan la justicia gubernamental y general desde el punto de vista de la comunidad requirente.

La extradición se otorga con miras al desfraccionamiento del complejo real espacial, aunque por tratarse de materia penal ha de regir el fraccionamiento consagrado en el principio "nullum crimen sine lege" y ha de tomarse conciencia que con ella se limita el derecho de cada ser humano a elegir, en el complejo real y personal, el marco donde ha de vivir, si no perjudica a los demás.

En la extradición se incrementa la legitimación aristocrática penal con una legitimación autónoma entre los Estados. El proceso de extradición, en el que una de las partes es el Estado solicitante, ha de cumplir amplios recaudos de justicia, respetuosos del espíritu de la materia penal. A diferencia de lo que suele ocurrir en el área "civil", en el ámbito penal la extradición es necesaria porque la gravedad de las consecuencias penales hace que el proceso deba realizarse con una amplia audiencia que sólo puede lograrse en **presencia**.

En la extradición aumenta el humanismo intervencionista, con el respectivo riesgo de totalitarismo. La comunidad entre los Estados y la igualdad hacen retroceder al sentido de la unicidad del extraditado. La extradición supera la división del poder producida por la diferenciación entre los Estados, con el consiguiente peligro para el individuo y la inherente disminución del liberalismo. Una de las preocupaciones fundamentales ha de ser proteger al individuo requerido contra el régimen solicitante, pero a su vez importa tener en cuenta que hay que permitir que ese régimen ampare a los individuos desde la perspectiva penal.

343. La extradición significa abrir paso a un pronunciamiento extranjero y por lo tanto se asemeja a la admisión de pronunciamientos extranjeros del Derecho Privado en cuanto a la necesidad de cumplir requisitos formales, procesales y de fondo.

En el aspecto **formal** se han de cumplir los requisitos que correspondan a los documentos extranjeros que intervengan. En cuanto al **proceso**, ha de mediar un juicio positivo acerca de la debida audiencia que ha recibido y recibirá el sujeto requerido. En relación al **fondo**, el delito ha de ser suficientemente grave según pautas que a veces se evalúan por la importancia de la pena en cuestión; la pena ha de ser admisible, sobre todo no demasiado cruel, y entre uno y otra debe existir relación de correspondencia. En cualquiera de los casos de incumplimiento de los requisitos referidos es legítimo denegar el pedido, con el consiguiente fraccionamiento de la justicia, productor de seguridad para el sujeto requerido.

Una de las causales que se hicieron tradicionales para denegar la extradición es que se trate de un **delito político** según el criterio del país requerido. A nuestro parecer, esa negativa resulta

(140) Puede tenerse en consideración por ej. PIOMBO, Horacio Daniel, "Extradición de nacionales", Bs. As., Depalma, 1974.

justa porque el carácter político lleva a la duda acerca de la justicia del proceso y del fondo de la decisión extranjera. Ademas, en algún caso ahora muy excepcional, sobre todo difícil en nuestro tiempo de gobiernos por grupos y sistemas difusos más que por hombres, el "delito político" puede no ser delito sino esa maravillosa forma de la resistencia a la opresión que es el tiranicidio (141).

Otra causal que suele invocarse para negar la extradición es el carácter **nacional** del sujeto requerido, pero creemos que si bien esa negativa puede significar un fraccionamiento que asegure el sujeto contra el régimen que lo solicita, en realidad es discriminatoria. Su legitimidad suele ser oblicua, porque en realidad hay dudas respecto del proceso o del fondo.

De cierto modo puede decirse que la negativa a extraditar a un delincuente político o a un nacional puede no ser el reparto justo pero sí, en diversos grados, el más justo de los repartos posibles para quien lo hace, o sea, un reparto **justificado**.

Cuando se deniega la extradición, el deber de desfraccionar al máximo la justicia suele exigir que el Estado que la rechaza **juzgue** al sujeto en cuestión. A su vez es posible que la extradición sea denegada legítimamente si el Estado requerido tiene más o iguales fundamentos para enjuiciar el delito en cuestión u otro reclamo penal de su propio régimen. El otorgamiento de la extradición se produce en un cauce de justicia fraccionada de otros repartos, de modo que el sujeto **sólo** debe ser juzgado por el delito en relación con el cual fue extraditado (principio de la especialidad).

La extradición tiene aspectos administrativos e internacionales, pero ante la debilidad del reo urge tener en cuenta que se trata de modo principal de una institución **penal**, que ha de respetar el espíritu liberal requerido por esta materia.

2) El cambio de estatutos

344. Aunque no se utilicen puntos de conexión e impere el territorialismo, en la actualidad el delito tiene a menudo carácter "móvil" y éste se hace particularmente tenso cuando en su itinerario va quedando tipificado en diversos países. Entendemos que aquí se produce un **"concurso ideal internacional"**. Despedazar el problema considerando que hay concurso real puede llevar a consecuencias injustas.

También puede plantearse que las tipificaciones se refieran a perspectivas diversas del mismo hecho global, suscitándose entonces un **"concurso real internacional"** que puede ser más aparente que real (142).

Vale tener en cuenta que el Derecho Penal interno cuenta normalmente con una tarea de síntesis que realiza en cada país el propio legislador de la que el Derecho Penal Internacional carece, pero que el "nacionalismo" de los sistemas penales está llamado a desaparecer.

La solución radicalmente **innovadora** de la negativa lisa y llana a extraditar a quienes tengan reclamos anteriores o posteriores pendientes en el país requerido, sin entrar a considerar la legitimidad del pedido del requirente, es cada día menos aceptable.

Goldschmidt indicó que no es legítimo aplicar en materia de extradición el principio de

(141) Es posible v. por ej. MACHADO PAUPERIO, A., "O Direito Político de Resistência", Río de Janeiro - San Pablo, Forense, 1962; también puede tenerse en cuenta nuestra tesis "El liberalismo político desde el punto de vista jurídico", Universidad Nacional de Rosario, 1969.

(142) En relación con las figuras concursales penales es posible tener en cuenta por ej. SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", 2a. reimp., Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, t. II, 1953, págs. 173 y ss., 306 y ss. y 361 y ss.

la preferencia del Derecho Penal más benigno. "Una persona no puede por traslados de país a país disminuir su punibilidad, llegando, finalmente, a "blanquearla" por completo." (143).

Sería deseable que por diversas causas, entre las que se encontraría el designio de evitar la complejidad de los concursos de delitos, el Derecho Penal no saltara desde la etapa del nacionalismo al simple universalismo, porque en esto se juega en mucho la **diversidad cultural**.

D) FILOSOFIA DEL CONJUNTO DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LAS MATERIAS AFINES

I) El conjunto de la Parte Especial del Derecho Internacional Privado y las materias afines en la actualidad y el porvenir

1) El planteo "macrojurídico" de la Parte Especial y las materias afines

345. Dentro de la gran importancia que en general tiene la Filosofía de las ramas jurídicas en nuestro tiempo, la disciplina que se refiere al Derecho Internacional Privado posee **destacado relieve**. Además, en ella ocupan puestos de gran significación las referencias a la Parte Especial y a las materias afines.

Junto a los planteos **"microjurídicos"**, que abordan temas recortados, como los que abarcan casi todas las causas que hemos considerado (personas, formas, matrimonio, contratos, etc.), importa tener en cuenta los enfoques que se abren a lo **"macrojurídico"**, atendiendo al complejo de la Parte Especial y al complejo del Derecho Internacional Privado. La formación científica o profesional no puede ser completa si sólo se limita a comprender lo que suele plantearse en el pleito y prescinde del panorama general.

346. En el panorama del complejo de la Parte Especial del Derecho Internacional Privado y las materias afines de este tiempo se destacan sectores de algún modo superficiales pero especialmente dinamizadores, constituidos por los **contratos**, las **personas jurídicas empresariales** y las **soluciones procesales**. A través de ellos se expresa el empuje del capitalismo desarrollado, con vocación por la autonomía, la ejemplaridad y la negocialidad, por el valor utilidad, por la justicia consensual, sin acepción de personas, simétrica, conmutativa, "partial", sectorial, de aislamiento, relativa y particular y por la legitimación por los propios interesados y el humanismo abstencionista.

Al hilo de esos sectores jurídicos, la Parte Especial del Derecho Internacional Privado y las materias afines tienen importantes influencias en la construcción del mundo actual. Con su desenvolvimiento se van formando la **constitución material** y la **constitución cultural** (144) de lo que por lo menos parece ser un creciente régimen universal. La "infraestructura" que influye en la formación del mundo de estos días se manifiesta en gran medida a través de la Parte Especial de esta rama jurídica y de sus materias afines.

La mayor "superficialidad" de la infraestructura de esta época está en algún grado en relación directa con las fuerzas de producción extrahumanas que se utilizan. Una sociedad que

(143) GOLDSCHMIDT, "Derecho ..." cit., pág. 556.

(144) Puede v. nuestro estudio "La constitución cultural, componente básico de un Estado", en "Boletín del Centro ..." cit., Nº 15, págs. 51 y ss.

emplea como fuerza de producción la energía del hombre tiene que hacer referencias más hondas.

La realidad actual pone en crisis a la internacionalidad clásica. Mediante el empuje de los sectores contractuales, de las personas jurídicas empresariales y los despliegues procesales se constituyen un **Derecho Privado Internacional** y un **Derecho Procesal Internacional Privado** que coexisten con el Derecho Internacional Privado clásico. Este se mantiene en mayor grado en las otras áreas, pero es también influido a menudo por el sentido de debilitamiento de las diferencias, que en mucho desestabiliza a las culturas marginales.

2) Las "ramas" jusprivatistas internacionales tradicionales y las nuevas

347. A la luz de la proyección "macrojurídica" del Derecho Internacional Privado se advierte que también dentro de él son posibles **ramas jurídicas nuevas**. Junto a las áreas tradicionales del Derecho Internacional Privado Civil, Comercial, del Trabajo, etc. es posible reconocer por ejemplo el **Derecho Internacional Privado de la Salud, del Arte, de la Ciencia y la Tecnología, de la Educación, de los Menores, de la Ancianidad**, etc., signados en definitiva por especiales requerimientos de justicia en la protección del elemento extranjero (145).

A veces estas nuevas ramas tendrán exigencia suficiente para poner en **crisis** a las soluciones jusprivatistas internacionales tradicionales, por ejemplo, haciendo que contratos referidos a la salud, el arte, la ciencia y la tecnología, la educación, etc. sean sometidos con criterios proteccionistas especiales a las leyes personales, sobre todo domiciliarias, de los enfermos, los artistas, los investigadores, los educandos, etc. o que se abran jurisdicciones especiales para esa protección; en otros casos servirán por lo menos como criterios de **comprobación** de la justicia de las soluciones tradicionales.

II) El mundo del Derecho Internacional Privado actual y su porvenir

348. En este mundo crecientemente empresarial, pactista y universalizado urge saber cuáles serán las relaciones entre la **economía** y el **resto de la vida**.

Una de las contradicciones más importantes del mundo capitalista es en general la tensión entre la ideología de los derechos humanos, desarrollada desde la época en que la burguesía luchó contra el feudalismo, y el **sistema económico**. Muchos titulares de tales derechos son marginados por el sistema, sobre todo porque no producen ni consumen significativamente, como sucede con los ancianos. Además a veces el complejo parece sumergirse, en particular porque todo llega a resolverse en los términos deshumanizantes de una opción en la que, por una parte, están las empresas y el mercado, que a veces en lugar de ser expresiones de libertad son corruptos, corruptores y explotadores, y por la otra la burocracia y la corrupción gubernamentales crecientes, que en lugar de proteger a los particulares también abusan de ellos (146).

(145) Es posible v. nuestro estudio en colaboración con Ariel ARIZA, Mario E. CHAUMET, Carlos A. HERNANDEZ, Alejandro Aldo MENICOCCI, Alfredo M. SOTO y Jorge STAHLI "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho", en "El Derecho", t. 150, págs. 859 y ss.

(146) V. por ej. MINUS, Paul M. (ed.), "The Ethics of Business in a Global Economy", Boston - Dordrecht - Londres, Kluwer, 1993.

Ni el mercado ni la democracia por sí son corruptores y a menudo sólo dejan a la vista la corrupción que el autoritarismo suele ocultar, pero ni ellos ni el hombre pueden vivir sin cierto grado de eticidad, sin alguna proyección "republicana".

Vale interrogarse si desde el punto de vista de la **condición humana** y del **universo** todo este nuevo mundo empresarial, pactista y en lo profundo universalizado, es un avance, un estancamiento o un retroceso. Aunque nos sentimos en el compromiso de defender la riqueza del fenómeno humano y del cosmos en general, reconocemos que es muy poco lo que puede saberse al respecto. Como quizás en un estudio filosófico no podía ser de otra manera, concluimos con un **interrogante** (147).

(147) En cuanto al Derecho Internacional Privado en general v. por ej. además GONZALEZ CAMPOS, Julio D., y otros, "Derecho Internacional Privado - Parte especial", 6a ed., Madrid, Eurolex, 1995; BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", 2a. ed., Bs. As., Depalma, t. I y II, 1983 y t. III, 1988; "Curso de Derecho Internacional Privado", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993; ORCHANSKY, Berta Kaller de (con la colaboración de Adriana DREYZIN de KLOR y Amalia URIONDO de MARTINOLI), "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado", Bs. As., Plus Ultra, 1991; también "Legislación básica de Derecho Internacional Privado", ed. preparada por BORRAS RODRIGUEZ, Alegría, y otros, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1994; SILVA ALONSO, Ramón, "Derecho Internacional Privado - Parte Especial", Asunción, Intercontinental, 1995. En nuestro medio asimismo cabe recordar por ejemplo, por su riqueza informativa doctrinaria para la época, ROMERO DEL PRADO, Víctor N., "Derecho Internacional Privado", Córdoba, Assandri, 1961

RESEÑA

DE DERECHO

RESEÑA CONMEMORATIVA

Presentación de la traducción castellana de Filosofía del Derecho privado (I, La idea individual) de Gioele Solari, Bs.As., Depalma, 1946, por Renato Treves

Alfredo Mario SOTO (*)

En opinión del autor, la Filosofía del Derecho Privado de Solari explica amplia y orgánicamente cómo se han formado los códigos y las otras normas jurídicas privadas. Su obra ha influenciado notablemente el pensamiento jusfilosófico de España y Latinoamérica. Solari, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Turín desde 1918, fue sucesor de Giuseppe Carle, quien partiendo de Vico, Romagnosi y Goberti, había criticado la filosofía de Rosmini por la consideración del individuo en abstracto, prescindiendo de la sociedad y la historia. A pesar de algunas críticas, Solari continúa en la búsqueda de las exigencias individuales y sociales en el Derecho y el desarrollo de una jusfilosofía vinculada a la filosofía de la sociedad.

Se destaca que Solari obtuvo en 1907 el premio del Real Instituto Lombardo de Ciencias y Letras por su trabajo acerca de la repercusión de las doctrinas socialistas sobre el Derecho Privado, cuya primera parte constituye el primer volumen de la Filosofía del Derecho Privado. Solari se opone al positivismo, al neo-kantismo de Del Vecchio y de Stammler por su dualismo entre forma y materia y su individualismo abstracto, y al neo-hegelianismo de la libertad de Croce (por reducir la actividad jurídica a actividad económica al afirmar que el derecho es la actividad económica que se desarrolla bajo la ley, es decir que la naturaleza sería creadora de la interpretación jurídica (1)) y de Gentile (por reducir el derecho a la ética, dado que sostuvo que la relación derecho y moral es la misma que entre abstracción y concreción). Rechaza el espiritualismo y el naturalismo, adhiriendo al idealismo trascendente (todo lo real es espiritualidad, conciencia y producción del sujeto) de Piero Martinetti.

La concepción de Leibniz, Kant y Martinetti, según la cual la vida colectiva es un sistema de vidas individuales cerradas en sí mismas y unidas para la coexistencia y la cooperación, capta para Solari solo una parte de la vida del Derecho y de la sociedad pues la justicia no se constituye únicamente como principio de cooperación, sino también de integración y elevación de los individuos de la sociedad considerada como un organismo. Para Solari la universalidad como forma de la vida espiritual se realiza por grados: el grado inferior o económico se vincula a las exigencias de nuestra naturaleza; en un grado más alto o jurídico se revela en las formas sociales

(*) Investigador del CIUNR

(1) BOBBIO, Norberto, "Recuerdo de Renato Treves", trad.Luis Rodríguez Abascal, en "Doxa", 15-16, vol.II, 1994, p.1055

de la existencia; el grado supremo ético-religioso representa la realidad infinita y resuelve la vida individual y social en la realidad universal.

Bajo la dirección de Solari el Instituto Jurídico de la Universidad de Turín publicó desde 1928 más de 40 memorias científicas. Solari se dedicó mayormente a la Rivista di Filosofía. En su escuela se formaron Alessandro Passerin d'Entreves, Norberto Bobbio y el propio Renato Treves (2). En la Universidad Nacional de Tucumán, Silvio Frondizi utilizó la Filosofía del Derecho Privado de Solari en los cursos de Historia de las Instituciones.

En definitiva, creemos que Renato Treves ha puesto de relieve un valioso aporte de Gioele Solari al desarrollo de la Filosofía del Derecho Privado, que legitima ampliamente los significativos despliegues que en dicha rama, con los aportes de Henri Batiffol (3), François Gény (4), Werner Goldschmidt(5), Federico Carlos de Savigny (6), Michel Villey (7), Miguel Angel Ciuro Caldani (8),etc., y en otras áreas (9), se vienen elaborando, para que, por un lado, la Filosofía sea

(2) Este último, durante su década de exilio en Argentina, abordó la introducción a la obra de Solari, que estamos comentando, cuando era tema prohibido en Italia. Ver BOBBIO, op.cit., p.1053.

(3) Al respecto cabe citar "Aspects philosophiques du droit international privé", Paris, Dalloz, 1956. Ver FRANCESCAKIS, Phocion, "Philosophie du Droit et Droit International Privé", en "Archives de Philosophie du Droit", No.3, Paris, Sirey, 1957,ps.207 y ss; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Henri Batiffol y la fundamentación de la Filosofía del Derecho Internacional Privado- Nota a la fundamentación de una obra clásica-", en "Investigación y docencia", No.18, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, ps.107 y ss.

(4) Ver sus obras "Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo", 2a.ed., Madrid, Reus, 1925; "Science et technique en droit privé positif", Paris, Sirey, 1922-1930. Nuestro "Notas trialistas sobre la Filosofía del derecho privado en François Gény", en "Investigación..."cit., No.13, ps.161 y ss.

(5) Cabe citar, por ejemplo, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a.ed., Bs.As., EJEA, 1952-54 -ver nota de CHAUMET, Mario Eugenio, "Meditaciones sobre el Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario", No.13, Rosario, FIJ, ps.39 y ss. También es posible ver de Goldschmidt, "Derecho Internacional Privado", 6a.ed., Bs.As., Depalma, 1988; "El S.O.S.del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos", Bs.As., Belgrano, 1979; "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935 -ver nota de CIURO CALDANI, "Werner Goldschmidt y "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", en "Boletín..."cit., No.13, ps.36 y ss. Cabe agregar,de Goldschmidt, "Suma del Derecho Internacional Privado", 2a.ed., Bs.As., Abeledo-Perrot, 1961; "Estudios Jusprivatistas Internacionales", Rosario, UNR, 1969; nuestro "Fundamentos del Derecho Internacional Privado", en "Investigación..."cit., No.15,ps.59 y ss.

(6) Ver, por ejemplo, su "Sistema de derecho romano actual". Es posible consultar CIURO CALDANI, "Savigny y el Derecho Internacional Privado", en"Revista de Ciencias Sociales", 14, ps.755 y ss.

(7) V.CHAUMET, "La Filosofía del Derecho privado de Michel Villey a través de su noción de contrato", en "Investigación..."cit., No.13, ps.129 y ss; nuestro "Michel Villey et la philosophie du droit en Argentine", en "Michel Villey et le droit naturel en question", París, L'Harmattan, 1994, ps.135 y ss.

(8) Ver, entre otras, "Afinidades entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado", en "Investigación..."cit., No.11, ps.3 y ss; "Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en "Jurisprudencia Argentina", 9-III-94; "Bases para la Filosofía de la división "Pentárquica" del Derecho Civil", en "Investigación..."cit., No.9, ps.17 y ss; "Filosofía del Derecho Privado", en "Boletín.."cit., No.6, ps.13 y ss; "La Filosofía del Derecho Privado en la Revolución Francesa", en "Investigación..."cit., No.13, ps.111 y ss; "La Filosofía y el Derecho Internacional Privado", en "Investigación..."cit., No.2, 1987, ps.5 y ss; "Notas para la comprensión axiológica del subsistema del Derecho Privado", en id., ps.29 y ss; "Perspectivas filosófico históricas del Derecho Privado", en id., ps.19 y ss; "Significados jusfilosóficos del Derecho Internacional Privado y sus problemas generales", en id., ps.57 y ss; "Werner Goldschmidt, la "liberación" y la integración de la Filosofía del Derecho Privado", en id., ps.123 y ss.

(9) En Filosofía del Derecho Constitucional se destacan, por ejemplo, Bidart Campos y Sagüés, y en Filosofía del Derecho Penal, los aportes de Binding, Tzitzis, etc.

iluminada desde cada una de sus partes y, por el otro, las ramas jurídicas encuentren su verdadera profundidad (10).

(10) Mencionamos que en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario existe un área de investigación y docencia y una Maestría en Filosofía del Derecho Privado. En ese marco, y organizada por la Cátedra Interdisciplinaria "Profesor Dr.Werner Goldschmidt" dependiente del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, con el auspicio del Instituto de Estudios Interdisciplinarios y Documentación Jurídica del Colegio de Abogados de Rosario y el Instituto "Werner Goldschmidt" de Investigaciones Jurídicas Especializadas e Interdisciplinarias de la FIJ, se llevó a cabo el 20 de setiembre de 1989 la Jornada "Grandes Maestros de la Filosofía del Derecho privado", cuyas comunicaciones se encuentran en "¡Investigación..."cit., No.13, ps.103 y ss.