



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

# INVESTIGACION Y DOCENCIA

Nº. 2



FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

PROFESOR DOCTOR WERNER GOLDSCHMIDT

El 21 de julio de 1987 falleció en Buenos Aires el Doctor Werner Goldschmidt, profesor emérito de la Universidad Nacional de Rosario y miembro honorario de este Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

El profesor Goldschmidt había nacido en Berlín en 1910 y se había doctorado en Derecho en Hamburgo. Cuando en Europa se sató la persecución racial se acogió a la hospitalidad española y a fines de la década de los años "40" se radicó en Argentina.

Fue docente fundador de la Escuela de Derecho hoy convertida en esta Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, desempeñándose como profesor titular de Introducción al De recho y Derecho Internacional Privado desde la iniciación de las actividades de las respectivas cátedras hasta 1975.

Como resultado de su tarea docente y de investigación de más de medio siglo, formó numerosos discípulos, en diferentes países y brindó una vasta producción científica que abarca varios centenares de títulos, entre los que se destacan tres obras clásicas: "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", "La ciencia de la justicia (Dikelogía)" e "Introducción filosófica al De recho".

Mediante estas líneas "Investigación y Docencia" se adhiere al duelo provocado por el fallecimiento del científico eminente y maestro cabalmente ejemplar. (\*)

M. A. Ciuro Caldani

(\*) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Werner Goldschmidt y la cultura jurídica rosarina", en "La Capital", 1-VIII-1987.

## LA FILOSOFIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

### I. Ideas básicas

1. Uno de los problemas más importantes del pensamiento de nuestro tiempo es el de la integración entre Filosofía y Ciencia, a fin de que las cuestiones evidenciadas por una sean debidamente tenidas en cuenta por la otra. Cabe destacar por ejemplo, que la ciencia de nuestros días hace frente a problemas "enormes". como los de la energía atómica y la genética humana, respecto de los cuales las decisiones requieren el urgente auxilio de la Filosofía. Hay que evitar que una proyección valorativa esclerosada intente paralizar a la ciencia; pero también que la ciencia falsificada como mera erudición que se desorienta de la "verdad" (siempre personalizante) lleve a la destrucción de la vida misma.

Es más: el universo es siempre relativamente "enorme", por su carácter infinitamente complejo, y lo es de manera especial cuando nos referimos a los fenómenos culturales, entre los que se encuentra el Derecho; sobre todo cuando tratamos de fenómenos altamente "interculturales", como el Derecho Internacional Privado. El saber jurídico, cuyo objeto es siempre especialmente "enorme", necesita de manera particular la integración de la Filosofía y la Ciencia, en este tiempo, de modo principal para contar con el dinamismo y la profundidad imprescindibles para resolver debidamente la crisis de nuestros días, y una de las disciplinas científicas jurídicas especiales que vienen recibiendo aportes de la Filosofía, pero deben hacerlo todavía con más penetración, porque es particularmente "crítica" es el Derecho Internacional Privado (1)

Uno de los testimonios del enriquecimiento recíproco que puede haber entre el saber jurídico en general y la Filosofía es la jerarquía que poseen tradicionalmente los estudios de Filosofía del Derecho; pero hay que evitar que la Filosofía del Derecho sea un compartimiento estanco en relación con el resto del saber jurídico, condenándose ambos, como tales, a la esterilidad. El De-

recho Internacional Privado es una de las disciplinas que más pueden participar en esta integración, que más necesitan recibir de la Filosofía del Derecho y, también, que más pueden brindarle (2). Cada expresión del saber contiene un germen de Filosofía total, y en el caso del Derecho Internacional Privado, sobre todo al hilo del magnífico desarrollo de su Parte General, hay, principalmente todo un estilo de relaciones interhumanas.

2. La Filosofía tiene una vocación de totalidad en que las ciencias no pueden acompañarla (3), pero también pretende eliminar los supuestos y significa -como la propia etimología de su nombre lo indica- un difícil equilibrio entre la pregunta constantemente renovada y la respuesta. La Filosofía es en consecuencia, un saber "crítico", en permanente "crisis", aunque no exclusivamente crítico, porque la pura crítica lo aparta de la posibilidad misma del saber. A su vez, el Derecho Internacional Privado es una rama jurídica especialmente "crítica", en el sentido de poner en "crisis" a nuestro propio Derecho, y en permanente crisis respecto de sí misma, por la significación de las transformaciones que se producen en la comunidad internacional.

A semejanza de todo proceso filosófico, el Derecho Internacional Privado tiene manifestaciones más "críticas" o más "dogmáticas" y más próximas a la pregunta o a la respuesta, aunque en cada caso la radicalización de cualquiera de los dos extremos excluye la Filosofía y termina paralizando el saber y la vida misma. Si la aparición del método indirecto en la Baja Edad Media y su resurgimiento en el proceso que expresó con nitidez Savigny fueron momentos altamente "críticos" respecto del Derecho territorial, más proyectados a la "pregunta", la Escuela holandesa y flamenco y la búsqueda contemporánea de soluciones materiales directas o incluso la consideración frecuente de las leyes de aplicación inmediata son expresiones más "dogmáticas", más lanzadas a la "respuesta". A su vez, el sentido cambiante de las concepciones del Derecho Internacional Privado refleja el carácter crítico de sí mismo que tiene nuestra materia en relativa correspondencia con los cambios en las relaciones "interespaciales".

La integración de la perspectiva filosófica es significativa para el concepto del Derecho Internacional Privado y para las dos

grandes "partes" en que se divide la disciplina, General y Especial.

## II. El concepto del Derecho Internacional Privado

3. El objetivo que corresponde al Derecho Internacional Privado, y al Derecho, sea cual fuere su manifestación, depende de la Filosofía que se sostenga acerca de lo jurídico. Para mostrar la interrelación del Derecho Internacional Privado con las diversas posiciones filosóficas cabe señalar, por ejemplo, que desde un punto de vista marxista la creciente universalización de las relaciones de producción puede comprenderse como de terminante, en "última instancia", d una universalización del Derecho con unidades crecientemente unificadas y, en cambio, el existencialismo tiende a potenciar la diferencia entre el Derecho propio y el extranjero (4). Puede agregarse, v. gr., que por su parte las posiciones personalistas suelen mostrar, al hilo de una referencia más equilibrada al complejo cultural en su totalidad y a través de una comprensión más "convivencial", una visión de lo internacional a la vez más libre y comunitaria.

La visión más crítica y más filosófica del Derecho Internacional Privado es la que lo refiere a la elección entre los diversos Derechos "nacionales" a fin de resolver, por vía indirecta, los "conflictos de leyes". En cambio, el sentido crítico y filosófico disminuye cuando se hace referencia a las soluciones materiales directas y a las leyes de aplicación inmediata. Al comparar las tres referencias que se indican para nuestra ciencia en la teoría "tripartita" qué puede denominarse contemporánea, se advierte, a nuestro parecer, una diferencia e incluso una incompatibilidad de "espíritu" altamente significativas, que nos afirman en la creencia de que el sentido estricto del Derecho Internacional Privado debe abarcar sólo la primera; esto sin desconocer, sin embargo, que al hilo de las vías de extinción de la comunidad internacional en su sentido riguroso la materia y su ciencia pueden entrar en crisis e incluso en extinción. En todo caso, el "denominador común" entre los diversos momentos de la crisis ha de ser la filosofía a la luz de la cual es exigible, en última instancia, la solución valiosa de los casos culturalmente interes

paciales (hoy, internacionales) (5).

Sólo a través de la consideración del Derecho extranjero vinculado con el caso, puede superarse el "supuesto" de nuestro propio Derecho y esta superación del supuesto de nuestro propio criterio es un requerimiento reflejo del espíritu filosófico. Unicamente luego de la comprensión de la solución indirecta es posible advertir en plenitud la exigencia de una solución material superadora. El Derecho Internacional Privado ha de partir, con hondura de afinidad filosófica, de la pregunta por el significado "profundo" del elemento extranjero, que sólo puede revelarse a través del Derecho con el que se conecta (6), aunque luego ha de interrogarse también acerca del valor de la solución así obtenida y superarla, si es necesario.

4. Desde la Filosofía del Derecho, Del Vecchio, Cossio y Maihofer (7) han evidenciado que el Derecho es conducta en interferencia intersubjetiva, y la "conducta" jusprivatista internacional es especialmente tensa por la amplitud de opciones que presenta. El Derecho Internacional Privado se muestra, así, a la luz de la Filosofía, como una de las expresiones más ricas de la juridicidad.

El Derecho Internacional Privado en sentido estricto requiere el empleo de los métodos indirecto, analítico-analógico (mejor, quizás, analítico privatista) y sintético-judicial. Los tres pueden ser comprendidos mejor como aperturas críticas de carácter filosófico, respecto de los que los preceden. El método indirecto significa una apertura crítica en relación con el método directo. A su vez, el método analítico-analógico refleja la crisis del método indirecto en los casos absolutamente internacionales que, además de la vía indirecta, requieren dicho análisis. Por último, el método sintético-judicial surge de la crisis de las meras referencias analítico-analógicas, que pueden conducir a soluciones insostenibles.

El apoyo de la Filosofía es también necesario para reconocer los valores que deben realizar en los casos jusprivatistas internacionales. En la medida que se piensa en términos de poder, previsibilidad y orden interno, han de tenerse más en cuenta las leyes de aplicación inmediata: si la contribución entre estos va-

lores posee más ingredientes de orden importan más las soluciones materiales directas, en tanto que el reconocimiento de las diferencias internacionales a través de la solidaridad entre repartidores y la justicia, lleva al método básico de consideración del Derecho vinculado al caso (8).

La vocación expansiva del valor utilidad conduce a favorecer la uniformidad y la simplificación de las respuestas mediante soluciones materiales directas (no es sin motivo que los mayores reclamos a favor de este tipo de soluciones suelen provenir de áreas donde la justicia se integra especialmente con la utilidad o ésta se arroga el material de la justicia, como el Derecho Comercial) pero hay también una importante exigencia del valor humanidad (el deber ser de nuestro propio ser) que lleva a la justicia a respetar los valores extranjeros mediante la imitación de los Derechos respectivos, prescindiendo de algunos de nuestros valores. A la luz de una comprensión filosófica se descubre que el único valor jurídico que ha de orientarnos para marginar nuestros valores e imitar los extranjeros o para rechazar los valores extranjeros es la justicia. En Derecho Internacional Privado se produce con especial apertura un fenómeno de "convocatoria" axiológica de la justicia, que "llama" a los valores de los Derechos aplicables, aunque luego, "invocándose" superiores criterios de justicia y humanidad, se recurra al orden público para rechazarlos.

El auxilio de la Filosofía contribuye a que la propuesta valorativa de la vida cultural extranjera sea resuelta en el sentido del respeto. En general, los seres humanos recibimos los mensajes valorativos extraños en términos de rechazo -sea de risa, porque se los considera lisa y llanamente inferiores (9) o de indignación, porque se los estima desafiantes- o en términos de reconocimiento -sea a través del mero respeto, cuando los consideramos valiosos para otros hombres (generalmente al hilo del valor común humanidad) o como asunción para nuestra propia vida. El "elemento extranjero", cuya presencia encara el Derecho Internacional Privado, está fuera de los valores de nuestra vida "propia", y si no tenemos apertura filosófica hacia otras posibilidades valiosas, distintas de las que ya asumimos, podemos desjerarquizarlo a través de la risa o de la indignación. Por otra parte, si no estamos pre-

parados filosóficamente en la asunción de nuestros propios valores, podemos deslumbrarnos con los valores extranjeros llegando a la infundada asunción de estos para nuestra propia vida. El elemento extranjero, si sólo es tal y no un despliegue de nuestra propia vida, merece nada menos ni nada más que nuestro respeto; pero para identificarlo y para tratarlo de este modo se requiere el auxilio de la Filosofía.

En la práctica de nuestra propia vida, el rechazo de los valores extranjeros puede traducirse en su marginación o su enfrentamiento mediante otros valores y su reconocimiento puede expresarse en la imitación o la recepcción (10). El respeto al elemento extranjero se concreta a través de la imitación del Derecho con el que se vincula, en tanto que la asunción del valor extranjero se produce por recepción del Derecho respectivo.

La imitación y la recepción pueden producirse por conversión a otro valor o por asimilación del mismo valor. En profundidad todo fenómeno de rechazo es en cierto grado marginación y enfrentamiento, aunque con combinaciones diversas, y todo reconocimiento es una combinación de imitación y recepción, apoyada de algún modo en la conversión y la asimilación. A la luz de la Filosofía puede apreciarse, así, mejor, el lugar que como fenómeno de dinámica axiológica tiene la imitación del Derecho extranjero, pretendida por el Derecho Internacional Privado. Como imitación significa, también, cierto grado de recepción, y aunque pretende la asimilación, de algún modo siempre produce conversión. Cabe señalar, en el sentido de la recepción, que el Derecho extranjero es, de cierto modo, también empleado en una solución "nacional" de nuestro Derecho Internacional Privado y, como ejemplo de conversión, que lo establecido en el país extranjero mediante la planificación gubernamental en marcha, realizadora del valor previsibilidad, en el país imitador sucede por cierta ejemplaridad, satisfactoria del valor solidaridad.

El reconocimiento de un nuevo valor, en el Derecho Internacional Privado el reconocimiento por imitación del valor extranjero, supone una "crisis" relativa de los valores que poseemos; pero urge el auxilio de la Filosofía para que entremos en crisis cuando corresponda, con miras a realizaciones en definitiva más valiosas.

sas.

Pocas cuestiones son tan filosóficas como la tolerancia y el Derecho Internacional Privado es Derecho de la Tolerancia.

5. Al hilo de la Teoría General del Derecho (entendida como "sistema jurídico") a construir también con el auxilio de la Filosofía, el Derecho Internacional Privado ocupa un lugar determinado por la exigencia de respeto al elemento extranjero mediante la imitación del Derecho con el que se vincula; pero ésto no excluye que la materia, con otros despliegues fácticos y otros requerimientos axiológicos, vaya desplazándose hasta llegar quizás un día a identificarse con la problemática que hoy tiene el Derecho Privado Interno, para entonces de alcance mundial. Lo que desde una perspectiva filosófica importa sobre todo es, a nuestro parecer, que las diversas soluciones que pueden recibir los casos jusprivatistas internacionales no se mezclen, en una complejidad impura de disolución sociologista, sino se muestren en todo su significado de complejidad pura, donde conservan su individualidad axiológica y se relacionan, no en la mezcla dentro de una disciplina, sino en la Teoría General del Derecho.

La vía indirecta se inspira en el respeto al elemento extranjero de la única manera en que puede ser respetado, comprendiéndolo básicamente como es; las soluciones materiales directas se orientan a un proceso de integración, donde las diferencias se sacrifican, y las leyes de aplicación inmediata preservan, sobre todo, intereses nacionales (mezclándose, sin embargo, el orden público "*a priori*"). No cabe duda de que un especialista en Derecho Internacional Privado debe conocer, como jurista cabal, las posibles soluciones materiales directas y las leyes de aplicación inmediata; pero también ha de conocer las soluciones penales que pueden tener los casos que resuelve. Todo esto es parte de su saber integral de jurista, no de cultor del Derecho Internacional Privado como tal. Tampoco cabe duda de que un civilista ha de conocer el Derecho Internacional Privado, el Derecho Penal, etc., más esto no habilita para incorporar dichas disciplinas al Dere-

cho Civil.

La Filosofía es la máxima complejidad pura ( toda complejidad impura y toda simplificación, por brillantes que sean, son en definitiva antifilosóficas) y el espíritu filosófico exige que el Derecho Internacional Privado conserve su identidad, integrado en la universalidad del Derecho que considera a la Teoría General. Es posible que a semejanza de la tendencia actual a la unificación del Derecho Civil y el Derecho Comercial, y quizás en mucho por el mismo impulso utilitario que tiende a la uniformidad ( a nuestro parecer, no siempre convincente -11-), el Derecho Internacional Privado, el Derecho Privado Universal y el Derecho Público tiendan a ser considerados en una misma asignatura y en los mismos textos; no cabe duda que en la práctica conviene conocer todo el Derecho, pero la Filosofía exigirá siempre saber en profundidad qué se está haciendo en cada solución y rechazará que cualquier ciencia jurídica, en este caso el Derecho Interncional Privado, sea marco de una complejidad impura.

La búsqueda de complejidades impuras "intradisciplinarias" es resultado de la ausencia de la complejidad pura interdisciplinaria, pero en el área jurídica la Teoría General del Derecho, tal como la proponemos, está llamada a evidenciar esa complejidad pura y, para concretar su tarea, necesita el auxilio de la Filosofía (12).

### III. Las fuentes del Derecho Internacional Privado

6. Por diversas causas, entre las que se destacan su despliegue en relación con distintos enclaves de poder y entre diferentes órdenes y la complejidad cambiante con que se presentan los casos, el Derecho Internacional Privado ha requerido y requiere el empleo de fuentes reales muy distintas, de modo tal que el imperio de las leyes, predominante en los países "continentales" es compartido por el empleo de tratados internacionales y el protagonismo muy significativos de las decisiones judiciales. Esta pluralidad de fuentes es una particularidad importante a la luz de la Filosofía del Derecho que, por otra parte, exige una clara comprensión filosófica para establecer la jerarquía correspondiente. La agudeza de los problemas así planteados hace que los culto

res de la ciencia jusprivatista internacional deban tener cierta vocación jusfilosófica y lleva muchas veces a que las mismas personas desarrollen ambas disciplinas (13).

#### IV. Los problemas generales del Derecho Internacional Privado

7. Todos los problemas generales del Derecho Internacional Privado significan una vocación crítica y filosófica, que varía según la orientación con que se los resuelva. Esa vocación es mayor cuando el problema de las calificaciones se resuelve según la "lex civilis causae"; con el avance del método analítico para la construcción de los tipos legales; cuando el problema de la cuestión previa se soluciona según la doctrina de la equivalencia y si se rechaza el fraude a la ley. Una larga tradición sujeta la fundamentación de los puntos de conexión a consideraciones filosóficas vinculadas al origen del Derecho, sea en la voluntad real o presunta de los protagonistas, la inserción natural del hombre en una comunidad, etc., y la vocación filosófica es especialmente amplia cuando el problema de la parte del ordenamiento extranjero aplicable se resuelve según la teoría de la referencia máxima, que admite la posibilidad del reenvío. La cuestión de la calidad del Derecho extranjero es un vasto desafío filosófico, sobre todo cuando se advierte la fundamentación de la necesidad de llevar a cabo la imitación equivalente de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero (lo que puede exigir una tarea de conversión de valores relativos para respetar una asimilación dikelógica). En el orden público "a posteriori" hay una intensificación máxima de la crisis; podría decirse que se produce una crisis en el Derecho extranjero al que se recurrió por una crisis ante nuestro propio Derecho. Cabría señalar que hay una relativa "dialéctica" crítica, en que se vuelve a otro nivel del Derecho nacional.

#### V. La correspondencia entre "causas" y puntos de conexión

8. También es muy significativa la relación de la Filosofía con la Parte Especial de nuestra disciplina, pues las decisiones que aquí se encaran dependen de las concepciones filosóficas acerca de los distintos problemas ("causas") enfocados en los an-

tecedentes ("tipos legales") de las normas y de los puntos de conexión (que, tomando hechos subyacentes en el antecedente indican el Derecho aplicable en la consecuencia jurídica).

En primer lugar se ha de resolver el significado de la "causa" que, con los hechos subyacentes al punto de conexión, constituye el "tipo legal". Según el significado "personal", "real" o "conductista" que se reconozca en la "causa", los hechos subyacentes han de tener el carácter respectivo, también "personal", "real" o "conductista". Si se considera que la "causa" concierne a personas determinadas, en la profundidad de su ser, ha de optarse por hechos subyacentes "personales"; cuando se estima que la "causa" se relaciona con una comunidad a través de las cosas, se decide por hechos "reales", y si se aprecia que la "causa" se vincula con el obrar de las personas, más o menos vinculado a la comunidad, se opta por hechos "conductistas". De aquí que han de constituirse, en la consecuencia jurídica, puntos de conexión personales, reales y conductistas.

La decisión respecto del significado de la "causa" requiere, sin embargo, otros planteos que también han de influir en los puntos de conexión. Aunque todos los significados jurídicos son multifacéticos, la comprensión de la causa se logra mejor ubicándola en el "arco" de elementos o figuras extremos que pueden influirla. Entre los tipos legales "elementales", la capacidad puede de comprenderse al hilo de las relaciones entre la individualidad y el mundo circundante, de modo que es explicable la sujeción de la capacidad propiamente dicha a la "personal" ley del domicilio y de las "prohibiciones especiales" a la "conductista" "lex fori". La forma puede comprenderse según una mayor afinidad con el fondo o con la superficialidad, que conduce a la caracterización según la cuestión de fondo y a la aplicación del Derecho que lo rige, o al empleo "conductista" del Derecho del lugar de celebración. La propiedad ha de comprenderse en la relación entre el propietario y la comunidad que, como recipiendaria gravada, ha de respetar dicha propiedad, resultando así respectivamente imitables la ley "personal" del domicilio del dueño o el Derecho "real" de situación o registración de la cosa.

Entre los tipos legales "relacionales", cabe comprender el matrimonio a la luz de las nociones de institución o de contrato,

que tienden respectivamente a la imitación del Derecho "personal" del domicilio conyugal o la ley "conductista" del lugar de celebración y promueven mayor mutabilidad o petrificación de la conexión. La filiación puede entenderse desde la perspectiva de los padres, que conduce a una atracción por la figura matrimonial, con el predominio del significado de ésta, o más desde el punto de vista de los hijos, que lleva a tener en cuenta el contacto "conductista" del lugar donde éstos fueron concebidos o la relación "personal" con el lugar donde nacieron o residen habitualmente. La sucesión puede considerarse en relación con la "persona" del causante o con los bienes, en referencia "real" con la comunidad donde éstos están situados. La validez intrínseca y los efectos de los contratos pueden referirse principalmente al consenso o al objeto, y a las partes o a la comunidad, con respectivas proyecciones, sobre todo, al enfoque "conductista" del Derecho que eligen las partes o al Derecho del lugar de celebración o a la relación "conductista" más social con la ley del lugar de cumplimiento. Las obligaciones que nacen sin convención suelen vincularse con otras relaciones, cuyo carácter y Derecho les corresponde, o referirse a hechos o personas, de modo que las "atren" una conexión "conductista" con el Derecho del lugar donde se produjeron los hechos o una conexión "personal" con la ley domiciliaria de dichas personas.

9. También cabe reconocer el significado filosófico de los puntos de conexión a fin de apreciar la legitimidad de relacionar ese significado con las "causas" que contribuyen a solucionar. En general, puede sostenerse que los puntos de conexión conductistas, sobre todo la autonomía de las partes y el lugar de celebración, son más afines al reparto autónomo y permiten, en consecuencia, más realización del valor cooperación; en cambio, el punto de conexión real situación de la cosa, cuando se refiere a inmuebles "por naturaleza", se halla en el extremo opuesto, afín al reparto autoritario, satisfactorio del valor poder. En atención a la "profundidad" de los contactos a que apuntan los diferentes puntos de conexión, cabe reconocer, v. gr., la "superficiedad" del asiento según la autonomía de las partes, el lugar de

celebración o la residencia, y la mayor "profundidad" del lugar de ejecución y el domicilio. Los puntos de conexión conductistas, principalmente la autonomía de las partes y el lugar de celebración, permiten más juego a la ejemplaridad, realizadora del valor solidaridad; en tanto que el punto de conexión real situación de la cosa, cuano se refiere a inmuebles "por naturaleza", significa posibilidades mayores para la planificación gubernamental en marcha, que satisface el valor previsibilidad. Puede reconocerse, en consecuencia que los puntos de conexión conductistas brindan un orden menos consolidado, en tanto que el punto de conexión inmobiliario a que nos referimos contribuye a que el orden sea más firme.

En cuanto a las clases de justicia, los puntos de conexión conductistas, sobre todo la autonomía y el lugar de celebración, son más afines a la justicia referida a los particulares, en cuanto que los puntos de conexión reales están en la posición opuesta de mayor atención a la justicia general, referida al bien de la comunidad de manera directa. Los puntos de conexión conductistas, principalmente la autonomía y el lugar de celebración, son más útiles para el respeto a la unicidad de cada cual, y se vinculan más con el liberalismo; en tanto que los puntos de conexión reales están en una posición próxima a los extremos igualitarios y comunitarista del arco de exigencias dikelógicas, con las correspondientes vinculaciones mayores con la democracia y la "res publica". Los puntos de conexión conductistas a que nos referimos son más simáticos al individualismo; en cambio los puntos de conexión reales son instrumentos más idóneos para las posiciones de mayor orientación social (14).

10. Una cuestión altamente significativa en todo el Derecho, pero en nuestra materia especialmente tensa por el grado de "abstracción" de las soluciones, es la de la correspondencia que debe existir entre los antecedentes y las consecuencias jurídicas de las normas; en Derecho Internacional Privado referida de manera particular a las "causas" y los puntos de conexión. Dicha correspondencia puede fundarse en la afinidad o la derivación y a su vez, ésta puede producirse por subsidiariedad o atracción de otra "causa". Hay que evitar, en cambio, las meras relaciones

de "yuxtaposición", carentes de legitimidad, que en Derecho Internacional Privado pueden originarse en el desarraigo o el destrozo (15). Las consideraciones de los párrafos que anteceden permiten reconocer, sobre las bases filosóficas últimas, las relaciones de "correspondencia" y "yuxtaposición", sean de afinidad, derivación o desviación, "personalistas", "realistas" o "conductistas".

A título de exemplificación, cabe señalar que hay correspondencia por afinidad si los problemas "personales" del matrimonio, donde debe haber realizaciones intermedias de autonomía y autoridad, un significativo grado de profundidad, y concreciones ~~tam~~bién intermedias de la ejemplaridad y la planificación gubernamental en marcha, con una satisfacción destacada de la justicia particular integrada con la justicia general y una equilibrada atención de la unicidad, la igualdad y la comunidad, son sometidos al Derecho del punto de conexión "personal" domicilio conugal, que satisface dichas exigencias. Existe correspondencia de rivada, por atracción, cuando la cuestión "personal" profunda validez intrínseca del matrimonio es sometida al Derecho del punto de conexión "conductista" lugar de celebración, por influencia autonomista, ejemplarista y particularista de la filiación, que además "superficializa" el problema; todo a fin de obtener hijos matrimoniales. Hay yuxtaposición por desarraigó cuando la "causa" personal profunda de los derechos y obligaciones concernientes a la filiación "ilegítima" es vinculada mediante el punto de conexión "conductista" y relativamente superficial lugar donde se hacen efectivos tales derechos y obligaciones, y existe yuxtaposición por destrozo cuando la "causa" personal sucesoria es resuelta mediante leyes que indica el punto de conexión "real" lugar de situación de los bienes.

La correspondencia entre las "causas" y los puntos de conexión depende, en definitiva, del lugar que se reconozca al elemento extranjero en el "mundo jurídico" (16) y en el cosmos en general, y éstas son también cuestiones profundamente filosóficas.

(\*) Investigador del CONICET. Relato remitido al IX Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

(1) Acerca de la noción de Filosofía puede v. por ej. HESSEN, Johannes, "Tratado de Filosofía", trad. Juan Adolfo Vázquez y Lucía Piossek Prebisch, Bs. As., Sudamericana, 1970; también puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1976. En cuanto a los aportes filosóficos es posible v. por ej. BATIFFOL, Henri, "Aspects philosophiques du droit international privé", Paris, Dalloz, 1956; GOLDSCHMIDI, Werner, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2da. ed., Bs. As., EJEA, 1952-54; "Derecho Internacional Privado", 5a.ed., Bs. As., Depalma, 1985; PARDO, Alberto Juan, "Derecho Internacional Privado", Parte General, Bs. As., Abaco, 1976; ARMINJON, P., "L'objet et la méthode du droit international privé", en "Recueil des Cours" de la Académie de droit international, t. 21, págs. 429 y ss.; DAVIES, D. J. Llewelyn, "Règles générales des conflits de lois", en id., t. 62, págs. 423 y ss.; HERRERA, Luis Fernando, "El objeto y la norma del Derecho Internacional Privado", en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", año VI, 3a. ép., Nº 24, 1951, págs. 445 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978; "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Dos estudios tridimensionalistas", Rosario, 1967; "El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico", Rosario, 1965; "Filosofía, literatura y Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

(2) Acerca de la autonomía educativa del Derecho Internacional Privado y su valor para la comprensión de las relaciones interhumanas en general, puede c. CIURO CALDANI. "Filosofía..." cit., págs. 121 y ss.; en cuanto al aprovechamiento de la ciencia del Derecho Internacional Privado para la ciencia jurídica en general

es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976. Desde el Derecho Internacional Privado pueden iluminarse especialmente las etapas de determinación, elaboración y adaptación (síntesis) del funcionamiento de las normas.

- (3) V.HESSEN, op. cit., págs. 21/22.
- (4) W. GOLDSCHMIDT, "Sistema...", cit., t.I, pág. 20.
- (5) Como punto altamente diferenciado de la interespacialidad y la interculturalidad, el Derecho Internacional Privado habrá brindado, en todo caso, un servicio imperecedero al saber jurídico.
- (6) V. en relación con el tema de la vinculación hecho-derecho, por ej. NERHOT, Patrik, "Le fait du droit", en "Archives de philosophie du droit", t.31, págs. 261 y ss.
- (7) V. DEL VECCHIO,Giorgio, "Filosofía del Derecho", trad. Luis Recaséns Siches-Luis Legaz y Lacambra, 7a. ed.,Barcelona, Bosch, 1960; COSSIO., Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964. Acerca de la relación entre Derecho, Estado y cultura, c. por ej. MAIHOFER, Werner, "Kulturelle Aufgaben des modernen Staates", en As.Vs.,"Handbuch des Verfassungsrechts", separata, de Greuyter,págs. 953 y ss.
- (8) Puede v. CIURO CALDANI, "Aspectos..." cit.
- (9) V., en sentido análogo de comprensión de la risa, ARISTOTELES, "Poética", cap. 5 en "Obras"trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 83.
- (10) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho Extranjero", en "Revista de Direito Civil", 8, págs. 73 y ss.
- (11) Puede c. por ej. BORDA,Guillermo, "A casi veinte años de la ley 17.711" (reportaje), en "Ipso Iure", Nº 1, pág. 12.
- (12) Respecto de la Teoría General del Derecho entendida como sistema jurídico, es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.
- (13) Cabe recordar, como ejemplos, los casos de F.C. de Savigny, Werner Goldschmidt y Henri Batiffol.

(14) Puede c. CIURO CALDANI, "Estudios de Filosofía..." cit., t. III, págs. 38 y ss.

(15) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión", en "Juris", 23/4/1987.

Otros trabajos del autor tendientes a la integración entre Filosofía y Derecho Internacional Privado, v. gr.: "Dos notas de Teoría General del Derecho (Sobre valores naturales y fabricados y significado "vicario" del Derecho Internacional Privado)", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 1, esp.págs.40 y ss.; "Filosofía del Derecho Internacional Privado de las Obligaciones", en id. N° 6, págs. 9 y ss.; "Comprensión histórica de las teorías sobre el objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado", en id, págs. 65 y ss.; "Notas sobre ideas políticas y puntos de conexión", en id., N° 7, págs. 77 y ss.; "Los significados de la residencia habitual y el domicilio del menor", en id., págs. 107 y ss.; "Notas para una comprensión "dialéctica" de los tipos legales jusprivatistas internacionales", en "Investigación y docencia", N° 1,págs. 7 y ss.

(16) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1976.

NOTAS PARA LA COMPRENSION JUSFILOSOFICA DE LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

I. Ideas Fundamentales

1. La protección de la propiedad intelectual no ha recibido durante largo tiempo, en parte por la metodología que requiere, la atención que merece (1). Su consideración exige referencias básicas a la vida intelectual, a la noción de propiedad y a los requerimientos de su protección, en especial en el marco internacional.
2. Una primera aproximación a la vida intelectual permite reconocer diferentes "distancias" entre los sujetos y las idealidades que producen. La obra intelectual (literaria, científica y artística) (2) es la más próxima al sujeto productor; una distancia mayor corresponde a la relativamente "objetivada" invención, y la objetividad mayor, a través de un despliegue más social, se presenta en las marcas de comercio y de fábrica. La vida intelectual adquiere un sentido más social al hilo del desarrollo de los medios de comunicación, y así puede afirmarse que nuestra problemática comenzó a hacerse muy aguda con la invención de la imprenta y hoy presenta nuevas perspectivas a través de la radiofonía, el cine y la televisión (3), mostrándose (en una creciente "carencia histórica" de normas por novedad científico-técnica -4-) la necesidad de tener en cuenta la interpretación y la ejecución (5).

El origen de la producción intelectual se produce en una tensa relación entre autor y sociedad, que se inscribe en diversas soluciones entre la "creación" y "fabricación", y se comprende de diferentes maneras según se participe de concepciones idealistas o materialistas. A nuestro parecer, en definitiva se trata de diversos grados de "fabricación" "co-creadora", en la que se manifiesta una pluralidad de "causas" ideales y materiales, que hacen a la vanguardia histórica.

Por otra parte, cabe señalar que si bien la ciencia, e incluso la literatura y el arte en general, pueden ser comprendidos

como ampliaciones de nuestra "potencia", también pueden ser apreciados como vías de alienación. A nuestro aprecio poseen valores muy significativos, pero relativos, que pueden conducir a la personalización, subordinándose, como corresponde, al valor absoluto humanidad (el deber ser de nuestro propio ser), o falsificarse. En el marco jurídico, la producción intelectual es legitimada, en primera instancia, por el principio supremo de justicia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona (6), pero en definitiva es valiosa si contribuye plenamente a la personalización y a la realización del valor humanidad. Cuando los valores de la producción intelectual se subvierten contra la justicia y la humanidad dejan de ser una de las manifestaciones superiores de nuestra vida para convertirse en ideología que oculta el mundo y nos aliena.

La producción intelectual y sus resultados son siempre necesarios para el pleno despliegue de la personalidad de todos los seres humanos, sobre todo en un mundo como el nuestro, que es y se pretende cada vez más "artificial" (pese a los anhelos ecológistas); pero asimismo cabe señalar que muchas veces esa necesidad, sobre todo en cuanto a los resultados de la producción intelectual, proviene de imposiciones (frecuentemente propagandísticas) de las culturas de los países "desarrollados", más productoras de ciencia, literatura y arte en general, sobre las culturas de los países en vías de desarrollo, por lo común receptoras de dicha producción. La fabricación de necesidades muchas veces falsas, en el desarrollo de la sociedad de consumo, se produce también respecto de la producción intelectual. Creemos que basta recordar, al respecto, los fenómenos que rodean la formación de un "best seller".

En un medio cultural que -por diversas causas- es cada vez más "mundial" en el espacio, las necesidades intelectuales abarcan cada día más todo el Planeta; aunque diversas razones, como el desaliento de la producción intelectual de los países relativamente marginales, llevan al creciente monopolio de la producción dominante por los países "desarrollados" y a la preferencia por el carácter repetitivo de la vida intelectual en los países

marginales. Creemos que respecto de la producción intelectual hay dos grandes principios de justicia básicos: el de favorecer al "creador" (sea cual fuere su circunstancia) y el de favorecer el acceso a la cultura.

3. El autor de una obra intelectual debe tener amplio derecho sobre ella, porque se trata de uno de los casos en que la relación del hombre con el mundo está más legitimada por el trabajo y la creación, en que se produce una vinculación en principio más "humanizante". Cabe preguntarse si esa vinculación debe conceptuarse como propiedad. El concepto "propiedad" resulta adecuado en cuanto se trata de un derecho "absoluto" (*erga omnes*), aunque no se refiera, como sucede por ejemplo con el dominio, a una cosa. Por otra parte, esta "propiedad" presenta una relación especialmente intensa con la persona del autor, que debe limitar se en el tiempo.

Dentro de la noción de propiedad intelectual, cabe reconocer un aspecto moral (que hace al reconocimiento de la paternidad, a la salvaguarda del contenido de la obra, etc.) y otro aspecto patrimonial; el primero la aproxima a los "derechos personales" y el segundo a los derechos patrimoniales reales. Se trata de una integración de los valores verdad, belleza, etc., relacionados principalmente con el contenido y el aspecto moral, con el valor utilidad, vinculado sobre todo con el aspecto patrimonial; integración que ha de culminar en una relación humanizante. La actitud que se asuma frente a las posibilidades de cesión del derecho será una muestra de la posición que se tome en la difícil integración entre los dos aspectos y entre los diversos valores; la utilidad puede transferirse más fácilmente que la verdad, la belleza, etc. y la humanidad es en sí intransferible, aunque "universal".

4. El vértigo que la necesidad produce frente a la creación y la creciente facilidad de reproducción generan riesgos y la exigencia de protección de la propiedad intelectual. Los principales riesgos de la propiedad intelectual son el plagio, en que se desvincula a la obra de su autor para atribuirla a otro; la falsificación en que se pretende relacionar una obra con al guien que no es su autor y la traducción y la reproducción, que

tienden a diluir la propiedad con cierto alcance social, la primera, con riesgo especial para el contenido. La protección de la propiedad intelectual ha de procurar mantener en su integridad los elementos del vínculo: el autor y la obra. Su objetivo no ha de apartarse del fin último de resolver de manera justa y humanizante la relación entre el autor y la sociedad.

La dinámica y los riesgos de la propiedad intelectual se hacen especialmente significativos en el marco internacional, de modo que entre las diversas ramas jurídicas interesadas en la protección de esta propiedad se halla el Derecho Internacional Privado.

5. Los métodos de protección de la propiedad intelectual en el marco internacional suelen basarse en la elección del Derecho aplicable o en el recurso al Derecho Uniforme y, de ser posible, al Derecho Unificado. Dadas las dificultades para ubicar la propiedad intelectual en un asiento en el "damero" internacional (7), sobre todo por sus proyecciones sociales universales, y la necesidad de una especial energía al respecto, el empleo del método directo del Derecho Uniforme es frecuente. Además, cabe señalar que, a veces con acierto y otras sin él, el mecanismo de elección suele quedar limitado en cuanto a la propiedad intelectual por la intervención del orden público (que se relaciona sobre todo con la justicia particular a nivel humano) y el Derecho Público (que se vincula con la justicia general, protectora del bien común).

La elección del Derecho aplicable a la propiedad intelectual puede reflejar distintas posiciones en la tensión entre autor y sociedad. La posición más atenta al papel del autor prefiere su ley personal (domiciliaria o nacional) (8) en tanto que a medida que se incrementa el rol de la sociedad se hace referencia, por ejemplo, al Derecho de la primera publicación y a la ley del país en que se efectiviza el derecho (como lo hacen respectivamente, v. gr., el Tratado de Montevideo de 1889 sobre Propiedad Literaria y Artística y las Convenciones de Berna y de Ginebra) Dado el interés social en la propiedad intelectual no es sostenible al respecto un juego amplio de la autonomía de la voluntad, pero cabe reconocer que a veces circunstancias e

excepcionales, como el haber permitido la primera publicación que el país de producción de la obra no admitió, legitiman al autor para "elegir" el Derecho aplicable. Cabe concebir también, por ejemplo, que la primera publicación sea fraudulenta, pues sobre todo ciertas obras intelectuales -principalmente por el apoyo recibido por el autor- son en mucho productos sociales. No es por azar que la difícil ubicación de una obra intelectual se vea reflejada en el juego acumulativo frecuente de las leyes de primera publicación y del país en que se efectiviza la propiedad. Una problemática de "cambio de estatutos" especial se presenta cuando se trata de obras artísticas "muebles" si se adopta un punto de conexión mutable, como lo es el lugar donde se efectivizan los derechos.

A veces el régimen de elección del Derecho aplicable a la propiedad intelectual se ve interferido por consideraciones afines al Derecho Internacional Público, que a nuestro parecer son básicamente infundadas, como la reciprocidad y la retroacción (9). Las soluciones tendientes a regir la propiedad intelectual en el marco internacional han plasmado en importantes tratados (10), que no sólo contienen con frecuencia disposiciones de Derecho Uniforme sino llegan a organizar oficinas para la aplicación.

Reflejando su respectiva posición como países predominantemente receptores y productores de propiedad intelectual, los Estados americanos han tendido a brindarle una protección menor, en tanto que los Estados europeos le han procurado un amparo mayor (11). Es así que, en la búsqueda de una integración de la línea americana, exemplificable con el Tratado de Buenos Aires de 1910 (ley 13585) y la Convención de Washington de 1946 (ley 14186), y la tendencia europea, en la que se encuentra la Convención de Berlín de 1886 (ley 17251), se llegó en su momento a la Convención de Ginebra de 1952 (decreto-ley 12088/57). No es por azar que varios países europeos han dirigido sus adhesiones al Tratado de Propiedad Literaria y Artística de Montevideo de 1889 (Francia, España, Italia, Austria, Alemania y Hungría).

#### 6. La protección de la propiedad intelectual significa una cosa.

problemática donde se evidencia la interrelación de la política jurídica con todo el complejo de la política cultural. Las relaciones interculturales se muestran imprescindibles para que el desarrollo de los valores se dinamice al hilo de sus estímulos recíprocos. La producción intelectual extranjera es imprescindible para el desenvolvimiento de nuestra vida cultural y merece nuestra protección. Urge evitar el "incesto" cultural, en una marco de promoción "universal" de la cultura.

## II. La protección de la propiedad intelectual en el Derecho argentino.

7. Las normas del Derecho argentino referidas a la protección de la propiedad intelectual presentan cierto grado de incoherencia formal entre las diversas fuentes, célebre por el conflicto entre la Convención de Ginebra y el artículo 14 de la ley 11723 (12). Además, la evolución de las posibilidades técnicas ha producido muy significativas carencias históricas por novedad de los casos (13). Urge, en consecuencia, la reelaboración de nuestro Derecho para superar esas incoherencias formales y poner nuestras soluciones a la altura del nivel de nuestro tiempo, pero esa reelaboración ha de hacerse con miras a realizar la justicia en nuestra propia circunstancia universal.

Dado el nivel relativamente elevado de nuestra producción intelectual, podemos prescindir de medidas socializantes que pueden necesitar países menos desarrollados, pero en última instancia han de satisfacerse los requerimientos de integración de los intereses de los autores y de la sociedad de alcance mundial, en un marco que supere la protección de la propiedad intelectual con miras a la promoción de la creación en todas sus manifestaciones (14).

En cuanto concierne al Derecho Internacional Privado en sentido estricto, creemos que podría tomarse como base el Proyecto de Código de Derecho Intrnacional Privado aprobado el 2 de diciembre de 1974 por la mayoría de la Comisión creada por res. 425/74 del Ministro de Justicia de la Nación, en cuyo artículo 21 se propone: "Los derechos de propiedad literaria y artística se rigen por el derecho del país de la primera edición de la obra

a la que se refieren y en defecto de una edición el derecho del domicilio del autor. La obra literaria y artística extranjera disfruta del plazo de protección de su país de origen, siempre que no fuese más largo que el de la República".(15)

(\*) Investigador del CONICET. Comunicación remitida a las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (tema VII).

(1) V. VITTA, Eduardo, "Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografico -Editrice Torinese, t. III, 1975, pág. 72; BATIFFOL, Henri, "Droit international privé" 5a. ed., con el concurso de Paul Lagarde, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. II, 1971, pág. 158.

(2) Una aproximación al concepto de obras literarias y artísticas puede obtenerse, por ejemplo, del artículo 2 de la Convención de Berna, donde se dispone que esos términos comprenderán todas las producciones del dominio literario, científico y artístico, sea cual fuere su modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas cuya escenografía se establece por escrito o de otra manera; las composiciones musicales con o sin palabras; las obras cinematográficas y aquellas obtenidas por un proceso análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas y aquellas obtenidas por medio de un proceso análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, las cartas geográficas, los planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias; se incluyen las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y otras transformaciones de una obra literaria o artística.

(3) V. VALLADÃO, Haroldo, "Direito Internacional Privado", 2a.ed.,

- Rio de Janeiro, Freitas Bastos, t. II, pág. 173; también por ej. -NONNENMACHER, Georges Gilbert, "Le cinéma et la télévision face au droit international privé", en "Recueil des Cours" de la Académie de Droit International , t. 134, págs. 1 y ss.
- (4) V.GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica la Derecho", 5a.ed., Bs. As., Depalma, 1976, págs. 288 y ss.
- (5) V. VALLADÁO, op.cit.,t. II, pág. 175.
- (6) GOLDSCHMIDT, op.cit., págs. 417/418 y 439.
- (7) V. BATIFFOL, op. cit., t. II, págs. 157/158.
- (8) Con respecto a las obras póstumas de Chopin se discutió si debía aplicarse la ley rusa de la nacionalidad o la ley francesa de la primera publicación, prevaleciendo esta última (V. VALLADÁO op. cit., t. II, pág. 179, c. también págs. 177/178).
- (9) V. BATIFFOL, op. cit., t. II, pág. 159.
- (10) V. por ej. íd., pág. 158; VITTA, op. cit., t. III, págs. 76 y ss.
- (11) C. VALLADÁO, op. cit.,t.II, págs. 174/175.
- (12) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1985, pág. 284; VILLALBA, Carlos A., "El incumplimiento de formalidades para la protección de la obra intelectual extranjera (Comentario sobre la decisión plenaria de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal)", en "La Ley", t. 1982-C, págs. 924 y ss., también c. el caso "Ferrari de Gnisi, Noemí y otro", C.N. Crim.y Correc., en pleno, 30-11-1981, en "La Ley", 1982-C, págs. 23 y ss. y en "El Derecho", t. 102, págs. 315 y ss.

Más jurisprudencia acerca del tema puede v. en GOLDSCHMIDT, "Derecho...", op. cit.,págs. 285/286; "La Ley", t. 1983-C, págs. 409/410.

- (13) Puede v. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 288 y ss.

- (14) El hombre es un animal social y la propiedad, también la propiedad intelectual, es asimismo "social"; pero lo individual y lo social se implican recíprocamente . Creemos que la producción intelectual es una de las mayores maravillas del cosmos.

En relación con el tema t.también, por ej.,DESBOIS, Henri, .. "Propriété littérale et artistique", en Répertoire de droit international Dalloz,t.II,págs.676 y ss.,Mise à jour 1979, págs.

247 y ss., Mise à jour 1981, págs. 283 y ss.

Con miras a las diferencias de desarrollo puede c., v. gr.,  
FOYER, Jean, "Problèmes intrnationaux contemporains des brevets  
d'invention", en "Recueil...", cit., t. 171, págs. 378 y ss.

(15) V. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., págs. 673 (ftes. Tratado  
de Montevideo de 1889 sobre propiedad literaria y artística y  
ley 11723, art. 15).

## REFLEXIONES SOBRE HISTORIA CONSTITUCIONAL ARGENTINA

Ada LATTUCA(\*)

El propósito fundamental que guía la elaboración de este artículo es el de aportar, a través de una prieta síntesis, una/modesta contribución en la permanente tarea educativa universitaria. La educación entendida desde sus comienzos como autoeducación, "porque sólo cada hombre comprende su puesto único en/el cosmos(1).

Pero además, la característica de tal labor se enriquece con la impostergable vivencia de la investigación. Por ello la responsabilidad que cabe al docente-investigador es el de procurar y difundir -dentro de su marco específico-, la captación y comprensión de la tarea asignada.

En base a tales supuestos se ofrece una serie de reflexiones referidas a Historia Constitucional Argentina, asignatura/perteneciente al Ciclo Básico de la Facultad de Derecho de Rosario.

### .-Marco relacional

En aras a conseguir una mayor claridad en la tarea empeñada urge acometer previamente, el deslinde de los conceptos esenciales que "soportan" a la asignatura en cuestión. Es decir, elucidar el sentido y alcances de historia y constitución procediendo, a posteriori, a enmarcar el nivel de inserción de ambas, al hilo del "desenvolvimiento" otorgado a dicha asignatura.

### .-Historia

En realidad sería totalmente imposible poder llegar a comprender algo del pensar histórico si no partimos del principio que el espíritu humano se manifiesta en la historia. El espíritu lleva en sí -ha dicho Croce- toda su historia, que coincide luego con él mismo(2). A la luz de esta advertencia la historia deja de ser la simple averiguación de lo que ha pasado y / se convierte en algo más complicado. En la investigación de //

cómo han sido las vidas humanas en cuanto tales(3).

Quien intente la sublime empresa de analizar el pasado -no / para "quedarse" en él y admirarlo sino para "tenerlo"(4)-, deberá experimentar la necesidad de clarificar el marco teórico referido al problema de la historia(5). En virtud de esta disposición su obra alcanzará el grado de profundidad deseable a toda/ ciencia.

La historia, como toda ciencia posee diversos niveles o categorías que dependen del grado de interrelación del valor verdad con otros valores. En uno de sus planos superiores toda ciencia se pregunta por sí misma. Es decir se trata de explicar en qué/ consiste la historia. A partir de allí las exigencias se dirigen a desarrollar la cuestión acerca del lugar que ocupa la historia en el cosmos(6). Ni la historia, ni cualquier otra ciencia que se precie de tal podrá desconocer este desafío.

Cabe aclarar que con ello no se propone que el filósofo haga historia y el historiador filosofía; es indispensable insistir/ en la presencia de la reflexión filosófica por parte del científico(7).

La historia no puede encerrarse en sí misma, ello provocaría la caída, sin sentido, en un tecnicismo, creyendo poseer un objeto en sí, sin comprender que el mismo es parte del cosmos. Para que el estudio histórico no se desenvuelva en zonas aisladas es imprescindible que la pregunta por la historia no desaparezca de la mente de los historiadores(8). Esto no significa el apartarse de sus inquietudes particulares, específicas, perdiendo su libertad y amplitud de criterios. No renegamos de la historia particular, pero ella supone la observación e interpretación del hecho relevante que es, en definitiva, lo que le otorgará profundidad. De lo contrario se agotará en historia filológica(9).

No desconocemos la dificultad que ofrece nuestro tiempo para "acercar" la idea de la filosofía en el saber científico. Asistimos, cada vez más, a un deliberado ocultamiento de la "preocupación" metafísica con el propósito de manipular la realidad. / Es por ello, ha dicho Frossini, que abundan los eruditos y merman los cuestionadores (10).

.-Constitución

Se puede atender al vocablo constitución en dos sentidos. // Uno, el material, abarca la realidad social como fuente material de la constitución, el otro en sentido formal, es la ley / constitucional, la ley fundamental de un Estado determinado.

Pese a su longeva fecha de elaboración, la conferencia de // Ferdinand Lassalle sobre el concepto de constitución como realidad social, cobra permanente vigencia. Su labor se ha consagrado debido a la aguda y certera captación del hecho. Su desmenuzado análisis acerca de la constitución material le lleva a enmarcar como requisito de validez de la constitución formal, su correspondencia con la material. La constitución real y efectiva de un país es la "productora" de su constitución escrita. // Porque ella es manifestación de una comunidad concreta haciendo se en el tiempo y en un espacio determinado. Es en definitiva, / la ponderación de la dimensión sociológica, real de un país que "empujaría" a las constituciones formales a expresarse de tal / manera. Ello es así, en el supuesto de una "correspondencia" entre ambas. En caso contrario, aquella carecería de los atributos indispensables de exactitud y de fidelidad(11).

A partir de allí es que se deberá investigar, dentro de la / estructuración del Estado en el devenir histórico, quiénes mandan y qué criterios emplean en sus respectivos mandatos.

Resultaría demasiado aventurado responder en estos tiempos // quiénes son los que mandan en nuestro país. Si la respuesta se halla guiada por el "racconto" de la ley fundamental diferiría, en mucho, con la que indicaría la evaluación de la constelación de poderes no constitucionalizados, "presionantes" de una realidad, en un país y en un tiempo determinado.

Pero además surge la pregunta acerca de la justificación de "los que mandan". Los que se consideran poderosos, superiores, / para ejercer su función hallan su propia justificación en la // idoneidad que poseen. Forma defendida por algunos sofistas, consagrada por el mismo Platón. En tanto que podemos hallar en el transcurso de la investigación del proceso, poderosos que no // cuentan con el asentimiento de la totalidad de los interesados/ apoyados, sin embargo, por grupos de ellos. Son los gobernantes

democráticos, que Rousseau defendió a ultranza como elemento/ indicario de la voluntad general.

No escapan al análisis otras formas, lamentablemente frecuentes en el curso de nuestra historia constitucional: los / repartidores poderosos antiautónomos(de facto) que careciendo de idoneidad y consentimiento se hallan totalmente privados / de justificación.

Estas y las demás vertientes derivantes sirven precisamente, para entender y captar profundamente el hecho constitucional, en sus dos manifestaciones vitales(material y formal).

#### .-Historia Constitucional Argentina

Sabido es que el denominado Ciclo Básico, integrador del / Plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad/ Nacional de Rosario, se articula al hilo de cuatro asignaturas: Introducción al Derecho; a la Filosofía; Historia del Derecho e Historia Constitucional Argentina.

Las motivaciones y fundamentos expresados en dicho Plan y/ la bibliografía producida en torno del ciclo introductorio // nos eximen de extensos comentarios sobre la necesidad y utilidad del mismo(12). Sólo acotaremos que su validez radica en / el intento de superar concepciones enciclopedistas por una // postura profunda filosófica, que se interroga por la esencia de lo jurídico, entendido no como enfoque de filosofía general sino como el planteamiento, en cada área, de sus respectivos/ intereses dentro de la estructura de la carrera.

Cabe consignar además, que en lo concerniente al objeto de estudio de las tres primeras el consenso general ha sido lo-/ grado. Si bien, opinamos que en el caso de Historia del Derecho, se deberá proceder a una mayor delimitación de su marco/ referencial para "salvar" quizás, cierto compromiso original.

En cuanto a la última asignatura, invocada por alumnos y / docentes como "Historia", lleva a partir de su inestable denominación cierta carga de "indefinición", que obstaculiza, probablemente, su normal desenvolvimiento. Unos la definen como/ Historia Constitucional; otros Institucional o de las Institu

ciones, pasando el común denominador de ellas por las acepcionnes Historia y Argentina. El "encuadre" alternativo ha suscitado la formulación de enfoques dogmáticos, abiertos o mixtos, generando así un confuso espectro perjudicial para la asignatura en cuestión(13).

En realidad, creemos que por encima del nominativo otorgado, la preocupación esencial debería pasar por el objeto de / estudio a considerar, de qué maneras se le abordaría, y el // sentido que tal asignatura debería tener en la Facultad de Derecho.

En la medida que constitución se la considere con la visión totalizadora que acabamos de referir, estaría "asegurada" su/ cambiante denominación, ya que el hecho constitución lo abarcaría todo. La comunidad, el Estado, su estructura, los pac-/tos, los acuerdos y la Ley Fundamental.

Es decir, que al delimitar su objeto el primer requisito / será el de mostrar claramente las reales dimensiones sobre // las que versa la materia. Por ende, urge analizar, propedéuticamente, los términos constitución e historia. Si soslayamos/ este necesario paso previo, la asignatura podrá ser "manipulada" por caminos diversos y aún contradictorios. En base al equilibrio que dimane de la exacta conceptuación, se podrá superar la estéril función de "contar las fuentes"; de hacer re/saltar parejas antinómicas o de distribuir generosamente re-/compensas vicarias.

Si reconocemos que la Facultad de Derecho se organiza con/miras a la justicia, inspirada directamente en el más alto valor a nuestro alcance que es la humanidad, la asignatura en / cuestión no puede permanecer ajena a tal función. Se debe remarcar como punto inicial de su enfoque la consideración de / que el hombre es un ser temporal histórico. Tal aseveración / no implica que el hombre sea solamente historia, sino que a / diferencia de otros seres, el hombre es y tiene historia. Al/ hombre lo afecta su pasado, por ende "no solamente el hombre/ tiene biografía y cronología, sino esencialmente historia; la realidad a la cual está adscripto el hombre es histórica"(14).

Su vida es presente, pero en función de un pasado y en // perspectiva de un futuro. Dentro de esta temporalidad, precisamente se desarrolla el Derecho, que se halla signado por un complejo de deber ser culminante en la justicia. Es decir, // que el tiempo humano y el tiempo jurídico abarcan todo el pasado, el presente y el porvenir. El sentido más amplio en que puede hablarse de la "historicidad" del Derecho es a través / de sus despliegues temporales y transtemporales de pasado, // presente y porvenir(15).

Si el Derecho se aborda como la manifestación de la conducta cultural en el tiempo, el desarrollo de la asignatura en / cuestión deberá participar, en una Facultad de Derecho, de // los elementos que tal concepción conlleva. Por lo tanto, se / procederá a su tratamiento sin descartar las dimensiones ló- / gicas, fácticas o dialógicas. Los unidimensionalismos preconizados, no han logrado, pese a su atractiva presentación, // responder globalmente a los cuestionamientos formulados en la asignatura. Pero además, el tratamiento unilateral del Programa de estudios llevará, indefectiblemente, a priorizar ciertos centros de intereses en desmedro de otros, sin embargo // reales y actuantes, por considerarlos "inútiles" al enfoque / elegido.

En síntesis, creemos que a fin de re-valorizar el sentido/ y el contenido de la asignatura se deberá "afinar" la captación precisa de la constitución considerada como el fenómeno/ "vital" y globalizante de una comunidad y de la historia en/ tendida más allá del hecho o la crónica(16). Merced a esta // vinculación se hallará el substratum esencial en una asignatura como Historia Constitucional Argentina que deberá "aprehender" la temporalidad del hombre haciéndose en el espacio ar-/ gentino.

(\*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la U.N.R.; Profesora de Historia Constitucional Argentina, Facultad de Derecho.

(1) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Notas para una axiología de la Universidad", en Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, t. I, f. I.J., Rosario, 1982.

(2) CROCE, Benedetto; "Teoría e Historia de la historiografía", trad. E. J. Prieto, Bs. As., edic. Imán, 1965.

(3) En este sentido Marrou expresa: "Ce sont encore des éléments généraux qui nous permettent la comprehension de ce document singulier, mais désormais c'est l'ingeniosité, a la capacité de l'historien de déceler l'existence d'analogies possibles entre les données du document et las réalités connues ou experimentées de la nature humaine. Comme chaque fois que notre théorie souligne une vertu novelee à exiger de l'historien, c'est une limite de plus qui s'impose à l'historie: un document sera exactement compris dans la mesure où il se recontrera un historien capable d'apprecier avec plus de profonder sa nature et sa portée". MARROU, H. I., " De la connaissance historique", 5ta. edic., edit. Du Seuil, París, 1966, pág. 119, v. TOYMBEE, Arnold, "La Historia", trad. V. Villacampa, Noger, Barcelona, 1965, v. ORTEGA y GASSET, José, "Obras Completas", T.V., Rev. de Occidente, Madrid, 1964.

(4) THEILARD DE CHARDIN, Pierre, "La visión del pasado", trad. C. Castro, 5a. ed., Taurus, Madrid, 1967, págs. 229 y ss.

(5) Al tratar del conocimiento histórico que como tal debe tomar en consideración el juicio valorativo de la realidad histórica, Monseñor Derisi expresa: "Para tal cometido el historiador deberá unir a su bagaje de conocimientos necesarios-previos y esenciales- para la indagación y penetración histórica, un criterio objetivo de la verdad especulativa y práctica, bien cimentado en una recta formación filosófica", en DERISI, Octavio N.; "Realidad y conocimiento histórico", Rev. de la Facultad de F. y L., Tucumán, año I, N° 1, 1953, pág. 128.

(6) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Consideraciones sobre Introducción al Derecho como disciplina", en Juris, T. 38, 1971, págs. 273 y ss. v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho como disciplina", 5ta. ed., Depalma, Bs. As., 1976, v.

- Walsh, W.H., "Introducción a la filosofía dela historia", trad. Torner, Méjico, edic. Siglo Veintiuno, 1968, págs. 12 y ss., RICKERT, Heinrich, "Introducción a los problemas de la filosofía de la Historia", trad. W. Liebling, Nova, Bs. As., 1961, págs. 18 y ss.
- (7) LACOMBE, Pierre, "La historia considerada como ciencia", tr. J. L. De Angelis, Espasa, Bs. As., 1948.
- (8) LATTUCA, Ada y CHAUMET, Mario, "Meditaciones filosóficas acerca de la importancia de la historia de los Pueblos", C.I.U. N.R., 1982.
- (9) WINDELBAND, W., "Preludios filosóficos", edic. Rueda, Bs. As., 1949, págs. 171 y ss. v. DILTHEY, Wilhein, "Introducción a las ciencias del espíritu", F.C.E., Méjico, 1954.
- (10) FROSINI, Vittorio, "Il Diritto nella società tecnologica", Giuffrè, Milano, 1981, pág. 196. v. CHAUMET, Mario y LATTUCA, Ada, "Necesidades de nuevas categorías básicas para la historia del Derecho", en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº 2, Fac. de Derecho, U.N.R., f. 1 J., año 1984.
- (11) BIDART CAMPOS, Germán, "Derecho Constitucional (Realidad, normatividad y justicia)", Ediar, B. A., t. 1, 1964, del mismo, "Las vigencias constitucionales" en Revista Jurídica de Buenos Aires, t. III, 1959, tb, "Grupos de presión y factores de poder", Peña Lillio, Bs. As., 1961,
- (12) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Notas para una axiología ..." cit., y del mismo autor, "Sobre la introducción a los estudios universitarios", en Estudios de Filosofía..."cit.
- (13) GONZALEZ CALDERON, Juan A., "Curso de Derecho Constitucional", 2a. edic., ALBERDI, J.B., "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Valparaíso, 1952; v. BIDART CAMPOS, Germán, "La tipología de la constitución argentina", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XVI, 2a. época, Nº 13, B.A., 1972; v. ZORRAQUIN BECU, Ricardo, "Las instituciones políticas y sociales", en H.A.C., vol. II, lra. sec., 1964; v. TAU ANZOATEGUI, V. y MARTIRE, Eduardo, "Manual de historia de las instituciones argentinas", 3ra. ed., Macchi, B.A., 1975; v. GALLETTI, Alfredo,

"Historia Constitucional Argentina", Platense, La Plata, 1972, especialmente el cap. I en el que intenta delinear la ubicación de la materia, v. LOZADA, Salvador M., "Instituciones de Derecho Público", El Coloquio, B.A., 1975.

(14) BIDART CAMPOS, Germán, "La historicidad del hombre, del derecho y del estado", Manes, B.A., 1965, pág.15.

(15) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La historicidad del mundo jurídico", en "Perspectivas Jurídicas", F.I.J., Rosario, 1985, v. del mismo autor, "El Derecho, la temporalidad y la transtemporalidad", en Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, N° 3 y ss.

(16) Los positivistas ansiosos por consolidar su defensa de la historia como ciencia, fomentaron el culto de los hechos. Primero averiguad los hechos, decían los positivistas; luego deducid de ellos las conclusiones, v. CARR, Edward, "Qué es la historia?", tra. J.R. Maurra, Seix Barral, Barcelona, 1945, pág.12; tb. COLLINGWOOD, R.G., "Idea de la historia", trad. O'Gorman, E. y Hernández Campos, J., F.C.E., Méjico, 1952.

NOTA PARA UNA COMPRENSIÓN TRIALISTA DE LA ANALOGIA

(Idea básica de un tema de reunión del C.E.D.E.P.O.L.\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

La razón última del Derecho son los valores, y en relación con ellos se constituyen, en definitiva, los principios jurídicos (vistos desde lo general) y la analogía (considerándolos desde lo particular). Aunque la semejanza jurídica puede referirse a cualquiera de los rasgos del Derecho, cuya comprensión más cabal brinda la teoría trialista del mundo jurídico (\*\*\*) , las soluciones del Derecho son, en profundidad, análogas cuando significan realización de un mismo contenido axiológico, pues los "denominadores comunes" últimos del Derecho son los valores.

El más alto de los valores jurídicos y, en consecuencia, la referencia última de la analogía, es la justicia, que puede tenerse en cuenta a través de sus diferentes exigencias (v. gr. de respeto a la unicidad, la igualdad, la comunidad, etc.). Todas las manifestaciones jurídicas valiosas deben ser "análogas" al hilo de la justicia pero, precisamente por esta generalidad, el nivel dikelógico último no resulta útil. La analogía es -en definitiva- útil cuando se refiere a las diversas exigencias particulares de la justicia o a los valores "menores" del Derecho (poder, cooperación, previsibilidad, etc.). Sólo así es un cabal "adelanto" en el reconocimiento de la justicia para la elaboración de normas.

(\*) CEDEPOL (Centro de Estudios sobre la Filosofía y la Ciencia del Derecho y la Política de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas). Reunión ordinaria realizada en la Facultad de Derecho de la U.N.R. el 6-VIII-1987.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(\*\*\*) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, F.I.J., 1982-84; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, F.I.J., 1985; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, F.I.J., 1986.

Se terminó de imprimir el 4 de agosto  
de 1987 en la Fundación para las Investigaciones Jurídicas - San Lorenzo N°  
1155, 8º "A" - 2000 - Rosario -