



AFINIDADES ENTRE LA FILOSOFIA DEL DERECHO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI(**)

1. La Filosofía es un saber con vocación de universalidad y pretensión de eliminar los supuestos (1) y, en analogía con ella, el Derecho Internacional Privado(2) es una rama jurídica abierta al permanente "desfraccionamiento" de los despliegues jurídicos nacionales, con miras a la consideración de los despliegues extranjeros, y necesitado de profundización para encontrar el "asiento" de los casos. La Filosofía y el Derecho Internacional Privado son especialmente posibles en marcos axiológicos "críticos", no meramente "monovalentes", sino "polivalentes"(3). De aquí que han sido relativamente paralelos en sus grandes horas estelares.

En la antigüedad griega nació la Filosofía y tuvo cierto grado de desarrollo el Derecho Internacional Privado. A partir del siglo XIII renace la Filosofía y surge el Derecho Internacional Privado (la glosa de Acurcio -hacia 1228- es tres años posterior al nacimiento de Santo Tomás de Aquino). El siglo XIX es escenario de uno de los momentos más gloriosos de la Filosofía de todos los tiempos y también, a su vez, del planteo de la comunidad jurídica jusprivatista internacional y del descubrimiento de los problemas generales mayores del Derecho Inter-

nacional Privado. En cambio, ni la Filosofía ni el Derecho Internacional Privado -a diferencia de lo que sucede con el "Derecho" en general, sobre todo con el Derecho Privado Interno- fueron grandes en el clima práctico y relativamente superficial de Roma.

Ni la Filosofía ni el Derecho Internacional Privado tienen amplias posibilidades en marcos "monovalentes", como el que, con referencia a la santidad, rigió en la cultura de la alta Edad Media o el de imperio de la utilidad que crecientemente muestra la cultura de nuestros días. Los climas "monovalentes" suelen orientarse a soluciones territorialistas o extraterritorialistas ilimitadas, aunque en nuestro tiempo el dominio de la utilidad se encamina no sólo al territorialismo, mediante el Derecho Privado Uniforme, sino a la autonomía universal (que quizás esté formando un nuevo territorio "imperial").

Además hay valores, como el orden, que resultan en diferentes grados hostiles a la Filosofía y al Derecho Internacional Privado: fue ese valor una de las causas por las cuales ni una ni otro tuvieron amplio desarrollo en muchos marcos de la antigüedad y el Derecho Internacional Privado regresionó al territorialismo en la Edad Moderna, cuando los Estados nacionales procuraron su consolidación.

En cuanto a las disciplinas filosóficas, el Derecho Internacional Privado requiere un desarrollo equilibrado de todas sus perspectivas, con suficiente consideración del enfoque axiológico; en cambio, un planteo excesivamente cargado de influencia metafísica puede llevar al territorialismo extremo y un enfoque excesivamente gnoseológico puede conducir a cierto "agnosticismo" ten-



diente a la autonomía universal. La exageración en la referencia metafísica es afín al espíritu de los puntos de conexión personales y reales y el desborde del planteo gnoseológico en términos "agnósticos" promueve en demasía los puntos de conexión conductistas, en especial la autonomía de las partes y el lugar de celebración.

2. Aunque no haya, tampoco en este caso, correspondencias totales, también cabe señalar que los climas de las diversas orientaciones filosóficas resultan más o menos favorables al despliegue del Derecho Internacional Privado y que, a la recíproca, las distintas teorías del Derecho Internacional Privado tienen variada significación filosófica. En general cabe referir, por ejemplo, que los climas filosóficos radicalmente empiristas o racionalistas y extremadamente totalizadores o particularizadores son adversos al Derecho Internacional Privado que, en cambio, se desenvuelve mejor en marcos de equilibrio entre el empirismo y el racionalismo y entre la vocación totalizadora o particularizante.

Así, por ejemplo: el Derecho Internacional Privado es menos concebible en un clima platonizante que en otro más aristotélico, y difícilmente puede desarrollarse sobre raíces como las del empirismo radical inglés o la "geometría jurídica" de la escuela leibniziana. Nuestra materia no puede desenvolverse en marcos de cierta "desjerarquización" del Derecho Positivo y búsqueda de la "ciudad divina", como el del agustinismo que imperó en la alta Edad Media. Además no encuentra cabida adecuada en sistemas cerrados, como los que se desarrollan, de maneras tan destacadas, en la dialéctica hegeliana o

marxista; sobre todo si, además, se jerarquiza al Estado -incluso con particular preferencia por ciertas manifestaciones concretas- según lo hizo el filósofo de Jena y Berlín. En el pensamiento hegeliano de las relaciones internacionales, el Estado es demasiado protagonista para que se recorra el camino del respeto a los particulares. No es por azar que el momento culminante del Derecho Internacional Privado se produjo a partir de la obra del historicista Savigny, de cierto modo preparada -en la profunda "sabiduría de la vida"- por la síntesis racional- empirista de la codificación francesa y también por el reconocimiento kantiano del hombre como fin en sí.

De maneras análogas a la contribución que en su momento brindaron al fenómeno imperial el estoicismo y el epicureísmo, por respectivas vías de remisión al hombre abstracto, ciudadano del mundo, o al hombre disuelto en lo concreto, extranjero en todas partes, hoy la filosofía analítica y el movimiento crítico son afines al fenómeno imperial capitalista y adversos, en definitiva, al espíritu del Derecho Internacional Privado (4).

En general, son las posiciones realistas genéticas, abiertas al descubrimiento de un universo complejo (5), las más favorables al desarrollo del respeto a las diversidades que significa el Derecho Internacional Privado; en cambio las posiciones idealistas genéticas, en cuanto afirman que el hombre es sujeto creador, ofrecen más riesgos de desviación del sendero jusprivatista internacional.

Pese a haber sido el gran fundador de la segunda hora estelar de nuestra materia, Savigny llegó, por una vía de idealismo genético historicista, a incluir exage



radamente en el orden público a las instituciones des-
conocidas (6). El idealismo genético existencialista
es altamente favorable al reconocimiento de la diferen-
cia y la debilidad del elemento extranjero, enrique-
ciendo así las posibilidades del Derecho Internacional
Privado, pero precisamente por esa vocación "individua-
lista" orienta también, quizás demasiado, hacia la au-
tonomía universal.

En el campo de las ideas "filosófico políticas", el Derecho Internacional Privado surge de un debido equili-
brio entre las exigencias de unicidad, igualdad y comu
nidad de todos los hombres, conducentes al liberalismo
político, la democracia y la "res publica". Sin embargo,
la perspectiva específicamente más importante es el de-
sarrollo del liberalismo político: el anarquismo indivi-
dualista conduce a la autonomía universal y el abandono
del liberalismo político en aras de soluciones democrá-
ticas o de "res publica" excesivas lleva al territorialis-
mo. A su vez, el Derecho Internacional Privado requie-
re un legítimo equilibrio entre el reconocimiento de la
condición social del hombre, proclamado por el organi-
cismo, y la firme atención a la individualidad que suele
reclamar el pactismo. Un organicismo excesivo lleva al
territorialismo y un pactismo desbordante conduce a la
autonomía universal.

En los planteos jusfilosóficos infradimensionalistas
e incluso en los infradimensionalismos de complejidad
impura el Derecho Internacional Privado tiene más ries-
gos de extraviar su espíritu, en tanto que el tridimen-
sionalismo equilibrado y, sobre todo, la integración
trialista, brindan senderos claros para descubrir y desa-
rrollar el espíritu jusprivatista internacional. Así, por

ejemplo, un protagonista kelseniano se considerará más fácilmente "habilitado" para atender o no a las particularidades del elemento extranjero y resultará poco sensible para apreciar las tensiones vitales que presentan los casos de nuestra materia, evidenciadas de manera notoria en sus problemas generales. Para un protagonista kelseniano es normativamente indiferente que, en el "marco de posibilidades", se opte por calificar según la "lex civilis fori", la "lex civilis causae", etc.; que se rechace o no el "fraude a la ley", etc. Es más: quizás por la atracción de la coherencia de la pirámide se incline con especial facilidad -a semejanza de lo que haría un exégeta- por la "lex civilis fori". Es notorio que, en cambio, el trialismo ha hecho y puede continuar haciendo mucho para descubrir y desarrollar, el espíritu de la materia (7).

También cabe señalar las afinidades de las doctrinas filosóficas con los diferentes tipos de puntos de conexión. Así, por ejemplo, quien esté influido por una posición de corte hegeliano jerarquizadora del Estado como despliegue de la eticidad, tendrá más simpatía por el punto de conexión personal nacionalidad que quien, por la senda más individualista del existencialismo, se oriente a preferir los puntos de conexión conductistas, quizás sobre todo la autonomía de las partes y el lugar de celebración. Es notorio que un jurista más influido por las exigencias democráticas y comunitarias preferirá más los puntos de conexión personales y reales que otro más afín a los requerimientos liberales políticos, más inclinado a ver excelencias en los puntos de conexión conductistas, también con preferencia por la autonomía y la celebración (8).

(*) Ideas básicas de clases del curso de Filosofía del Derecho que el autor dicta en el marco del Doctorado en Derecho Internacional Privado de la Universidad Notarial Argentina, Delegación Córdoba. Homenaje del autor a la delegada de la Universidad, doctora Ethel Alecha de Vidal y a los alumnos del curso.

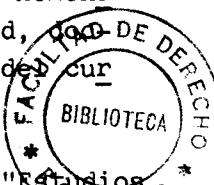
(**) Investigador del CONICET.

- (1) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 21 y ss.

(2) Puede v. 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, págs. 5 y ss.

El Derecho Internacional Privado, en el sentido estricto al que nos referimos, es un extraterritorialismo limitado. En cuanto al trasfondo jusprivatista internacional, v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988; "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a. ed., Bs. As., EJEA, 1952/54.

(3) Nos referimos a la "valencia" como valores a los que se tiene en cuenta. La Filosofía exige el "denominador común" de la verdad y el Derecho Internacional Privado el "denominador común" de la justicia. Para relacionar los diferentes valores se requiere siempre un valor "denominador común"; el más alto al que podemos apelar en nuestra realización los seres humanos es el valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser) (puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 21 y ss.).



dios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t.II, 1984, págs. 205 y ss.).

La exageración de la "crisis" lleva, en la Filosofía, a la duda y en el Derecho Internacional Privado a la autonomía universal (no territorialización); su negación conduce, en la Filosofía, al "dogmatismo" y en el Derecho Internacional Privado al territorialismo.

- (4) Otra vía, más importante, de disolución en lo concreto es la "sociedad de consumo" que, al hilo de la búsqueda de satisfacción de nuestras necesidades con objetos relacionados con diversos países, nos hace "ciudadanos" y "extranjeros" en todas partes.
- (5) V. acerca del realismo y el idealismo genéticos, GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 21 y ss.
- (6) Cabe recordar: SAVIGNY, F.C.de, "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux-Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, págs. 142 y ss. (CCCXLIX).
- (7) V. por ej., GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit.; CIURO CALDANI, "Estudios de Filosofía Jurídica..." cit.; "Métodos..." cit.; "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, y diversos trabajos en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social" e "Investigación y Docencia". Acerca del trialismo, v. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit.

Lo que hemos dicho respecto de las doctrinas filosó



ficas en relación con el Derecho Internacional Privado en general, puede aplicarse también a sus proyecciones para respetar, ante los diversos problemas generales y especiales, las particularidades de los elementos extranjeros: v. gr. prefiriendo -como lo exige ese respeto- la calificación según la "lex civilis causae" y la equivalencia entre la cuestión previa y la posterior; rechazando apropiadamente el fraude a la ley, etc.

- (8) Acerca de la historia de la Filosofía del Derecho, c. por ej. FASSO, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1978 y ss.

Sobre la historia de la Filosofía, v. por ej. ABBAGNANO, Nicolás, "Historia de la Filosofía", trad. Juan Estelrich y J. Pérez Ballestar, Barcelona, Horla, 1982; AS. VS., "Historia de la Filosofía", trad. vs., México, Siglo Veintiuno, ed. vs., 1972 y ss.; BOBBIO, Norberto, "Estudios de historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci", trad. Juan Carlos Bayón, Madrid, Debate, 1985; COPLESTON, Frederick, S. I., "Historia de la Filosofía", trad. Juan Manuel García de la Mora, 1a. ed. en Ariel, Barcelona, 1984; DURANT, Will, "Historia de la Filosofía", trad. J. Farrán Mayoral, 2a. ed., Bs. As., Gil, 1947; FRAILE, Guillermo, O.P. - URDANZOZ, Teófilo, O.P., "Historia de la Filosofía", 4a. ed., Madrid, La Editorial Católica, 1976 y ss.; HIRSCHBERGER, Johannes, "Historia de la Filosofía", trad. Luis Martínez Gómez, S. I., ed. ampliada, Barcelona, Herder, 1973; LAMANNA, E. Paolo, "Historia de la Filosofía", trad. Oberdan Caletti, 1a. reimpr., Bs. As., Hachette, 1970 y ss.;

SCIACCA, Michele Federico, "Historia de la Filosofía", trad. Adolfo Muñoz Alonso, Barcelona, Miracle, 1950; "La Filosofía hoy", trad. Claudio Matons Rossi, Barcelona, Miracle, 1947. También c. por ej. CHEVALIER, Jacques, "Historia del Pensamiento", trad. José Antonio Míguez, 2a. ed., Madrid, Aguilar, 1967 y ss.; asimismo puede c. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5a.ed., Bs. As., Sudamericana, 1965. Además es posible tener en cuenta CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Líneas programáticas de Filosofía del Derecho", en "Investigación..." cit., N° 4, págs. 3 y ss.

Respecto de la historia de la Filosofía del Derecho Privado, v. SOLARI, Gioele, "Filosofía del Derecho Privado", trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946/50.



FILOSOFIA DEL DERECHO PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

La Filosofía es un saber con vocación de universalidad y pretensión de eliminar los supuestos, que debe desarrollarse como un quehacer personal (1). Se desenvuelve en un equilibrio tenso entre pregunta constantemente renovada y respuesta, y debe evitar la duda, que no alcanza a la pregunta y no busca respuesta, y la solución "dogmática", que ya no pregunta. La duda la desvía hacia el agnosticismo radical y la "respuesta" dogmática se convierte en "ideología" que oculta la realidad (2).

Ante la vocación de universalidad se abren dos posibilidades: una más referida al conjunto del universo y otra más orientada a sus partes. Hay filosofías que van del conjunto a las partes y otras que van desde una parte al conjunto y, al hilo de estas posibilidades, se abre la cuestión de la dependencia o relativa independencia de las filosofías "regionales". Entre estas filosofías regionales se encuentra la Filosofía del Derecho. La obra de Hegel es un ejemplo de Filosofía regional dependiente, en tanto la obra de Werner Goldschmidt es una muestra de Filosofía regional más "independiente" (también lo sería, en caso de ser una "filosofía", la teoría "pura" del Derecho). Sea cual fuere el grado de independencia final, las

filosofías regionales son perspectivas legítimas para la pregunta y la respuesta filosóficas.

La relación entre la Filosofía y sus planteos regionales depende en mucho de la concepción que se tenga de las regiones respectivas. En nuestro caso, depende en mucho de lo que se considere Derecho. Si éste es concebido como un mero conjunto de normas, su horizonte es la Lógica y, en cambio, la Filosofía, generalmente hipotecada por la duda, se convierte en un área distante, en mucho meramente yuxtapuesta. Si el Derecho es concebido como mera realidad social, su horizonte es la Sociología, y la Filosofía, empobrecida por la mezcla de pregunta y respuesta dogmática de la realidad, es un área distante. Cuando se concibe un "Derecho Natural a priori", negando la juridicidad del Derecho injusto, el horizonte inmediato es la "Filosofía", pero no vivificada por la pregunta, sino desviada en la respuesta dogmática que aleja de la realidad, o sea en la "ideología". En este caso, el curso de "Filosofía del Derecho" es previo al planteo jurídico específico, sea que se opte por una ideología religiosa, económica (como el marxismo, tributario de un jusnaturalismo oculto), etc. Sólo cuando el Derecho es concebido tridimensionalmente, como lo hace el trialismo (3), o sea remitiéndose en definitiva a la adjudicación de la esfera de libertad necesaria para que el individuo se convierta en persona, la Filosofía -invocada sobre todo por la dimensión dikelógica- queda integrada como el horizonte que presenta y corona el planteo jurídico, respectivamente en la Filosofía Jurídica Menor (Jurística o Introducción al Derecho) y la Filosofía Jurídica Mayor (Filosofía del Derecho) (4).

En el trialismo la respuesta acerca de qué se entiende por



persona y por "hombre" queda iluminada por la respuesta filosófica general, especialmente necesaria -por ejemplo- cuando se plantean, como en el presente, posibilidades "revolucionarias" en la evolución del universo, según lo muestra la ingeniería genética. Frente a la duda del unidimensionalismo normológico y la duda mezclada con respuesta del unidimensionalismo sociológico y ante la respuesta dogmática del apriorismo, el trialismo nos lleva a una filosofía equilibrada de pregunta y respuesta que, sin prejuicios, ilumina el camino para ir resolviendo una cuestión en que el abandono y la ceguera poseen tanta gravedad.

Para el Derecho es de gran importancia la Filosofía, pero también el Derecho es de gran significación para la Filosofía, pues su comprensión es parte de la comprensión del universo. Una visión mutilada del Derecho conduce a la deserción de la filosofía respecto de ciertos despliegues del mundo jurídico, con el consiguiente ocultamiento de la importancia del Derecho y la respectiva hipoteca sobre la Filosofía en general.

En cuanto a la Filosofía del Derecho Privado se plantean también las cuestiones comunes a todas las filosofías regionales, en este caso respecto de un área más reducida que el mundo jurídico en su conjunto. El Derecho Privado es otro punto de vista legítimo para el diálogo filosófico respecto del universo. Pese a haber motivado identificaciones muy polémicas, corresponde en última instancia a una perspectiva de justicia referida a los particulares. Es, así, plenamente comprensible que entre las posiciones que no comprenden la jerarquía de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado se encuentra el normativismo de Kelsen (5).

La respuesta humanizante del trialismo acerca del principio supremo de justicia enlaza integradamente el Derecho con la Filosofía y ubica al Derecho Privado como una perspectiva integrada del mundo jurídico (6).

- (*) Ideas básicas de la clase inaugural del curso de postgrado homónimo que el autor dicta en la Facultad de Derecho de la U.N.R.
- (**) Investigador del CONICET.
- (1) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 21 y ss.
- (2) El curso se dicta con miras a la posibilidad de proyectar tesinas para una Maestría en Filosofía del Derecho Privado, propuesta por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. De acuerdo con el artículo 22 de la Ordenanza N°460/88 la Maestría debe iniciar en la investigación en un tema original, y el planteo filosófico, con su dinámica de pregunta y respuesta, es particularmente afín a la investigación, que es también un despliegue de la pregunta.
- (3) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a.reimp., Bs. As., Depalma, 1987.
- (4) Esta relación con la Filosofía no excluye los horizontes sociológico y lógico y metodológico de las dimensiones sociológica y normológica del mundo ju-

rídico (v. GOLDSCHMIDT, op. cit.).

- (5) V. por ej. KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. Moisés Nilve, Bs. As., EUDEBA, 1960, págs. 180 y ss., esp. págs. 182 y ss.
- (6) Puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho Público y Derecho Privado", en "La Ley", 1979-D, págs. 956 y ss.; SOLARI, Gioele, "Filosofía del Derecho Privado", trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946-50; GOLDSCHMIDT, Werner, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a.ed., Bs. As., EJEA, 1952-54; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; "El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico", Rosario, 1965; "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978; "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas transnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", N° 43, págs. 1 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.; "Meditaciones filosófico históricas sobre las cosas", en "Revista de Ciencias Sociales" (Valparaíso), N° 22, págs. 101 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 acerca de las fuentes de las obligaciones",

en íd., t.102,págs. 996 y ss.; "Acerca de la correspondencia entre tipos legales jusprivatistas internacionales y puntos de conexión", en "Juris", t.80, págs. 298 y ss.; "Meditaciones filosófico históricas acerca de los modos de adquirir el dominio", en íd., t. 69, págs. 219 y ss., etc. (incluyendo diversos trabajos publicados en el "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social" e "Investigación y Docencia").



PERSPECTIVAS FILOSOFICO HISTORICAS DEL DERECHO PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Aunque la distinción de las perspectivas jusprivatistas y juspublicistas ha motivado numerosas polémicas, que abarcan posiciones afirmativas y negativas de la diferenciación, creemos que se revelan en ésta dos tendencias que, en diversos grados, están constantemente presentes en todo fenómeno jurídico (1). Pese a que el grado de diferenciación entre Derecho Privado y Derecho Pú blico y la tensión entre ambos varían según las épocas y los lugares, opinamos que Radbruch tenía cierta razón cuando llegó a afirmar que se trata de conceptos jurídicos a priori, en el sentido "que con relación a todo precepto jurídico singular puede preguntarse con plenitud de sentido exigiendo respuesta, si este precepto pertenece al derecho público o al privado" (2). Diríamos, a nuestro parecer: si en este precepto -mejor, en esta adjudicación- prevalece el "sentido" del Derecho Público o el "sentido" del Derecho Privado (3).

2. No es inexplicable que la distinción del Derecho Privado y el Derecho Público tuvo su primer gran criterio de diferenciación (en cierta "complejidad impura"-4-) en la cultura jurídica romana (5). Pocas veces como en Roma se advierte una tensión tan grande entre el desarrollo

magnífico del Derecho Privado y la regresión del Derecho Público. Justiniano brindó una obra magnífica de "codificación" del Derecho Privado en el marco del frecuente sacrificio de la justicia en aras de un absolutismo publicista de estilo oriental. La superficialidad relativa de la cultura romana se manifiesta en el ajuste de individualidades del Derecho Privado, que también es en general menos "comprometedor" y más superficial, y en la creciente dictadura del Derecho Público. El mundo cultural romano, que no tenía profundos criterios de pertenencia a la comunidad, se valió del Derecho Privado y de un Derecho Público crecientemente autoritario para ajustar "partes" que en sí mismas tenían poca relación (6). Por eso, allí se ve con claridad la tensión entre las áreas de predominio de las dos perspectivas jurídicas que, cuando hay una integración profunda, resultan menos diversas.

Hay circunstancias en las cuales, por defección del marco conceptual del Derecho Público, los contenidos de éste son expresados en términos de Derecho Privado. Así ha sucedido, por ejemplo, en el feudalismo, apoyado en un régimen contractual entre señores y vasallos. Hay países, como Argentina, donde -quizás reflejando cierta falta de cohesión profunda- la organización fundamental se apoya en el Derecho Privado, de modo que la Constitución material se debe en los hechos más al Código Civil, aplicado durante muchas décadas sin mayores tropiezos, que a la Constitución formal, cuyo funcionamiento fue afectado por tan significativos trastornos. De aquí la gravedad de las circunstancias como la que vive nuestro país actualmente, ya que a través de la crisis económica peligra el funcionamiento del "criptoconstitucional" Derecho Privado (7). Por otra parte, hay casos, como el que aconteció con la

recepción del Derecho Romano justiniano en muchas regiones de Europa, en los cuales el Derecho Privado es impulsado para aflojar los lazos de pertenencia a la comunidad.

La tensión entre Derecho Privado y Derecho Público es mayor en la "subfamilia" jurídica continental que en la del "common law", donde la distinción suele ser desconocida (8). No es por azar que los más grandes momentos del Derecho Privado continental se han vivido, bajo Justiniano, Napoleón y en la Alemania de espíritu bismarkiano de Guillermo II, en climas publicistas autoritarios. En cambio, el Derecho Público inglés se desenvuelve en términos de mayor individualidad y participación, afines al Derecho Privado, quizás porque en el fondo hay un más estabilizado sentido de pertenencia a la comunidad.

3. Pese a que la historia y la biografía están profundamente interrelacionadas (9), el Derecho Privado posee más predominio de lo biográfico y el Derecho Público tiene más sentido histórico, en relación directa con la mayor atención que se brinda en el Derecho Privado a los repartos y la mayor intervención que poseen en el Derecho Público las influencias humanas difusas. Aunque repartos e influencias humanas difusas están estrechamente vinculados, como el Derecho Privado y el Derecho Público, es claro que en el Derecho Privado los papeles de repartidores e incluso de recipientes están más determinados que en el Derecho Público. El Derecho Privado exige -sobre todo en su manifestación tradicional- una determinación mucho mayor de quiénes son repartidores y quiénes son recipientes: nadie celebraría un contrato con las proyecciones indeterminadas con que participa de una elección.

ción gubernamental. Es más: el voto secreto es una muestra de que en el Derecho Público se promueven con relativa intensidad las influencias humanas difusas, en tanto en el Derecho Privado la "masificación" es algo que cuanto más se acepta y frecuentemente se trata de reencauzar (10).

4. En estrecha relación con su vinculación profunda con la justicia referida a los particulares, el Derecho Privado brinda más juego al valor utilidad y a la economía, pudiendo señalarse, en cambio, que el Derecho Público se abre más a los significados de otros valores, como la santidad, el amor, etc. Cuando el Derecho Público se vincula con la economía, lo hace frecuentemente para "reencauzarla" con referencia a otros valores. Puede decirse, de cierto modo, que el Derecho Privado se relaciona más con la "sociedad civil" y con la "infraestructura", en tanto el Derecho Público se vincula más con el Estado y la "superestructura". Así como sociedad civil y Estado e infraestructura y superestructura están interrelacionados pero son diferenciables, lo propio sucede con el Derecho Privado y el Derecho Público. Por el juego que tienen en él la utilidad y la economía, el Derecho Privado posee caracteres más dinámicos que el Derecho Público.

Al desenvolverse con más apego a la ejemplaridad, con menos planificación gubernamental, menos referencia "ideológica" e incluso menos proyecciones utópicas, el Derecho Privado tiene una marcha temporal y espacialmente menos accidentada, pudiendo superar más fácilmente los distintos períodos y las diferentes regiones. No es por azar que el Derecho Privado romano pudo utilizarse y reelabó



rarse más ordenadamente durante tantos siglos, signados en cambio, por grandes revoluciones y profundos enfrentamientos territoriales en el ámbito del Derecho Público (encaminados a veces, sin embargo, a influir en el marco del Derecho Privado) (11). Sin desconocer sus influencias recíprocas, es impresionante la "continuidad" del Derecho Privado frente a la "discontinuidad" del Derecho Público.

Hoy, sin embargo, asistimos a una época de relativa integración de lo público y lo privado y, sobre todo, de privatización profunda del Derecho. El desarrollo de la economía capitalista ha entronizado la utilidad y la individualidad, y el estilo de relativa "publicización" que suele impulsarse mediante soluciones como el seguro social, la protección del consumidor, etc. nos parece una mera yuxtaposición de individualidades de carácter privatista, donde las "pertenencias" y el "afecto" publicistas han desaparecido. Durante el siglo XIX, se desarrollaron el espíritu más individualista y privatista del Código Civil francés y el espíritu más comunitario ("popular") y publicista del Derecho alemán; pero en general cabe mediar si la burguesía no comenzó "hipotecando" el Derecho Público mediante el liberalismo y llegó, en nuestros días, a "disolverlo" en un sentido de relativa particularidad, consecuentemente "privatista", mediante la social-democracia. Si bien la social-democracia se piensa en términos de solidaridad, es difícil comprenderla con alcances de lealtad profunda y sacrificio por los demás, como lo exige el Derecho Público.

5. Si, como lo señalaba Carlos Cossío, la Filosofía del Derecho debe ser Filosofía de la Ciencia del Derecho (12), no cabe duda que en nuestro tiempo filosofar sobre el Dere

cho Privado, captando muchas veces casi como un compartimiento científico aislado, es especialmente legítimo (13), sea -según corresponda- para descubrir la perspectiva jurídica diferente contenida en él o para evidenciar que se trata de un enfoque de la vida jurídica plena, en su "complejidad pura" (14).

- (*) Ideas básicas de debate en una clase del curso de postgrado "Filosofía del Derecho Privado" que el autor dicta en la Facultad de Derecho de la U.N.R.
- (**) Investigador del CONICET.
- (1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho Público y Derecho Privado", en "La Ley", 1979-D, págs. 956 y ss.; "Filosofía del Derecho Privado", en este mismo número de "Investigación y Docencia"; GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a.ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 326 y ss.
- (2) RADBRUCH, Gustavo, "Filosofía del Derecho", Revista de Derecho Privado, 3a.ed., Madrid, 1952, págs. 163/4.
- (3) A nuestro parecer, la distinción resulta especialmente clara cuando se reconocen las tres dimensiones jurídicas, con sus diversas perspectivas de diferenciación y, en especial, cuando se advierten los sentidos superiores del Derecho al hilo de la dimensión dikelógica. Creemos que, en última instancia, importa considerar que se trata de dos clases de justicia.
- (4) V. acerca de las nociones de complejidad impura, simplicidad pura y complejidad pura, por ej. GOLDSCHMIDT, op.cit., pág. XVII.

- (5) V. en relación con el tema la opinión de Ulpiano en el libro primero de las instituciones, "Esta ciencia abraza dos partes: una es el Derecho Público, otra el Derecho Privado. El público es el que tiene por objeto el gobierno de la República Romana. Privado es el que pertenece al provecho de cada individuo en particular; porque hay algunas cosas útiles al común, y otras a los particulares. El derecho público comprende las cosas sagradas, y los encargos de sacerdotes y magistrados. El privado es de tres maneras, por estar compuesto de preceptos naturales, ó de gentes, ó civiles." ("El Digesto del Emperador Justiniano", trad. Lic. Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, nueva edición, t.I, Madrid, Ramón Vicente, 1872, L.I, T.I, párr.2, pág. 31).
- (6) V. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, "Lecciones sobre la filosofía de la historia universal", trad. José Gaos, 2a. ed. en Alianza Universidad, Madrid, 1982, págs. 519 y ss.; acerca de la historia del Derecho occidental, puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.
- (7) Respecto de la división de la conciencia jurídica argentina, puede c. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina", en "Revista de la Universidad de Buenos Aires", publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.. El sector comunitarista de la cultura argentina, vinculado a la tradición hispánica más antigua y a su refuerzo integratorio europeo meridional, es más afín al sentido del Derecho Público; en cambio, el sector más indi-

vidualista, "anglofrancesado", posee, en general, más simpatía por el Derecho Privado. Al respecto, cabe recordar las enseñanzas de Gustavo Radbruch en el sentido que para el punto de vista supraindividuista-conservador y para la concepción individualista-social corresponde -por diversos motivos- preferencia al Derecho Público y, en cambio, para el liberalismo es el Derecho Privado el corazón de todo el Derecho (v. RADBRUCH, op.cit., págs. 165/6).

- (8) Según René David, la dualidad Derecho Público-Derecho Privado puede ser considerada como característica de la subfamilia "romano-germánica" ("continental") (v. DAVID, René, "Les grands systèmes de droit contemporains", 3a. ed., Dalloz, 1969, pág. 87, también v. pág. 341; asimismo c., por ej., "Tratado de Derecho Civil comparado", trad. Javier Osset, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953; también v. LEHR, Ernest, "Elements de droit civil anglais", 2a. ed. (con la colaboración de Jacques Dumas), Paris, Sirey, t.I, 1906, págs. V y ss. y 1 y ss.; MENDES-FRANCE, Joan-BOURROUILHOU, Hélène, Paris, Dalloz, 1978, págs. 34 y ss.; "Archives de Philosophie du Droit", t. XV - "Philosophies du Droit anglaises et américaines et divers essais" -).
- (9) Es posible v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas históricas y biográficas en el mundo jurídico", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 10, págs. 27 y ss.
- (10) No es sin razón que el Derecho Privado es divisible en "partes" relativamente "recortadas", que pueden

ser imitadas en otros países, como sucede en el Derecho Internacional Privado.

- (11) V. CAVANNA, Adriano, "Storia del diritto moderno in Europa", 1, Milano, Giuffrè, 1979, págs. 21 y ss.
- (12) V. por ej. COSSIO, "Radiografía de la teoría egológica del Derecho" (con una "Introducción a la Fenomenología Egológica" por Daniel E. HERRENDORF), Bs. As., Depalma, 1987, págs. 91 y ss.
- (13) Acerca de la tensión entre los planteos generales y especiales, cabe recordar, en cuanto al área socio lógica, por ejemplo: GRASSERIE, Raoul de la, "Principios sociológicos del Derecho Civil", trad. Luis Pereira y Eleta, Madrid, Reus, 1908, págs. 1 y ss.; v. HUSSERL, Edmundo, "Investigaciones lógicas", trad. Manuel G. Morente y José Gaos, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, t. 2, 1967, págs. 21 y ss. (investigación 3a.).
- (14) V. asimismo, en relación con el tema, por ej. DUGUIT, León, "Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon", Paris, Alcan, 1920; D'AGUANNO, José, "La génesis y la evolución del Derecho Civil", trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna.

NOTAS PARA LA COMPRENSION AXIOLOGICA DEL SUBSISTEMA DEL
DERECHO PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Así como es posible diferenciar axiológicamente las tendencias jusprivatistas de las juspublicistas, reconociendo principalmente en unas el imperio de la justicia referida a los particulares, acompañada por una mayor integración con el valor utilidad y, en las otras, la justicia general (que exige el bien común), con una mayor integración con otros valores, como el amor, la belleza y la santidad (1), también es posible reconocer los sentidos axiológicos de las ramas del Derecho Privado. En este marco se pueden diferenciar, sobre todo, el Derecho Privado Interno y el Derecho Internacional Privado y, dentro del primero, el Derecho Civil, Comercial y del Trabajo. También en el Derecho Privado cabe distinguir sus diversas ramas por el predominio de las clases de justicia y por la integración de la justicia con otros valores.

El planteo axiológico del "subsistema" jusprivatista contribuye al reconocimiento del "sistema" jurídico general, que debe mostrar la Teoría General del Derecho (2). A su vez, la asunción de los despliegues de valor respetivos como fines contribuye a la elaboración de la "táct-

tica" jusprivatista, como integrante de la "estrategia" jurídica general. Sólo reconociendo los valores de la vida es posible ser protagonista consciente en su conducción.

2. En el Derecho Privado Interno, el Derecho del Trabajo es la rama que, en su conjunto, resulta más vinculada a la justicia general, en tanto el Derecho Comercial, por su referencia al fin de lucro, es la rama que, en su panorama total, está más relacionada con la justicia particular. Sin embargo, existen importantes afinidades "transversales", por ejemplo, en la vinculación de los marcos más institucionales de las tres ramas, como el Derecho de Familia y el Derecho de las asociaciones civiles y las fundaciones, el Derecho de las asociaciones gremiales y el Derecho de las sociedades comerciales, con ciertas perspectivas, por lo menos internas, de justicia general. Las obligaciones contractuales civiles y comerciales son especialmente afines a la justicia particular.

Pese a que, muy en general, el Derecho Privado resulta una integración de la justicia con el valor utilidad -al hilo de los medios para satisfacer las necesidades particulares- pueden reconocerse en el área jusprivatista distintos marcos influidos especialmente por las exigencias de diferentes valores. El Derecho Comercial es el ámbito más referido al valor utilidad, en tanto que el Derecho Civil es, sobre todo en su rama "menor" de Familia, campo de más referencia al valor amor y, a veces, al valor santidad. El Derecho Civil constituye, en nuestro tiempo, la mayor reserva jusprivatista de la realización de los otros valores con relativa autonomía res

pecto de la utilidad, sea que se trate del amor, la santidad, la belleza, la verdad, etc. o, incluso, de la preservación de la jerarquía superior de la humanidad (el deber ser de nuestro ser). El Derecho del Trabajo corresponde, también, a cierta integración con el valor amor, jerarquizada por las exigencias de la humanidad del trabajador.

El Derecho Internacional Privado es un marco de "desfraccionamiento" de la justicia jusprivatista de referencia interna con miras a otras composiciones axiológicas distintas de la propia. A través de la justicia jusprivatista internacional se llega a imitar regímenes jusprivatistas extranjeros cuya referencia axiológica es diversa de la del propio país: más o menos referida a la justicia general o particular, a la utilidad, el amor, la santidad, etc.(3).

3. Por su referencia a la justicia particular, el Derecho Privado es -en general y a través de sus diversas ramas- afín al desarrollo de los diferentes estilos de vida de los individuos y los pueblos. Es, asimismo, más nítido en su diferenciación del Derecho Público y en sus ramas cuando se vive en un clima intensamente "cultural". En cambio, las diversidades apuntadas disminuyen cuando, como en nuestros días, gana terreno la "civilización"(4).

A diferencia de la "cultura", en la cual los valores se desenvuelven con profunda tensión, en los tiempos de "civilización", como el actual, los valores se desarrollan con más superficialidad y de manera menos tensa. En consecuencia, en los climas de "cultura" las diferentes ramas del Derecho se manifiestan también con mayores ten

siones, en tanto en los marcos de "civilización" esas tensiones disminuyen, en nuestro caso, porque la utilidad impone su homogeneidad en todo el sistema jurídico y, también, en el Derecho Privado. Es de este modo que se difunden las soluciones unificadoras del Derecho Civil y el Derecho Comercial y avanza la tendencia a reemplazar el método indirecto del Derecho Internacional Privado por el método directo del Derecho Privado Uniforme y la autonomía universal, afines, a su vez, al Derecho Privado Interno (5).

Luego de haber servido a la unicidad de cada hombre, el capitalismo tiende a uniformar a todos los seres humanos. La máquina y sobre todo la computación tienen una fuerza igualadora quizás incontenible y es, al hilo de esta igualación, que las viejas fórmulas vitales, de individualidades que se vinculaban principalmente en la profundidad del amor, van siendo reemplazadas por los hombres "seriados", que se relacionan superficialmente en soluciones de mera "solidaridad" (6). En este clima, la especialidad del Derecho Privado y de sus ramas debe, necesariamente, disminuir.

En caso de concretarse estas tendencias, el Derecho Privado poseería una estructura semejante a la que tuvo hasta la última época medieval, cuando -con el nuevo desarrollo de la economía y la vida- comenzaron a formarse las ramas actuales. Surgieron, así, el Derecho Comercial y el Derecho Internacional Privado, en tiempos del capitalismo mercantil y, luego, el Derecho del Trabajo para resolver los problemas del capitalismo industrial (7). Es posible que el capitalismo en su plenitud ya no refleje las tensiones que motivaron la división del Derecho Privado, quizás por haber cedido, a su vez,

las tensiones con el Derecho Público. Podría decirse que la "infraestructura", más directamente expresada en el Derecho Privado, ya no plantea las diversidades que originó en el proceso de formación del capitalismo actual.

Aunque en apariencia la unificación civil y comercial significa la desaparición del Derecho Comercial, en profundidad se trata de la comercialización del Derecho Civil. Esta comercialización queda oculta -en la profunda "astucia" de la vida- bajo apariencias de mayor solidaridad. En el nuevo marco no hay lugar para otros estilos de vida que los surgidos de la comercialidad suavizada por la solidaridad.

Del viejo marco de profunda diferenciación de la individualidad y la agregación con rasgos de comunidad y "fraternidad" se pasa, a través del capitalismo, al clima superficial masificado de la mera "sociedad" y la socialización. Eliminados los residuos del amor y la "re-ligión" se llega, a través del despliegue económico, a la comercialización mitigada por la solidaridad(8).

De proseguir estas líneas históricas, el nuevo mundo será cada vez menos capaz de diferenciar y respetar a las diversas "familias" jurídicas que todavía hoy existen (9). Será cada día menos sensible para distinguir, y en su caso jerarquizar, a una orden religiosa y una empresa comercial; a una asociación en sentido estricto o una fundación y una sociedad anónima; a un sacerdote, un artista o un científico y un comerciante. Por la fuerza arrolladora de la coherencia del subsistema "civil", puede llegarse a no diferenciar suficientemente una compra-venta de una relación familiar.

4. No sin cierta razón, Gustavo Radbruch afirmó que el Derecho Público y el Derecho Privado son conceptos jurídicos "a priori" (10) y creemos que, de algún modo, puede sostenerse lo mismo respecto de las perspectivas del Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y el Derecho Internacional Privado. Por sus referencias axiológicas profundas, los puntos de vista del Derecho Privado y sus diferentes ramas están siempre presentes, sea cual fuere la acogida que el espíritu de cada uno reciba y deba recibir en el Derecho Positivo.

Alcanzada, como ha sido, la "simplicidad pura" de la diferenciación de las ramas jusprivatistas, es deseable que se llegue a la "complejidad pura" de la comprensión de las diversas perspectivas en el conjunto del sistema jurídico, evitando la regresión a la "complejidad impura" que, al hilo de la utilidad, puede empobrecer la vida en su plenitud (11).

(*) Ideas del curso de postgrado "Filosofía del Derecho Privado" que dicta el autor en la Facultad de Derecho de la U.N.R.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho Público y Derecho Privado", en "La Ley", 1979-D, págs. 956 y ss.; asimismo "Filosofía del Derecho Privado" y "Perspectivas filosófico históricas del Derecho Privado", en este mismo número de "Investigación y Docencia".

El Derecho Público suele resguardar, con miras al



bien común, la tabla de valores básica de la ~~comunidad~~ nidad. De aquí que en el Derecho Internacional Privado se confunde, a veces, el orden público con el Derecho Público.

La distinción del Derecho Privado y el Derecho Público se acentuó con la diferenciación entre la economía y la política y entre el Estado y la sociedad civil (v. en relación con el tema BARCELLONA, Pietro, "La formación del jurista", en BARCELLONA, HART, MUCKENBERGER, "La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica", trad. Carlos Lasarte, Madrid, Civitas, 1977, págs. 43 y ss.; también c. MUCKENBERGER, Ulrich- HART, Dieter, "La formación de los juristas y la función legítima dora de las categorías jurídicas", en íd., pág.58).

- (2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas", 1985, págs. 11 y ss.
- (3) Sin embargo, siempre ha de tratarse de Derecho Privado, afín a la justicia referida a los particulares. El sentido "general" del Derecho Público no es parcializable ni extraterritorializable.
- (4) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº5, págs. 9 y ss.
- (5) Puede v. nuestro trabajo "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

- (6) En relación con la uniformidad de nuestro tiempo, cabe referir una amplísima bibliografía, que comprende, por ejemplo: ORTEGA Y GASSET, José, "La rebelión de las masas", 16a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1964; MARCUSE, Herbert, "El hombre unidimensional", trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1969.
- (7) Puede v. CIURO CALDANI, "Perspectivas..." cit., págs. 81 y ss.
- (8) La diferenciación de la profundidad del amor y la superficialidad de la solidaridad contribuye a distinguir el pensamiento cristiano de la social-democracia.
- (9) Es posible v., por ej., nuestro trabajo "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, págs. 186 y ss.; asimismo pueden tenerse en cuenta diversos artículos relacionados con el Derecho Comparado aparecidos en "Boletín..." cit. e "Investigación..." cit.
- (10) RADBRUCH, Gustavo, "Filosofía del Derecho", 3a.ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, págs,163 y ss.
- (11) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., De palma, 1987, pág. XVII.

"LA FILIACION DE REFERENCIA BIOLOGICA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL - LAS NUEVAS POSIBILIDADES DE LA INGENIERIA GENETICA"(*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

Entre los diversos aspectos que tiene el tema de la filiación de referencia biológica en Derecho Internacional Privado, nos referiremos a dos que se vinculan, respectivamente, con las influencias de la filosofía y la ciencia (1) sobre nuestra materia. El primero es el de la filiación extramatrimonial, el segundo, el punto de vista de la filiación relacionada con las nuevas posibilidades de la ingeniería genética.

I. La filiación extramatrimonial

El Derecho Positivo argentino correspondiente a nuestra materia ha considerado el tema de la filiación extramatrimonial con cierto menoscenso: los Tratados de Montevideo guardan silencio sobre la filiación en sí y someten los derechos y las obligaciones concernientes a la filiación "ilegítima" a la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos (2); el Derecho de fuente in

terna omite el tratamiento de la cuestión (3).

Con el avance de la jerarquía del hombre como individuo, sobre todo a partir de la Edad Moderna (4), se han ido abandonando muchos de los "títulos" por los que se fraccionaban los requerimientos de su propio desarrollo en aras de instituciones. Esto es lo que ha ocurrido con el Estado y la Iglesia. A diferencia de la Edad Antigua, cuando el hombre valía como súbdito del "Estado" y de la Edad Media, cuando valía como súbdito del "Estado" o como fiel de la Iglesia, a partir de la Edad Moderna el hombre también vale como tal, y algo análogo ha sucedido al fin en relación con la familia (5). Cada vez más, el Estado, de cierto modo la Iglesia y también la familia valen para el hombre. De aquí que las soluciones que sacrificaban al hombre con miras a las instituciones, como sucedía con los hijos extramatrimoniales respecto de la familia matrimonial, van siendo abandonadas.

Sin negar la gran influencia beneficiosa que para el desarrollo del individuo suelen tener las instituciones mencionadas y, en nuestro caso, la familia (que es normalmente el marco más "acogedor" para la personalidad), creemos que en general (salvo ciertos excesos) la tendencia referida es justa, precisamente porque centra la atención en la personalización del ser humano (6). Por lo menos en nuestra circunstancia, el individuo se desarrolla más plenamente en el marco de la familia integral, que es de carácter matrimonial, pero -siendo el hombre un fin y no un medio- en modo alguno puede resultar justo sacrificar a quienes no pueden alcanzar -incluso sin culpa alguna, como en el caso de los hijos- a tener una familia integral.

La filiación es una "causa" personal profunda, donde la dignidad de lo humano, por sobre todos los otros valores, exige un desfraccionamiento de las influencias del "porvenir" representadas por la nueva vida, con prescindencia de las influencias del pasado, cuando los progenitores pueden haber desafiado una institución legítima como el matrimonio. Al hijo extramatrimonial le va en esta filiación la posibilidad de tener una familia y esta posibilidad es uno de los derechos fundamentales del ser humano. La vida nunca puede ser "ilegítima", porque se legitima por sí misma, y la filiación la sigue en ese carácter.

La "correspondencia por afinidad" entre "causa" y "punto de conexión" (7) exige responder a la causa filiatoria con un punto de conexión personal profundo, que en el caso del hijo suele ser, en lugar del domicilio que puede adquirir de su padre, el de su propia ubicación espacial inicial, o sea el de su concepción o el de su nacimiento. El primero tiene normalmente a su favor el carácter compartido de la ubicación espacial de los progenitores; es el marco de la relación donde el hijo comenzó a existir y puede serle más favorable por una mayor tolerancia en las costumbres. El segundo posee a su favor la mayor certeza y ser el ámbito donde comienzan a producirse las experiencias más conscientes. Sin embargo, parece que la gran trascendencia de la relación filiatoria, sobre todo para el hijo, permite sos tener -aunque sea por "derivación"- la imitación de la ley razonablemente vinculada al caso más favorable al establecimiento del vínculo.

Pese a las dificultades que puede encontrar la atri-

bución de efectos a una filiación extramatrimonial ex tranjera, por la proximidad que puede tener con el pro pio marco de orden público, creemos que si bien puede ser legítimo "cortar" la "causa", distinguiendo el vín culo y sus efectos, no lo es el territorialismo de Mon tevideo (8). Tampoco nos parece acertado considerar el reconocimiento del vínculo como cuestión de orden públi co, porque no es legítimo pasar por alto las particula ridades vitales de los protagonistas. Sólo cuando la fi liación extramatrimonial entre razonablemente en su es tilo de vida, debe optarse por el Derecho más favorable.

II. Las nuevas posibilidades de la ingeniería genética

La ingeniería genética ha abierto nuevas posibilidades que han puesto en crisis la noción de filiación y esa crisis afecta también a los despliegues internaciona les del tema (9). Entre los diferentes problemas nuevos así planteados, se destacan la posibilidad de "paternidad" en divergencia (por la "descomposición" de los papeles pa terno y materno) y el régimen del embrión no incorporado al seno materno (v.gr. si tiene derecho a serlo, quiénes y en qué sentidos pueden disponer de él, etc.) (10). En cada caso, se trata de "causas" personales profundas, a las que corresponde por "afinidad" el punto de conexión personal profundo del domicilio de la persona o posible persona de que se trate, o, subsidiariamente, cuando ha ya un domicilio derivado, del lugar de ubicación perma nente de la misma (11). Sin embargo, por razones análo gas a lo señalado en el punto I, de cierto modo extensi vas a la condición de los posibles progenitores, creemos

que debe elegirse, en el primer aspecto, la ley más favorable al reconocimiento del vínculo filiatorio, solucionando las posibles discrepancias con miras a la compatibilidad con el orden público de la ley "personal" del posible hijo y utilizando, a la luz de este régimen, el método "sintético judicial". Por otra parte, cabe subrayar que en el respeto al embrión está en juego la condición humana con alcance universal, de manera que el tema se vincula por su profundidad con el orden público (y el poder de disposición sobre su vida es limitado).

III. Conclusiones

En base a lo señalado en los puntos I y II, creemos que en los temas referidos existen diferentes "carenencias" de normas (12). En materia de filiación extramatrimonial, hay una carencia dikelógica en los Tratados de Montevideo y una carencia histórica por olvido en el Derecho de fuente interna; en cuanto a las nuevas posibilidades abiertas por la ingeniería genética, hay una carenicia histórica por novedad científico-técnica (13).

En consecuencia, creemos que las jornadas deberían pronunciarse:

1º. Por la necesidad de elaborar normas de fuente interna en cuanto a régimen internacional de la filiación extramatrimonial y de reformar los Tratados de Montevideo para salvar su discordancia con las actuales exigencias de justicia.

2º. Por el sometimiento del vínculo filiatorio extramatrimonial al régimen que le resulte más favorable, eli-

giendo entre los Derechos del lugar de concepción, del lugar de nacimiento y del domicilio del posible progenitor en los momentos referidos (14).

3º. Recomendando los estudios jusprivatistas internacionales acerca de los problemas filiatorios y de existencia y estado de las personas surgidos en relación con las nuevas posibilidades de la ingeniería genética (15) (***) .

(*) Ideas básicas de la comunicación enviada a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a realizarse en San Carlos de Bariloche del 26 al 29 de abril de 1989 (Comisión 7º "La filiación de referencia biológica en el Derecho Internacional Privado").

(**) Profesor de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET.

- (1) Creemos que en cuanto a filiación extramatrimonial la filosofía ya ha elaborado los aportes de la ciencia (desde las perspectivas antropológica, psicológica, sociológica, etc.), en tanto respecto a las nuevas posibilidades de la ingeniería genética es mucho lo que aún debe plantearse filosóficamente (en relación con este tema puede v. por ej. INSTITUT INTERNATIONAL D'ETUDES DES DROITS DE L'HOMME, "Modificazioni genetiche e diritti dell'uomo"(a cura di Guido Gerin), Padova, Cedam, 1987).
- (2) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La familia extramatrimonial en Derecho Internacional Privado", en "Juris", t. 54, págs. D.9 y ss.

(3) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La filiación extramatrimonial en el Derecho Internacional Privado argentino no convencional", en "Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas", años XV/XVI. Nos. 29/32, págs. 14 y ss.; también nuestra nota en "Revista..." cit., año XXI, Nos 41/42, págs. 369 y ss.

En relación con el tema, v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 345 y ss.; VITTA, Edoardo, "Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, t. II, 1973, págs. 390 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Droit International Privé", 5a. ed., con el concurso de Paul Lagarde, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. II, 1971, págs. 96 y ss.; LOUSSOUARN, Yvon- BOUREL, Pierre, "Droit international privé", Paris, Dalloz, 1978, págs. 441 y ss.; VALLADAO, Haroldo (Prof.), "Direito Internacional Privado", 2a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, t. II, 1977, págs. 135 y ss.; FOYER, Jacques, "Filiation", en "Répertoire de Droit International", Paris, Dalloz, t. II, 1969, págs. 24 y ss., "Mise à jour" 1979, págs. 164 y ss., 1981, págs. 190 y ss.

Según el art. 72 de la Ley federal suiza sobre el Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987, el reconocimiento en Suiza puede ser hecho conforme al Derecho del Estado de la residencia habitual del hijo, al Derecho de su Estado nacional, al Derecho de su domicilio o al Derecho del Estado nacional de la madre o del padre. La fecha del reconocimiento es determinante (v. "Revue critique de

droit international privé", tomo 77, pág. 422; también c. VON OVERBECK, Alfred E., "Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé", en íd., págs. 237 y ss.).

- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perpectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.
- (5) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, pág. 477.
- (6) V. íd., págs. 417 y ss.
- (7) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Acerca de la correspondencia entre tipos legales jusprivatistas internacionales y puntos de conexión", en "Juris", t. 80, págs. 298 y ss.
- (8) Dada la larga duración de la relación filiatoria puede ser legítimo el "corte objetivo" que diferencie el vínculo de sus efectos. En el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 puede llegar a sostenerse que el vínculo filiatorio extramatrimonial, como cuestión de estado, se rige por la ley del domicilio (art. 1).
- (9) Podrá v. nuestro trabajo "El negocio jurídico personalísimo y el Derecho Internacional Privado", en "Investigación y Docencia", Nº 9 (en prensa) (y atender, asimismo, a la bibliografía allí referida).
- (10) Si en la filiación está siempre en juego la referencia al porvenir, esto sucede de una manera especialmente potenciada cuando la filiación se apoya en las posibilidades abiertas por la ingeniería genética.

La reproducción es un proceso inherente a la existencia de la especie y la senda individualizadora desarrollada en la filiación que impera actualmente (donde el nexo entre las generaciones se produce entre personas determinadas) es, en la presente situación, no sólo la más viable sino la más legítima (porque es la más personalizante). Sin embargo, la ingeniería genética origina posibilidades para que la filiación sea sustituida por un desarrollo más anónimo y comunitario del proceso reproductivo, que pondría en cuestión no sólo su carácter matrimonial, sino la noción misma de filiación, y -a través de la "clonización"- permite también que, por el contrario, se desarrolle una extrema individualización, al punto tal de comenzar a cumplirse el sueño divinizante de la reproducción sin el aporte de otro ser.

La expansión de las posibilidades del ser son, en mucho, incontenibles y ante semejantes posibilidades entran en crisis los conceptos tradicionales. Urge una meditación profunda para ir encontrando -también desde las diversas especialidades- el camino que lleva a aprovechar todas las oportunidades para la dignificación de la vida y el universo.

(11) Se trata de un juego de puntos de conexión "límite" entre la subsidiariedad y la "alternatividad" (o "alternación"). Usamos el concepto "ubicación" y no la noción de residencia para poder abarcar casos donde no hay residencia (así sucede con el embrión no implantado).

En el marco del Tratado de Montevideo de 1940, cabría tener en cuenta, para ambas "causas", el art. 1



minable; b) el lugar de nacimiento y c) el domicilio del posible progenitor en los momentos referidos".

3º) "La indagación de la filiación de los expósitos se regula por la ley del lugar donde han sido expuestos".

4º) "Los derechos y obligaciones correspondientes a la filiación extramatrimonial se rige por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos".

En base a sugerencia de la doctora Mariel Mulet, durante las deliberaciones de la Comisión se consideraron también las posibilidades consagradas por la Ley federal suiza del 18 de diciembre de 1987 (v. nota 3).

En relación con el punto 3º, corresponde aclarar que debe jugar cuando no se cuenta con los datos para el funcionamiento de lo establecido en el punto 2º). Creemos que la regla del punto 4º puede ser mejorada según lo indicado en la nota 14.

Respecto de las posibilidades abiertas por la ingeniería genética, el despacho mayoritario de la Comisión dice, también de lege ferenda:

"" En virtud del espíritu que inspira la Ley N° 23.264, tanto la inseminación artificial, como la fecundación in vitro y el desarrollo del embrión en el útero de una mujer distinta de la que aportó el óvulo, realizados en otros países, en principio, no conculca el orden público argentino"".

El trabajo indicado en la nota 9 apareció en "Investigación y Docencia", N° 9, págs. 29 y ss.

NOTA SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA INAMOVILIDAD DE LOS

CREENCIAS

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

La tensa relación entre el ser y el valor es el marco donde se desenvuelven la creación, la ejecución, la rutina y la degradación (1). La creación es una actividad de avance del valor; entendemos por ejecución el avance del ser con miras a la realización del valor propuesta por la creación; la rutina es la repetición del ser, que ya no se proyecta al avance del valor y la degradación es el distanciamiento del ser respecto del valor. En última instancia, la creación y la ejecución se integran, realizándose de cierto modo recíprocamente, y la rutina y la degradación se entrelazan, ya que toda rutina es de cierta manera una degradación en el proceso de evolución cósmica, donde no avanzar es retroceder.

Como existen valores naturales y fabricados, pudiendo distinguirse entre los primeros los valores absolutos y los relativos, y entre los segundos los valores auténticos y los falsos, también es posible diferenciar la creación, la ejecución, la rutina y la degradación con miras a tales clases de valores, reconociendo que la creación, la ejecución y la rutina respecto de valores falsos significan siempre degradación desde la perspectiva de los

valores naturales contra los cuales esos valores falsos se dirigen (2). La creación, y consecuentemente la ejecución, son verdaderas cuando se refieren a valores naturales o a valores fabricados auténticos.

La creación y la ejecución significan "desfraccionamientos" de los valores. La primera desfracciona en cuanto al hallazgo de nuevas fórmulas de realización, la segunda lo hace en la realización de tales fórmulas, pero ambas, por significar desfraccionamientos de los valores, generan inseguridad. En cambio, la rutina y la degradación "fraccionan" los valores y producen seguridad. La inseguridad genera angustia, que muchas veces se proyecta en ataques contra los creadores que la originan. Por su parte, la seguridad de la rutina y la degradación suele servir de refugio para atacar a la creación y la ejecución.

La creación y de cierto modo la degradación están especialmente vinculadas a las personas que las producen, que proyectan los nuevos senderos del valor o de distantamiento de él. Pueden referirse a la "autointegración" del mundo de la cultura, por remisión a principios generales de valor ya consagrados o por analogía con otras creaciones o degradaciones, pero encuentran sus manifestaciones más importantes cuando suceden por "heterointegración", es decir, por referencias valorativas no consagradas (aunque, en profundidad, todas las creaciones y todas las degradaciones son -en diversas medidas- autointegradoras y heterointegradoras) (3).

La ejecución y la rutina se integran en el orden cultural ya establecido, en tanto la creación y la degradación tienen, en diversos sentidos, más significados "revolucionarios", que alcanzan especial intensidad cuando

se producen por "heterointegración". El orden y el des orden de la cultura expresan intereses, pero los que están consagrados en el orden -o sea en la mera ejecución y en la rutina- son especialmente poderosos, prin cipalmente porque cuentan con la fuerza del conjunto, en tanto los que adquieran carácter "revolucionario" son más débiles, porque dependen más de la persona que protagoniza la creación o la degradación (4). Es más: la creación es inmensamente débil, porque con frecuencia, sobre todo cuando es muy "revolucionaria", puede confundirse con la degradación. Para diferenciarlas suele ser necesario permitir que su desarrollo las muestre con cierta amplitud.

De aquí que la creación requiera el resguardo de la persona del creador a través de la inamovilidad en sus funciones; en tanto la ejecución, por valerse de personas más intercambiables, exige mera estabilidad y la rutina requiere la remoción de quien cae en ella. Una vez acreditado que la degradación es cabalmente tal, en términos administrativos se abre la fundamentación de la exoneración y la represión (5).

El creador tiene derecho a la inamovilidad por la particularidad de su persona. Es cierto que la inamovilidad puede conducirlo a la rutina e incluso abroquelar su degradación, pero no hay otro camino que fraccionar el riesgo para resguardarlo de las amenazas que se ciernen contra la creación. Lo que suele reconocerse a los jueces, como "creadores" de justicia, debe otorgarse también a los demás creadores, que son "jueces" en otras áreas de la cultura y, en especial, a los investigadores científicos, que son creadores y "jueces" de la verdad especialmente lanzados a la incógnita del porve-

nir. Así como el régimen resguarda a los jueces -incluso corriendo el riesgo de que sean rutinarios y también de gradantes servidores de intereses ilegítimos- también de be proveer a la comunidad de creadores inamovibles en las otras áreas de la cultura (científica, artística, económica, religiosa, etc.) (6).

(*) Investigador del CONICET.

- (1) El tema de la creatividad motiva múltiples enfoques, v. por ej. ROTHENBERG, Albert, "Einstein, Bohr, and Creative Thinking in Science", en "Hist. Sci.", XXV (1987), págs. 147 y ss.; "Psychopathology and Creative Cognition", en "Archives of General Psychiatry", September 1983, Volume 40, págs. 937 y ss.; CHRISTENSEN, Darrel E., "A Throb of Creation and The Making of Meaning", en "Dialectics and Humanism", Nº 3/1981, págs. 25 y ss.; HIRSCHBEIN, Ron, "Eros and Creative Interchange", en "Creative Interchange The Thought of H. N. Vieman", Carbondale: S.I.U. Press, 1982; ANTHI, Roar, "Ibsen. Narcissism and Creativity", en "Scand. Psychoanal. Rev.", (1981) 4, págs. 161 y ss.; GOLDEN, Gail K., "Creativity: an Object Relations Perspective", en "Clinical Social Work Journal", Vol. 15, Nº 3, Fall 1987, págs. 214 y ss.; PANNENBERG, Wolfhart, "The Doctrine of Creation and Modern Science", en "Zygon", vol. 23, Nº 1 (March 1988), págs. 3 y ss.; GIERYN, Thomas F.-HIRSH, Richard F., "Marginality and Innovation in Science", en "Social Studies of Science", Vol. 13(1983), págs. 87 y ss. (separatas);

no obstante, c. también, v.gr. FOUCAULT, Michel, "¿Qué es un autor?", trad. Corina Iturbe, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 1985. En relación con la idea de creación, v. asimismo GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 434/435.

- (2) Puede v., en relación con el texto y como trasfondo doctrinario: GOLDSCHMIDT, op.cit., esp. págs. 372 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.
- (3) En relación con el tema de la lógica de la cultura v. por ej. NAGEL, Ernest, "La estructura de la ciencia", trad. Néstor Miguez, Bs. As., Paidós, 1981, esp. págs. 108 y ss.; NEWTON-SMITH, W.H., "La racionalidad de la ciencia", trad. Marco Aurelio Galmari ni, 1987; LAKATOS, Imre, "La metodología de los programas de investigación científica", trad. Juan Carlos Zapatero, Madrid, Alianza, 1983; TOULMIN, Stephen, "La filosofía de la ciencia", trad. José Julio Castro, Bs. As., Compañía General Fabril Editora, 1964.
- (4) Respecto de las relaciones de la cultura con los intereses, c. por ej. SCHELER, Max, "Sociología del saber", trad. José Gaos, Bs. As., Siglo XX, 1973, esp. págs. 9 y ss.; MANNHEIM, Karl, "Ensayos de Sociología de la Cultura" (rec.), trad. Manuel Suárez, 2a. ed., Madrid, Aguilar, 1963; LUHMANN, Niklas, "Fin y racionalidad en los sistemas", trad. Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Nacional, 1983; HABERMAS, Jürgen, trad. Manuel Jiménez, José F. Ivars y Luis Martín Santos, Madrid, Taurus, 1982; HAUSER, Arnold, "Introducción a la Historia del Arte", trad. Felipe González Vicén, 3a. ed., Madrid,

Guadarrama, 1973; HORKHEIMER, Max, "Teoría crítica" (rec.), trad. Eduardo Albizu y Carlos Luis, Bs. As., Amorrortu, 1974, esp. págs. 15 y ss.; FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", trad. Enrique Lynch, 2a. reimpr., Barcelona, Gedisa, 1984; DAMPIER, William Cecil, "Historia de la ciencia y sus relaciones con la filosofía y la religión", trad. Cecilio Sánchez Gil, 1a. reimpr., Madrid, Tecnos, 1986; GURVITCH, Georges - MOORE, Wilbert E. (directores), "Sociología del Siglo XX", trad. Constantino Dimitriu, Bs. As., El Ateneo, t.I, 1956.

- (5) Acerca de inamovilidad y estabilidad puede v., por ejemplo: BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", 4a. ed., Bs. As., El Ateneo, t.II, 1947, págs. 165 y ss., en relación con las penas disciplinarias, págs. 296 y ss.
- (6) La provisión de inamovilidad a los creadores no es sólo una exigencia de justicia para ellos, sino para el resto de la comunidad. Respecto de los creadores está particularmente en juego la protección contra el régimen y los demás individuos; en atención a los otros miembros de la comunidad, es un aporte imprescindible para el amparo contra "lo demás" (ignorancia, enfermedad, etc.).
- La creación tiene especial afinidad con la justicia espontánea y con la justicia asimétrica; en tanto, la ejecución se relaciona más con la justicia comunitativa y la justicia simétrica. De aquí que a la creación le correspondan "honorarios" y una mayor gratitud de los demás; en cambio, a la ejecución le corresponde el salario y hay más posibilidad de su retribución.

ción cabal. Como toda tarea tiene, en definitiva, perspectivas de creación y ejecución, la creación en labores de ejecución se recompensa con la propina (v. en relación con el tema, GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 70).

SIGNIFICADOS JUSFILOSOFICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

PRIVADO Y SUS PROBLEMAS GENERALES

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. El conocimiento científico y filosófico se diferencia del vulgar (en el complejo integrado del saber) por el "afinamiento" de sus preguntas y sus respuestas; a su vez, toda pregunta para ser tal debe constituirse resguardando sus alcances respecto de la mera duda y todo respuesta ha de ser controlada para que se mantenga dentro de los alcances de la pregunta, evitando que la "respuesta" sin pregunta se constituya en "dogma" (1). En la dimensión normológica del mundo jurídico, la pregunta y la respuesta se "afinan" en las respectivas características positivas del antecedente y la consecuencia jurídica, en tanto que la exclusión de la mera duda y del dogma se manifiesta en las pertinentes características negativas (2). En el marco del Derecho Internacional Privado en sentido estricto (3), la pregunta se refiere al tratamiento a dar al elemento extranjero y la respuesta establece que ha de ser respetado mediante la imitación del Derecho con que se vincula; el "afinamiento" de la pregunta se produce principalmente a través de los problemas de las calificaciones y la cuestión previa y mediante el rechazo del fraude a la ley, que

pretende exceder los marcos de la pregunta, despistán dola en la mera duda; el perfeccionamiento de la respuesta se obtiene a través de la individualización del Derecho extranjero aplicable y con la intervención del orden público, que rechaza las respuestas donde, bajo la apariencia de diversidades "internacionales", se ataca lo que se considera inherente a la condición humana (4).

En el campo de las disciplinas filosóficas, los plan teos metafísicos tienen un nivel de profundidad que no los hace especialmente promotores del Derecho Interna-cional Privado; son en principio enérgicamente hostiles al fraude a la ley y poseen, en cambio, estrecho paren-tesco con el orden público (5). En cambio, la ontología y sobre todo la gnoseología y la axiología significan un nivel de planteo más afín al Derecho Interna-cional Privado, guardando en general mayor "distancia" entre sujeto y objeto, y quizás no sea irrelevante que la axio logía se ha desarrollado en el tiempo de la segunda "hora estelar" de nuestra materia. En este nivel, el recha zo del fraude a la ley no es tan intenso y la referencia al orden público tiene menos firmeza.

La existencia del Derecho Interna-cional Privado, con el debido reconocimiento de las diversidades internacio-nales, gana espacio cuando imperan concepciones moder-damente empiristas. Las concepciones empiristas son más abiertas a las soluciones más "internacionales", que re suelven el problema de las calificaciones según la "lex civilis causae", la cuestión previa con criterio de equi valencia y la determinación del Derecho extranjero apli-cable, según la teoría del uso jurídico; en estas orien-taciones empiristas puede haber menos estrictez en el re

chazo del fraude a la ley y en el recurso al orden público. En cambio, los planteos racionalistas son más afines a resolver el problema de las calificaciones conforme a la "lex civilis fori", la cuestión previa con criterio jerarquizador y la individualización del Derecho extranjero aplicable con referencias normativas, principalmente legislativas; en estos enfoques hay más estrictez en el rechazo del fraude a la ley y más afinidad con el desarrollo del orden público, incluso con caracteres "aprioristas". Sin embargo, cuando el sentido práctico se radicaliza y se llega al pragmatismo, la consideración de los problemas generales del Derecho Internacional Privado disminuye, y en esta línea de observación puede comprenderse que ninguna de las grandes cuestiones referidas ha sido descubierta en los marcos fuertemente empiristas del pensamiento anglosajón (6). Tampoco el racionalismo radical siente necesidad de la compleja problemática general del Derecho Internacional Privado, evidenciada cuando se toma contacto sin prejuicios con los casos jusprivatistas internacionales.

En relación con el enfoque axiológico, la respuesta jusprivatista internacional, que surge de un "distanciamiento" moderado del elemento extranjero, tiende a corresponder a un objetivismo "circunstanciado"(7). Es al hilo de esta posición que el problema de las calificaciones tiene más posibilidades de ser resuelto según la "lex civilis causae", la cuestión previa puede encararse mejor con una pauta de equivalencia y la determinación del Derecho extranjero aplicable puede desarrollarse con más "chances" según la teoría del uso jurídico. Con tal enfoque objetivista "circunstanciado", el fraude a la ley y el orden público pueden resolverse de maneras equilibra

das, dando en este último caso la debida preferencia básica al orden público "a posteriori". En cambio, el subjetivismo individualista, al estilo existencialista, tiende a radicalizar las "distancias" y el subjetivismo colectivista historicista y el objetivismo apriorista se inclinan, por diversas vías, a hacerlas desaparecer. El existencialismo es relativamente proclive a admitir el fraude a la ley y a no comprender la problemática del orden público; en tanto, el historicismo tiende a bloquear más enérgicamente los caminos del fraude a la ley y a ampliar los alcances del orden público. No es por azar que éste fue descubierto por el historicista Savigny, quien incluyó en él a las instituciones desconocidas (8). El objetivismo apriorista puede llegar a generar exageradas inclinaciones fraudulentas contra los regímenes que considera injustos, pero en general tiende a rechazarlas y a dar, también, alcances desbordantes al orden público.

El mero desarrollo de la lógica formal puede desjerarquizar las diversidades jusprivatistas internacionales, pero en cambio el rigor lógico ilumina las posibilidades de descubrimiento y comprensión de los problemas generales de la materia, al punto que todos ellos, salvo el orden público, se han manifestado en marcos de Derechos sistematizados en códigos.

2. Desde el punto de vista jurídico sociológico, el Derecho Internacional Privado significa cierta "ejemplaridad" apoyada en la racionalidad de que repartan los repartidores más vinculados con los diversos elementos presentes; aunque esa ejemplaridad desborda los alcances de la planificación gubernamental existente a nivel

local. En términos de valores jurídicos, puede decirse que nuestra materia se constituye a través de un orden más solidario que previsible, con alcance internacional, aunque con cierto detrimento del orden local. Las exigencias de la solidaridad "internacional" llevan a resolver el problema de las calificaciones según la "lex civilis causae", la cuestión previa con criterio de equivalencia y la determinación del Derecho extranjero conforme a la teoría del uso jurídico. El fraude a la ley evidencia una crisis de la racionalidad, que tiende a debilitar al orden de repartos también en el marco internacional, en tanto el orden público desarrolla el orden local, aunque con detrimento del orden internacional, al que procura superar mediante ciertos criterios más "humanos" planificados localmente.

En relación con el enfoque jurídico normológico, el Derecho Internacional Privado significa una integración, de estilo relativamente contractual, del contenido de las instituciones de unos países en otros. En cuanto se refiere al ordenamiento normativo, se trata de un fuerte predominio de las relaciones horizontales entre normas de diversos países, sobre todo en atención a su producción por los repartidores más vinculados con los casos, de modo que se realizan los valores respectivos, infalibilidad y concordancia. Hay, por su parte, cierto detrimento de las relaciones verticales locales, con sus valores pertinentes subordinación e ilación y, en definitiva, de la coherencia local. Cuando se desarrollan esa integración entre instituciones y las relaciones horizontales entre normas del Derecho invocado y del Derecho local, el problema de las calificaciones se resuelve según la "lex civilis causae", la cuestión previa con cri-

terio de equivalencia y la determinación del Derecho extranjero aplicable según la teoría del uso jurídico.

El fraude a la ley significa un abuso del paradigma contractual, que procura convertir en negocio jurídico lo que el legislador pensó más institucionalmente, como acto o hecho jurídico (9), y el orden público corresponde a un desenvolvimiento de estilo reforzadamente institucional. La solución del problema de las calificaciones según la "lex civilis fori", de la cuestión previa con criterio jerarquizador y de la determinación del Derecho extranjero aplicable con referencias normativas legislativas responde, con diferentes intensidades, a abusos en la búsqueda de la coherencia. En los dos primeros casos esta búsqueda se concreta por defecto y posible desvío de las relaciones horizontales internacionales y en el tercero por una regresión en las relaciones verticales respectivas. El fraude a la ley es una desviación de las vinculaciones horizontales y el orden público expresa un importante avance de las relaciones verticales del propio ordenamiento, con un reforzamiento de la realización del valor coherencia (10).

Desde el punto de vista jurístico dikelógico, la exigencia básica de justicia característica del Derecho Internacional Privado, que requiere el respeto al elemento extranjero mediante la aplicación del Derecho con el cual se vincula, exige -en tal sentido- que el problema de las calificaciones sea solucionado según la "lex civilis causae", la cuestión previa conforme a la teoría de la equivalencia y la determinación del Derecho extranjero por la teoría del uso jurídico. Las soluciones opuestas corresponden, de diferentes maneras, a avances "subversivos" del orden local y la coherencia contra la

justicia. El fraude a la ley es un avance de la utilidad (como relación de medio y fin) que, en cuanto la justicia se apoye en la legalidad, es una "arrogación" del material estimativo de la justicia. A su vez, el orden público es legítimo cuando, por la senda del amor (como valor supremo de la agregación), se llega a comprender a los protagonistas en su profundidad humana.

El Derecho Internacional Privado tiene cierto estilo de justicia consensual; el fraude a la ley es, en principio, un abuso de esta justicia consensual y el orden público es la más alta expresión que en nuestra materia tiene la justicia extraconsensual. El Derecho Internacional Privado se apoya en la justicia con acepción (consideración) de personas, cuando éstas son calificadas especialmente por integrarse con elementos extranjeros; el fraude a la ley pretende introducir un desarrollo excesivo de la justicia con acepción de personas y el orden público significa un avance de la justicia sin acepción de personas.

Con relación a los despliegues internacionales de los casos, la solución de las calificaciones según la "lex civilis causae", de la cuestión previa conforme al criterio de equivalencia y de la determinación del Derecho extranjero de acuerdo con la teoría del uso jurídico corresponde a desfraccionamientos, generadores de cierta inseguridad, pero realizadores de mayor justicia, en tanto las soluciones opuestas, de la "lex civilis fori", la jerarquización y la referencia normativa legislativa significan fraccionamientos generadores de seguridad, a costa del indebido sacrificio de la justicia.

cia. Por su parte, el fraude a la ley procura introducir la consideración de rasgos que no son tenidos en cuenta en la ley burlada, generando al respecto inseguridad, y el orden público corta la consideración de dicha extranjería, produciendo seguridad en el marco local (aunque inseguridad en el campo internacional).

El Derecho Internacional Privado se basa en la legitimidad de los repartidores más vinculados con los casos que, como tales, significan ciertos grados de autonomía (por un acuerdo por lo menos oculto de los interesados, "criptoautonomía") y de aristocracia (por una superioridad respecto de los objetos e incluso las formas de los repartos, en virtud de su mayor comprensión de la realidad). Es al hilo de tal legitimidad que se hacen más significativas las soluciones de la "lex civilis causae", la equivalencia y la teoría del uso jurídico. El fraude a la ley procura para sus protagonistas un grado de autonomía mayor que el asignado por la ley, cuestionando la legitimidad de los repartidores a los que ésta se remite. Por su parte, al introducir un grado de autoridad mayor que el de las soluciones jusprivatistas internacionales comunes, la imposición del orden público significa la necesidad de una legitimidad especial para dicha autoridad, que puede obtenerse sobre todo por la vía aristocrática, es decir en la medida que lo impuesto como orden público sea francamente superior a la solución extranjera.

En relación con el régimen de justicia, el Derecho Internacional Privado significa respeto a la unicidad de cada hombre (y al espíritu del liberalismo político, que se apoya en ella). Es en virtud de esa unicidad que se legitiman las soluciones reiteradamente destacadas,

de la "lex civilis causae", la equivalencia y el uso jurídico. Las soluciones opuestas ignoran esa unicidad, avanzando ilegítimamente en las sendas de la igualdad y la comunidad; el fraude a la ley pretende el desborde de la unicidad y el orden público la niega, por vías que atienden más a la igualdad. El Derecho Internacional Privado es un "Derecho de la tolerancia" (11), cuyo desarrollo exige las soluciones repetidamente recomendadas; el fraude a la ley pretende introducir un clima de mera indiferencia y el orden público significa un avance del marco de autoridad (12).

En el marco del "sistema jurídico" en su conjunto (13), el Derecho Internacional Privado es el Derecho Privado de los casos internacionales, o sea que su denominación más estricta (quizás hoy innecesaria, por la consagración histórica de sus contenidos) es "Derecho Privado Internacional". La "lex civilis fori", la jerarquización, las referencias meramente normativas y legislativas y el orden público son avances (de diferentes sentidos) de lo "privado" respecto de lo internacional; el fraude a la ley es en sí un abuso de la internacionalidad. Las afinidades del fraude a la ley con la autonomía ansiada por las partes y la referencia del orden público a un nivel más profundamente humano, permiten que ambas realidades "limítrofes" con el Derecho Internacional Privado sean denominadas con mayor precisión "Derecho Privado Internacional".

3. El Derecho es, desde cierta perspectiva, un fenómeno cultural (14). El Derecho Internacional Privado es un marco integrado de coexistencia de diversas culturas, que busca sus sentidos a través de los problemas de las

calificaciones, la cuestión previa, la determinación del Derecho extranjero, etc. y procura evitar su desviación mediante el rechazo del fraude a la ley y su superficialización con la intervención del orden público. De alguna manera puede afirmarse que los problemas de las calificaciones, la cuestión previa y el reenvío corresponden respectivamente a la "depuración" conceptual, material y espacial del sentido del respeto al elemento extranjero. Como en todos los contactos de culturas, hay en el Derecho Internacional Privado tendencias correctamente cosmopolitas y desviadamente universalistas y chauvinistas. Las primeras conducen a solucionar las calificaciones según la "lex civilis causae", la cuestión previa con criterio de equivalencia y la determinación del Derecho extranjero según el uso jurídico. Las tendencias universalistas abusan del Derecho Comparado y aceptan más el fraude a la ley. Las corrientes chauvinistas se inclinan por la "lex civilis fori", adoptan referencias más normativistas y legalistas y abusan del orden público, dándole con excesiva frecuencia alcances aprioristas(15).

Dentro de las corrientes filosófico-políticas, cabe señalar, por ejemplo, que el Derecho Internacional Privado tiene su mejor ámbito cuando se admite la jerarquía jurídica de las adjudicaciones autónomas y autoritarias y se participa de corrientes moderadamente organicistas, que reconocen al hombre como "animal social", pero también a la especie humana en su carácter indiferenciado. El fraude a la ley encuentra más cauce en las orientaciones anarquistas y en las posiciones pactistas y, en cambio, el orden público posee más posibilidades si se piensa en términos coactivistas y organicistas radicales.

En relación con la vida económica, la relativa "apertura" de la economía capitalista y su mayor búsqueda de la utilidad resultan de cierto modo más afines al Derecho Internacional Privado, pero también a la práctica del fraude a la ley, y tienen menos simpatía por el orden público. En cambio, los regímenes feudales son menos inclinados a las soluciones jusprivatistas internacionales y más hostiles al fraude a la ley y se orientan en mayor medida a la intervención del orden público.

El estilo de pensamiento "filosófico", con su vocación por la pregunta constantemente renovada, es en general más afín al Derecho Interncional Privado que el pensamiento "re-ligioso". En general, el fraude a la ley es de cierto modo más admisible para las actitudes filosóficas y es más firmemente rechazado por las posiciones religiosas; a la inversa, el orden público es menos simpático a las actitudes filosóficas y más afín a las orientaciones religiosas.

Creemos que existe cierta relación entre el respeto descollante del cristianismo por la persona humana y el desarrollo del Derecho Internacional Privado, que se produjo en marcos de cultura cristiana. El catolicismo tiene afinidad con el Derecho Internacional Privado por su carácter universal, pero su vocación comunitaria es no sólo especialmente hostil al fraude a la ley sino, a veces, proclive a incrementar el desarrollo del orden público. A su vez, el calvinismo en sus despliegues más individualistas deja cierto espacio mayor al fraude a la ley y es menos afín a la idea de orden público. Quizás su sentido frecuentemente más "práctico" contribuya a que no siempre le sea simpático el esfuerzo de abstrac-

ción que requieren los problemas generales de nuestra materia (16).

El Derecho Internacional Privado corresponde a un estilo de organización de carácter "internacional" (17). Hoy, con la formación de un "imperio" cada vez más extenso, con menos diferencias entre sus partes, el fraude a la ley se hace menos tentador pero más permitido y la universalidad avanza desorientando el recurso al orden público, que se invoca y omite ilegítimamente.

(*) Investigador del CONICET.

- (1) V. acerca de la importancia de la pregunta, por ej. HESSEN, Johannes, "Tratado de Filosofía", trad. Juan Adolfo Vázquez y otros, Bs. As., Sudamericana, 1970, págs. 33 y ss.; también puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 21 y ss.
- (2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 204 y ss.; "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 85/86.
- (3) Puede v. 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, págs. 5 y ss.
- (4) Es posible v. BATIFFOL, Henri, "Aspects philosophiques du droit international privé", Paris, Dalloz, 1956; GOLDSCHMIDT, Werner, "Sistema y Filosofía del

Derecho Internacional Privado", 2a. ed., Bs. As., EJEA, 1952/54; PARDO, Alberto Juan, "Derecho Internacional Privado- Parte General", 2a.ed., Bs. As., Ghersi, 1988; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 29 y ss.; "Meditaciones trialistas sobre el orden público", en "Jurisprudencia Argentina", 1977-II, págs. 711 y ss. y "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

- (5) V., acerca de las disciplinas filosóficas, por ej. HESSEN, op. cit., págs. 26 y ss.
Conviene aclarar que nos referimos en general a correspondencias relativas, que no excluyen otros enfoques también importantes.
- (6) V. VALLADAO, Haroldo (Professor), "Direito Internacional Privado", 4a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, vol.I, 1974, págs. 82 y ss., 117 y ss. y 139 y ss.
- (7) Al estilo del criticismo jusnaturalista del trialismo (v. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., pág.383).
- (8) SAVIGNY, F.C., "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux-Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, págs. 142 y ss. (CCCXLIX).
- (9) V. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., pág.111.
- (10) Puede c., en nuestros "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t.I, 1982, págs.81 y ss.
- (11) V. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit.
- (12) La "lex civilis fori" es también una clara expresión de clima de autoridad.

- (13) Es posible v. nuestras "Perspectivas..." cit., págs. 11 y ss.
- (14) V. por ej. COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964; "Radiografía de la teoría egológica del Derecho" (con una "Introducción a la fenomenología egológica" por Daniel E. Herrendorf), Bs. As., Depalma, 1987.
- (15) Las tendencias universalistas actuales se manifiestan más en la búsqueda de soluciones uniformes o de autonomía "universal" que en relación con los problemas generales de la norma indirecta. A su vez, las tendencias chauvinistas se orientan más hacia las soluciones materiales y, sobre todo, las leyes de aplicación inmediata que hacia las cuestiones de la norma indirecta.
- (16) En relación con el tema, puede v. RIEDMATTEN, Henri de, O.P., "Le catholicisme et le développement du droit international", en "Recueil des Cours" de la Académie de Droit International, t. 151, págs. 115 y ss.; KOOIJMANS, P. H., "Protestantism and the Development of International Law", en íd., t. 152, págs. 79 y ss.; no obstante, puede c. también, por ej. JAYATILLEKE, K. N., "The Principles of International Law in Buddhist Doctrine", en íd., t. 120, págs. 441 y ss.
La actitud "práctica" se acentúa cuando el calvinismo confluye con la herencia empírica de raíz occamista.
- (17) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 505/506; VERDROSS, Alfred, "Derecho Internacional Público", trad. Antonio Truyol y Serra, 4a.ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.